



DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Rechtsschutz im österreichischen und slowakischen
Vergaberecht“

Verfasserin

Mag. iur. Lubica Páleníková

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Rudolf Thienel

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT	8
BESONDERER DANK GILT	10
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	11
LITERATURVERZEICHNIS	13
I. EINFÜHRUNG INS VERGABERECHT.....	25
1. WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG.....	26
2. WETTBEWERBSGRUNDSATZ	26
3. SPARSAMKEITSGRUNDSATZ	27
II. PRIMÄRRECHTLICHE RECHTSGRUNDLAGEN	29
1. DISKRIMINIERUNGSVERBOT.....	30
2. GRUNDFREIHEITEN	31
2.1 Warenverkehrsfreiheit.....	31
2.2 Niederlassungsfreiheit.....	32
2.3 Dienstleistungsfreiheit.....	33
2.4 Arbeitnehmerfreizügigkeit	34
2.5 Kapitalverkehrsfreiheit.....	35
3. UNGESCHRIEBENE VERGABEGRUNDSÄTZE.....	37
3.1 Gleichbehandlung	37
3.1.1 <i>Chancengleichheit</i>	38
3.1.2 <i>Vergleichbarkeit von Angeboten</i>	38
3.2 Transparenz.....	39
3.2.1 <i>Angemessene Bekanntmachung</i>	39
3.3 Öffentlichkeit	41
3.4 Anerkennung.....	41
3.5 Rechtssicherheit	42
3.6 Verhältnismäßigkeit	42
3.7 Effektivität	43
3.7.1 <i>Notwendigkeit des Primärrechtsschutzes</i>	44
4. GELTUNGSBEREICH	46
4.1 Relevanz im richtlinienfreien Bereich	46
4.1.1 <i>Kein rechtsleerer Raum</i>	47
4.2 Relevanz im Anwendungsbereich der Richtlinien.....	48
4.2.1 <i>Doppelregime des Primär- und Sekundärrechts</i>	49
III. SEKUNDÄRRECHTLICHE RECHTSGRUNDLAGEN.....	51
1. NACHPRÜFUNGSINSTANZ.....	53
1.1 Unabhängigkeit	54
1.2 Kontradiktorisches Verfahren	54
2. NACHPRÜFUNGSANTRAG	56
2.1 Interesse	56
2.2 Schaden	56
2.3 Sonstige Antragsvoraussetzungen.....	58

3. NACHPRÜFUNGSVERFAHREN	59
3.1 Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss	59
3.1.1 <i>Vorläufige Maßnahmen</i>	60
3.1.2 <i>Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen</i>	61
3.1.3 <i>Zwangsgeld</i>	62
3.1.4 <i>Schadenersatz</i>	62
3.2 Nachprüfungsverfahren nach Vertragsschluss	64
3.2.1 <i>Ineffektiver Sekundärrechtsschutz</i>	64
3.2.2 <i>Mindeststillhaltefrist</i>	65
3.2.3 <i>Rechtswidrige Direktvergabe</i>	66
3.2.4 <i>Unwirksamkeit des Vertrages</i>	67
4. GELTUNGSBEREICH	69
IV. VÖLKERRECHTLICHE RECHTSGRUNDLAGEN	70
1. GPA.....	71
2. EMRK.....	73
2.1 Tribunal.....	74
2.2 Faires Verfahren.....	75
2.3 Recht auf Zugang zum Tribunal	75
V. SLOWAKISCHE RECHTSGRUNDLAGEN.....	77
1. VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN.....	79
2. SLOWAKISCHES VERGABEAMT ÚVO	80
2.1 Organisation.....	80
2.1.1 <i>Mitglieder</i>	81
2.1.2 <i>Nachprüfungskommission</i>	82
2.2 Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit.....	82
2.3 Zuständigkeit.....	84
3. VERGABESPEZIFISCHER RECHTSSCHUTZ	86
3.1 Dreistufige Nachprüfungsverfahren.....	86
4. ERSTE NACHPRÜFUNGSSTUFE: VERBESSERUNGSVERFAHREN VOR DEM AUFTRAGGEBER	88
4.1 Antragslegitimation.....	88
4.2 Form und Inhalt.....	88
4.2.1 <i>Anfechtbare Entscheidungen</i>	89
4.3 Fristen.....	90
4.4 Entscheidung.....	91
4.4.1 <i>Zurückweisung</i>	91
4.4.2 <i>Abweisung</i>	92
4.4.3 <i>Vornahme der Verbesserung</i>	92
5. ZWEITE NACHPRÜFUNGSSTUFE: VERFAHREN VOR DEM VERGABEAMT ÚVO	93
5.1 Einwendungsverfahren.....	93
5.1.1 <i>Antragslegitimation</i>	94
5.1.2 <i>Form und Inhalt</i>	95
5.1.3 <i>Fristen</i>	98
5.1.4 <i>Kaution</i>	98
5.1.5 <i>Verfahren</i>	102
5.1.6 <i>Entscheidung in materieller Hinsicht</i>	104

5.1.7 <i>Entscheidung in formeller Hinsicht</i>	106
5.1.8 <i>Rechtskraft und Vollstreckbarkeit</i>	108
5.2 <i>Kontrollverfahren</i>	110
5.2.1 <i>Kontrolle vor Vertragsschluss</i>	110
5.2.2 <i>Kontrolle nach Vertragsschluss</i>	111
5.2.3 <i>Interne Kontrolle</i>	112
5.3 <i>Geldbußenverfahren</i>	113
5.3.1 <i>Gesetzlich bestimmte Strafhöhe</i>	113
5.3.2 <i>Strafhöhe im Ermessen des ÚVO</i>	114
6. DRITTE NACHPRÜFUNGSSTUFE: ZIVILGERICHTLICHES VERFAHREN...	115
6.1 <i>Klage an Zivilgericht</i>	115
6.1.1 <i>Frist</i>	115
6.1.2 <i>Verfahren</i>	116
6.1.3 <i>Entscheidung</i>	116
6.2 <i>Antrag auf Nichtigerklärung des Leistungsvertrages</i>	117
6.3 <i>Schadenersatz</i>	118
VI. ÖSTERREICHISCHE RECHTSGRUNDLAGEN	119
1. VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN	120
1.1 <i>Kompetenzgrundlagen</i>	120
1.1.1 <i>Kompetenztatbestand "öffentliches Auftragswesen"</i>	121
1.1.2 <i>Gesetzgebungskompetenz</i>	122
1.1.3 <i>Vollziehungskompetenz</i>	124
1.1.4 <i>Zwingendes Recht</i>	125
1.2 <i>Gleichheitssatz</i>	126
1.3 <i>Rechtsstaatliches Prinzip</i>	126
2. VERGABESPEZIFISCHER RECHTSSCHUTZ	127
2.1 <i>Einstufige Vergabekontrollverfahren vor dem BVA</i>	127
2.2 <i>Beschwerdeverfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts</i>	127
3. ÖSTERREICHISCHES BUNDESVERGABEAMT BVA	130
3.1 <i>Organisation</i>	130
3.1.1 <i>Geschäftsführung</i>	130
3.1.2 <i>Mitglieder</i>	131
3.1.3 <i>Senate</i>	132
3.2 <i>Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit</i>	132
4. VERGABEKONTROLLBEHÖRDEN DER LÄNDER	134
4.1 <i>Unabhängige Verwaltungssenate</i>	134
4.1.1 <i>Organisation</i>	135
4.1.2 <i>Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit</i>	136
4.2 <i>Vergabekontrollsenate</i>	137
4.2.1 <i>Vergabekontrollsenat Salzburg</i>	137
4.2.2 <i>Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit</i>	138
4.2.2 <i>Vergabekontrollsenat Wien</i>	139
4.2.3 <i>Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit</i>	140
4.3 <i>Schlichtungsverfahren</i>	141
4.3.1 <i>Ombudsstelle in Kärnten</i>	141
4.3.2 <i>Schlichtungsstelle in Niederösterreich</i>	142
4.3.3 <i>Schlichtungsversuch des UVS Tirol</i>	144
4.3.4 <i>Schlichtungsversuch des VKS Wien</i>	144
4.3.5 <i>Rechtswidrigkeit des obligatorischen Schlichtungsverfahrens</i>	144

5. ZUSTÄNDIGKEIT DES BVA	146
5.1 Prüfungsmaßstab im Vergabekontrollverfahren	147
5.2 Verfahren	148
5.3 Pauschalgebühr	148
5.3.1 Höhe.....	149
5.3.2 Rückerstattung	151
5.3.3 Pauschalgebühr in den Ländern.....	151
5.4 Gebührenersatz.....	153
5.4.1 Gebührenersatz in den Ländern	154
5.5 Mündliche Verhandlung.....	155
6. NACHPRÜFUNGSVERFAHREN	157
6.1 System von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen.....	158
6.1.1 Anfechtung und Nichtigkeitsklärung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen.....	159
6.1.2 Präklusionsfolge	160
6.2 Antragslegitimation.....	161
6.2.1 Interesse am Vertragsabschluss.....	162
6.2.2 Schaden.....	163
6.2.3 Rechtswidrigkeit	166
6.3 Antragsinhalt.....	167
6.4 Antragsfristen.....	169
6.4.1 Fristenlauf.....	170
6.4.2 Rechtzeitigkeit.....	171
6.5 Verfahren	172
6.5.1 Parteien.....	173
6.5.2 Verfahrensverbinding	173
6.5.3 Entscheidung.....	174
7. PROVISORIALVERFAHREN.....	176
7.1 Antragslegitimation.....	176
7.2 Antragsinhalt.....	177
7.3 Antragsfristen.....	177
7.4 Verfahren	178
7.4.1 Parteien.....	178
7.4.2 Entscheidung.....	178
7.4.3 Einstweilige Verfügung.....	179
8. FESTSTELLUNGSVERFAHREN.....	181
8.1 Antragslegitimation.....	181
8.2 Antragsinhalt.....	182
8.3 Antragsfristen.....	183
8.4 Parteien.....	184
8.5 Zuständigkeiten vor Zuschlagserteilung bzw vor Widerrufserklärung.....	184
8.5.1 Feststellung der Untätigkeit des Auftraggebers	185
8.6 Zuständigkeiten nach Zuschlagserteilung	187
8.6.1 Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung	187
8.6.2 Feststellung der rechtswidrigen Wahl der Direktvergabe oder der Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung	190
8.6.3 Feststellung der offenkundig unzulässigen Direktvergabe	190
8.6.4 Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung	193
8.6.5 Feststellung der Rechtswidrigkeit der Leistungsvergabe aufgrund einer Rahmenvereinbarung bzw eines dynamischen Beschaffungssystems	193
8.6.6 Nichtigkeitsklärung des Vertrages.....	194

8.6.7	<i>Verhängung der Geldbuße</i>	196
8.7	Zuständigkeiten nach Widerrufserklärung.....	197
8.7.1	<i>Feststellung der Rechtswidrigkeit des Widerrufs</i>	197
8.7.2	<i>Feststellung der rechtswidrigen Widerrufserklärung ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung</i>	200
8.7.3	<i>Unwirksamerklärung des Widerrufs</i>	200
8.8	Überleitung des Nachprüfungsverfahrens ins Feststellungsverfahren	200
8.8.1	<i>Antragslegitimation</i>	201
8.8.2	<i>Antragsinhalt</i>	201
8.8.3	<i>Antragsfristen</i>	202
8.8.4	<i>Entscheidung</i>	202
8.9	Verfahrensverbindung.....	202
9.	ZIVILRECHTLICHER RECHTSSCHUTZ	204
9.1	Schadenersatzansprüche.....	204
9.1.1	<i>Zuständigkeit</i>	204
9.1.2	<i>Zulässigkeit</i>	205
9.1.3	<i>Umfang</i>	206
9.2	Unterlassungsansprüche.....	208
9.2.1	<i>Zulässigkeit</i>	208
9.2.2	<i>Umfang</i>	209
VII.	RECHTSVERGLEICH	210
1.	ORGANISATION DER VERGABEKONTROLLE	211
1.1	Österreich: Dezentrale Vergabekontrolle.....	211
1.2	Slowakei: Zentrale Vergabekontrolle	211
2.	ZUSTÄNDIGKEIT DER VERGABEKONTROLLBEHÖRDE	213
2.1	Österreichische Vergabekontrollbehörden: Umfassende Zuständigkeit	213
2.2	Slowakisches Vergabeamt: Fehlende Zuständigkeit zur Durchführung des Feststellungsverfahrens	213
3.	UNABHÄNGIGKEIT UND WEISUNGSFREIHEIT	215
3.1	Österreichische Vergabekontrollbehörden: Ausdrückliche Garantien für unabhängige Entscheidungsfindung	215
3.2	Slowakisches Vergabeamt: Fehlen ausdrücklicher Garantie für unabhängige Entscheidungsfindung	215
4.	KONZEPTION DES VERGABERECHTSSCHUTZES	217
4.1	Österreich: Grundsätzlich einstufiger Rechtsschutzweg	217
4.2	Slowakei: Grundsätzlich dreistufiger Rechtsschutzweg	217
5.	NACHPRÜFUNGSVERFAHREN	219
5.1	Antragslegitimation.....	219
5.2	Anfechtbare Entscheidungen	220
5.3	Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags.....	220
5.4	Antragsfrist.....	220
5.5	Pauschalgebühr	222
5.5.1	<i>Höhe</i>	222
5.5.2	<i>Rückerstattung</i>	223
5.5.3	<i>Ersatz</i>	223
5.6	Verfahrensregime.....	223
5.7	Entscheidung der Vergabekontrollbehörde.....	224
6.	PROVISORIALVERFAHREN	226

7. VERHÄNGUNG VON SANKTIONEN	227
8. ZUSAMMENFASSUNG.....	228
ANLAGE I	229
ANLAGE II.....	230

VORWORT

Die gegenständliche Dissertationsarbeit setzt sich in ihrem Kernbereich mit der Ausgestaltung des vergabespezifischen Rechtsschutzes in den Rechtsordnungen der Republik Österreich¹ und der Slowakischen Republik² auseinander. Die öffentliche Auftragsvergabe darf keine undurchschaubare Geheimwissenschaft sein. Aus diesem Grund versucht die Autorin, die Regeln des slowakischen Vergaberechts den deutschsprachigen Interessenskreisen näher zu bringen, die zwischen den beiden EU-Mitgliedstaaten vorhandene Sprachbarriere aufzuheben und den spärlichen Informationsfluss abzubauen. Es wird darauf hingewiesen, dass alle verwendeten Personalformen geschlechtsneutral zu verstehen sind.

In einem ersten Teil der gegenständlichen Dissertationsarbeit werden die Ziele des dynamischen Vergaberechts und seine wichtige wirtschaftliche Bedeutung erläutert. Im Sinne des Wettbewerbsgrundsatzes wird die Öffnung mitgliedstaatlicher Beschaffungsmärkte und im Sinne des Sparsamkeitsgrundsatzes das gewaltige Einsparungspotenzial thematisiert.

In einem zweiten Teil werden die primärrechtlichen Grundlagen für einen effektiven vergabespezifischen Rechtsschutz untersucht, dessen „Spitze und Eckpfeiler“ das allgemeine Diskriminierungsverbot und die Grundfreiheiten darstellen. Zu wichtigen primärrechtlichen Vorgaben gehört auch die wegweisende Rechtsprechung des EuGH zu vergabespezifischen Grundsätzen. Bei der Darstellung wird verdeutlicht, dass das primärrechtliche Vergaberecht auch außerhalb des Geltungsbereichs der sekundärrechtlichen Vergaberichtlinien anzuwenden ist. Der weit verbreitete Irrtum, dass unterschwellige Aufträge gänzlich unbeeinflusst vom Gemeinschaftsrecht vergeben werden dürften, wird ins rechte Licht gerückt.

In einem dritten Teil werden die sekundärrechtlichen Grundlagen für einen effektiven Vergaberechtsschutz untersucht, welche die abstrakten primärrechtlichen Determinanten konkretisieren. Es wird hervorgehoben, dass die sekundärrechtlichen Vorgaben für wirksame und rasche Nachprüfungsverfahren lediglich im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien beachtlich sind. Zwecks aktueller Darstellung wird auch die jüngste umfassende Reform der Rechtsmittelrichtlinien³ analysiert.

In einem vierten Teil werden die völkerrechtlichen Rechtsgrundlagen behandelt. Die Frage der Verbindlichkeit des GPA für die EU-Mitgliedstaaten wird dabei einer spezifischen

¹ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006), BGBl. I Nr 17/2006 idF BGBl. I Nr 86/2007; im Folgenden: „BVergG“.

² Gesetz über das öffentliche Auftragswesen, Gesetz Nr 25/2006, zuletzt geändert durch Gesetz Nr 213/2009, Gesetz Nr 232/2008 und Gesetz Nr 442/2008 [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov]; im Folgenden: „slowak VergG“.

³ Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. 2007 L 335, S 31; im Folgenden: „RL 2007/66/EG“.

Untersuchung unterzogen. Bei der Darstellung der völkerrechtlichen Vorgaben wird auch das Recht auf ein faires Verfahren vor einem Tribunal iSd Art 6 EMRK thematisiert, da das Vergaberecht zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen betrifft.

In einem fünften Teil wird der Vergaberechtsschutz der Slowakischen Republik untersucht. Dabei wird das slowakische Vergabegesetz 2006 unter der Berücksichtigung von zwei Novellen aus dem Jahr 2008 und der aktuellen Novelle aus dem Jahr 2009 dargestellt. Das slowakische Vergabegesetz wird auf seine Übereinstimmung mit den übergeordneten gemeinschafts- und völkerrechtlichen Vorgaben überprüft.

In einem sechsten Teil wird der Vergaberechtsschutz der Republik Österreich unter die Lupe genommen. Entsprechend der verfassungsrechtlichen Kompetenzaufteilung wird auf der Bundesebene das Bundesvergabegesetz 2006 unter Berücksichtigung seiner Novelle aus dem Jahr 2007 sowie unter Berücksichtigung des aktuellen zweiten Begutachtungsentwurfes der BVergG-Novelle 2009 analysiert. Auf der Landesebene werden neun eigenständige Landesvergaberechtsschutzgesetze und neun Landesvergabekontrollbehörden behandelt. Die landesspezifischen Besonderheiten und Abweichungen von der Bundesregelung werden explizit hervorgehoben.

In einem siebenten Teil werden abschließend die festgestellten Differenzen zwischen dem österreichischen und slowakischen Vergaberechtsschutz analysiert. Zwischen den untersuchten Rechtsordnungen bestehen markante funktionale Unterschiede, obwohl für beide EU-Mitgliedstaaten die gleichen gemeinschafts- und völkerrechtlichen Vorgaben gelten und obwohl ihre Vergabegesetze gleichzeitig (weitgehend) am 1. Februar 2006 in Kraft getreten sind⁴. Im Rahmen einer sachlichen Kritik werden eventuelle Problembereiche aufgezeigt und auf einen möglichen Reform- und Handlungsbedarf hingewiesen. Bei der Effektivität der nationalen Rechtsschutzregeln wird allgemein an die Tiefen und Tücken des Vergaberechts erinnert.

⁴ § 345 Abs 1 Z 1 BVergG; Art IV slowak VergG.

BESONDERER DANK GILT ...

Besonderen Dank möchte ich an Univ.-Prof. Dr. Rudolf *Thienel* für seine professionelle und kompetente Betreuung, die stete Diskussionsbereitschaft und die Weitergabe seines immensen Fachwissens richten. Meine aufrichtige Begeisterung für das Vergaberecht ist auch auf seine inspirierende Pflichtübung auf der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien zurückzuführen. Ich möchte mich beim Herrn Dr. *Thienel* sehr herzlich für seine regelmäßige und umsichtige Betreuung bedanken. Die fachkundigen Gespräche haben trotz seines großen Arbeitspensums in der verantwortlichen Funktion als Vizepräsident des VwGH nichts an ihrer Effizienz eingebüßt.

Ich möchte mich auch bei Univ.-Prof. Dr. Gerte *Reichelt* für ihre wertvolle Unterstützung und Hilfe bedanken, die in das europarechtliche Kapitel der gegenständlichen Dissertationsarbeit Eingang gefunden haben. Das langjährige Engagement beim Herausgeben der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht sowie die lebhaften Vorträge von Frau Dr. *Reichelt* gelten als Anregung zur ständigen Fortbildung und professionellen Aktivität an.

Das Vergaberecht befindet sich stets in Fluss und ist von großer Relevanz im täglichen Alltag geprägt. Für meine praktischen Erfahrungen im Zusammenhang mit der Durchführung von slowakischen sowie österreichischen Vergabeverfahren und Vergabekontrollverfahren möchte ich mich sehr herzlich bei der internationalen Rechtsanwaltskanzlei *Wolf Theiss* bedanken. Ein besonderer Dank gilt auch für die mir ermöglichte Teilnahme am großen Erfolg im historisch größten Vergabekontrollverfahren vor dem slowakischen Vergabeamt.

Das Slowakische Vergabeamt *Úrad pre verejné obstarávanie* ist aufgrund der fachkundigen Seminare ebenfalls hervorzuheben. Aufgrund der lehrreichen Vergaberechtsvorträge konnte das slowakische Kapitel der gegenständlichen Dissertationsarbeit vertieft dargestellt werden. Die kompetenten Ausführungen der zuständigen Fachlektoren sind besonders hilfreich bei der Ablegung der staatlichen Prüfung zur Erlangung der sog. „Fachkompetenz im öffentlichen Auftragswesen“. Als Qualitätsgarant verpflichtet das slowakische Vergabegesetz nämlich die (Sektoren-)Auftraggeber zur Heranziehung der staatlich zugelassenen Fachvergabexperten bei der Durchführung von Vergabeverfahren.

Schließlich möchte ich mich bei meinen Eltern Dipl.-Ing. *Ľuboš Páleník* und Dipl.-Ing. *Zlatica Páleníková* für die grenzenlose Unterstützung sowie die angenehmen Bedingungen beim Verfassen der Dissertationsarbeit bedanken. Für die computertechnischen Ratschläge möchte ich mich bei meiner Schwester Bacc. *Miroslava Páleníková* bedanken.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Abs – Absatz

AG – Auftraggeber

ABl - Amtsblatt

Art – Artikel

AVG – Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz

BGBI – Bundesgesetzblatt

BGH – Bundesgerichtshof

BIP – Bruttoinlandsprodukt

BMWA – Bundesminister(ium) für Wirtschaft und Arbeit

BRD – Bundesrepublik Deutschland

BVA - Bundesvergabeamt

BVergG – Bundesvergabegesetz 2006

B-VG – Bundes-Verfassungsgesetz

bzw – beziehungsweise

EG – Europäische Gemeinschaft(en)

EGMR – Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

EGV – Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft

EMRK – Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten

EV – einstweilige Verfügung(en)

EU – Europäische Union

EuGH – Europäischer Gerichtshof

EUR – Euro

EWR – Europäischer Wirtschaftsraum

GA – Generalanwalt/Generalanwältin

GPA – WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement)

hA – herrschende Ansicht

idF – in der Fassung

insb - insbesondere

JN - Jurisdiktionsnorm

lit - litera

OGH – Oberster Gerichtshof

RMRL - Rechtsmittelrichtlinie

Rz – Randziffer

SA - Schlussantrag

SektRMRL - Sektorenrechtsmittelrichtlinie
slowak VergG – slowakisches Vergabegesetz 2006
sog - sogenannt
StGB - Strafgesetzbuch
ÚVO – Slowakisches Vergabeamt (Úrad pre verejné obstarávanie)
UVS – Unabhängige(r) Verwaltungssenat(e)
UWG – Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v – vom
VbVG - Verbandsverantwortlichkeitsgesetz
VfGH – Verfassungsgerichtshof
VKS – Vergabekontrollsenat(e)
VVG - Verwaltungsvollstreckungsgesetz
VwGH – Verwaltungsgerichtshof
VStG - Verwaltungsstrafgesetz
WTO – Welthandelsorganisation (World Trade Organisation)
Z - Ziffer
zB – zum Beispiel
ZPO – Zivilprozessordnung
zT – zum Teil

LITERATURVERZEICHNIS

Aicher, Die Vergabekontrollkommission in ihrer Bedeutung für die österreichische Rechtsentwicklung und für die Angleichung an das Recht der EG, in *Aicher/Korinek* (Hrsg), Vergabekontrollkommission (1991) 19

Arrowsmith, The character and role of national challenge procedures under the Government Procurement Agreement, PPLR 2002/4, 235

Bachmann, Vergaberecht, in *Bachmann* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶ (2007) 319

Berka, Lehrbuch Grundrechte (2000)

Boesen, Die Gerichtsqualität der Vergabeüberwachungsausschüsse iS des Art 177 EGV, EuZW 1996, 584

Braun, Europarechtlicher Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2007/1, 17

Breitenfeld, Antragslegitimation – Ausscheiden von Angeboten, in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 330

Caesar, Schwachstellen und Verbesserungsmöglichkeiten im öffentlichen Vergabewesen, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 87

Carrier, The current state of public procurement in the Slovak Republic, PPLR 2003/2, 65

Casati, Grundsätze im Vergaberecht, Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, ZVB 2002/108, 297

Chojnacka, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 287

Cranfield, Electronic publishing of European calls for tender – TED as a key to the internal market, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 85

Dahlgard-Dingel, Direct effect of the Government Procurement Agreement, PPLR 1996, 245

Denk, Art 14b B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007)

Elsner, BVergG 2006 (2006)

Elsner, Bekämpfbarkeit eines Widerrufs im BVergG 2006, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005)

Elsner/Keisler/Hahl, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004)

Essletzbichler, Antragslegitimation ausgeschiedener und auszuscheidender Bieter: Freie Wahl des Zuschlagsempfängers an Stelle eines zwingenden Widerrufs?, in FS zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2008) 385

Essletzbichler, Unzulässigkeit des Feststellungsantrags, wenn behauptete Rechtswidrigkeit bereits im Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurde, ZVB 2007/15, 56

Essletzbichler/Páleníková, Aktuelle Novelle des slowakischen Vergabegesetzes, ZVB 2008/62, 229

Etlinger, Unvollständige Angebotsprüfung: Keine Substitution durch das BVA, RPA 2007, 119

Ferrero-Waldner, Zum Geleit, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006

Fetková, Recht auf Entscheidung in angemessener Frist in Verbindung mit dem Recht auf Rechtsschutz [Právo na prerokovanie veci bez zbytočných priesťahov v spojení s právom na súdnu ochranu], Justičná revue 2001/11, 1218

Fetková, Rechtzeitigkeit der erhobenen Berufung und das Recht auf Rechtsschutz [Včasnosť podaného odvolania a právo na súdnu ochranu], Justičná revue 2007/1, 115

Fink, Änderungen im Vergaberechtsschutz, ecolex 2006, 100

Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007)

Frowein/Peukert, Europäische Menschenrechtskonvention² (1996)

Fruhmann, Das Vergaberegime des EG-Vertrags, ZVB 2006/76, 261

Fruhmann, Formulierung von Vorlagen, Vergaberechtsschutz und Antragslegitimation, ZVB 2003/40, 104

Fruhmann, Das BVergG 2002 – ein einheitliches Vergaberecht für Österreich, ZVB 2002/82

Fruhmann, Europarecht und organisationsrechtliche Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes, *ecolex* 1997, 210

Gärtner, Das Wirtschaftsverfassungsrecht Polens, Ungarns, der Tschechischen und Slowakischen Republik – Ein Vergleich, in *Roggemann/Kuss* (Hrsg), Wirtschaften und Investieren in Osteuropa (1994) 232

Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008)

Grabenwarter, Art 6 EMRK, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007)

Gruber, Ist die Pauschalgebührenregelung des BVergG 2006 verfassungswidrig?, ZVB 2007/57, 237

Gruber/Gruber, Reformbedarf im vergabespezifischen Rechtsschutzverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 263

Gruber/Gruber/Mille/Sachs, Public Procurement in the European Union (2006)

Gutknecht, Anwendung des Primärrechts auf nichtprioritäre Dienstleistungen, ZVB 2007/17, 61

Gyárfáš, Slowakische Gerichte und das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof [Slovenské súdy a prejudiciálne konanie pred Európskym Súdny Dvorom, *Justičná revue* 2007/5], 665

Hahnl, Unrichtige Auftraggeberfestlegungen und die Auswirkungen auf den Vergaberechtsschutz nach dem BVergG 2006, *RPA* 2006/3, 118

Hahnl, Das Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005) 345

Hattenberger, Entwurf eines Kärntner Vergaberechtsschutzgesetzes, *ZVB* 2003/29, 73

Heid/Preslmayr, *Handbuch Vergaberecht*² (2005)

Henty, Is the standstill a step forward? The proposed revision to the EC Remedies Directives, *PPLR* 2006/5, 253

Hofer, Bundesvergabegesetz-Novelle 2007: Ein Streifzug, *RPA* 2007, 5

Hoffer/Barbist/Innerhofer, Anfechtbare Entscheidungen, Direktvergabe und EV, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte II zum BVergG 2006* (2005) 281

Holly, Private Enforcement im Vergaberecht, *ecolex* 2006, 813

Holoubek, Rechtsschutzpraxis in Vergabesachen, *ecolex* 1997, 200

Holoubek, Vergaberechtsschutz im Spiegel der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, *ÖZW* 1998, 75

Holoubek, Überlegungen zur Struktur eines neuen BVergG, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005) 161

Holoubek/Potacs (Hrsg), *Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Band I*² (2007)

Hornbanger, Die Rechtsprechung des EuGH zum öffentlichen Auftragswesen, *ecolex* 1997, 220

Hornbanger, The Survival of the Fittest – oder Wettbewerb unter Freunden, in *Sachs* (Hrsg),
Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 197

Hörmanseder, Oö Vergabenachprüfungsgesetz, ZVB 2003/3, 8

Huber-Matauschek, 4. Österreichische Vergaberechtstagung am 1. Februar in Wien, ZVB
2006/30

Irmer, Ausschluss vom Vergabeverfahren, Antragsbefugnis im Nachprüfungsverfahren und
Pflicht zur Beteiligung des ausgeschlossenen Bieters im neuen Vergabeverfahren, VergabeR
2007/2, 141

Jaeger, Richtlinienwidrigkeit obligatorischer Schlichtungsverfahren Zugleich: Anmerkung
zur Rs C-410/01, Fritsch Chiari, ZVB 2003/92, 264

Jaeger, Das Salzburger Vergabekontrollgesetz 2002, ZVB 2003/71, 196

Jurka/Täuber, Die europäische Dimension des Vergaberechts, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte
zum BVergG 2006 (2005) 1

Kanaras, Enlarging the scope of public procurement: The E.U.'s expansion into Central and
Eastern Europe, PPLR 2000/3, 109

Katary, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Geltungs- und Inhaltskontrolle im
vergabespezifischen Rechtsschutz, RPA 2004, 217

Keisler, Recht auf Widerruf?, RPA 2007, 270

Keisler, UVS Oberösterreich zu Vollmachtsurkunde und Zweigniederlassung, RPA 2006, 25

Kellová, Gesetz über das öffentliche Auftragswesen – Möglichkeit und Wirksamkeit des
Rechtsschutzes von Bieter[n] [Zákon o verejnom obstarávaní – Možnosť a účinnosť súdnej
ochrany uchádzačov], Justičná revue 2002/10, 1116

Klaushofer, Art 14b B-VG, ZfV 2003/1406, 630

Kleiser, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht: Ein Modell zur einfach(er)en Umsetzung von EG-Richtlinien im Bundesstaat, ÖJZ 2003/25, 44

Kley/Struller, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt (1993)

Kluger, Das nichtige Vertragsverhältnis gemäß § 132 Abs 3 BVergG 2006, in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 269

Kluger, Überlegungen zur Effizienzsteigerung im vergaberechtlichen Schadenersatz, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 307

Kodric, Das NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, ZVB 2003/30, 79

Koenig/Pfromm, Zur Einschränkung der EG-vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht durch die Tarifautonomie, Das EG-Vergaberecht ist keine ordnungspolitische Waffe!, ZVB 2007/27, 101

Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, ecolex 1999, 523

Korinek/Schwarzer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Auftragsvergabe (1981)

Kossuth, Das Verwaltungsrecht wird gerichtet, ecolex 2002, 554

Kraft, Vorarlberger Vergabennachprüfungsgesetz, ZVB 2003/39, 102

Kriško, Regeln des Vergaberechts in der EU [Pravidlá verejného obstarávania v EÚ], Justičná revue 2007/5-6, 49

Kurbos, Wettbewerb und Vergleichbarkeit, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 111

Latotzky/Janz, Der Bieter im Vergaberecht bei geringwertigen Auftragswerten: Ein fortdauerndes „Rechtsschutz-Prekariat“?, VergabeR 2007/4, 438

Leffler, Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions, PPLR 2003/4, 151

Lesniak, Feststellungsbescheid und Schadenersatz nach Widerruf der Ausschreibung vom BVergG 1997 bis zum BVergG 2006, ZVB 2006/68, 236

Ley-Schabus, Das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, ZVB 2003/62, 166

Madl/Anderl, Verjährung von Schadenersatzansprüchen bei Vergabeverfahren, *ecolex* 2005, 200

Maier, Akzessorietät des Provisorialrechtsschutzes – ein unlösbares Problem? (Teil II), ZVB 2005/24

Maier, Akzessorietät des Provisorialrechtsschutzes – ein unlösbares Problem? (Teil I), ZVB 2005/15

Martschin, Allgemeine Rechtsmittel-RL 89/665/EWG und nationale Zuständigkeiten – eine Replik, *ecolex* 2001, 238

Mickel/Sachs, Die Entscheidungen des VwGH und des VfGH als Leitlinien für das BVergG 2006, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005) 359

Nowak, in *Heselhaus/Nowak* (Hrsg), *Handbuch der europäischen Grundrechte* (2006)

Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997)

Öhlinger, Weisungsfreie Verwaltungsbehörden nach der B-VGNovelle BGBl I 2008/2: Verfassungs- und Verwaltungsreform 2008, *JRP* 2008/2, 85

Pachner, BVergG-Novelle 2009 – Änderungen im zweiten Begutachtungsverfahren, ZVB 2009/5, 150

Pachner, BVA „neu“ – eine kritische Bewertung aus Auftraggebersicht, ZVB 2006/3, 6

Pachnou, Enforcement of the E.C. procurement rules: The standards required of national review systems under E.C. law in the context of the principle of effectiveness, *PPLR* 2000/2, 55

Páleníková, Vergaberechtsschutz in der Slowakei – neue Struktur nach zwei Novellen, Eastlex 2009/4, 95

Páleníková, Novelle des Vergabegesetzes mit Wirkung vom 15. November 2008 [Novela zákona o verejnom obstarávaní s účinnosťou od 15. novembra 2008], Justičná Revue 2009/61, 130

Páleníková, Novelle des Vergabegesetzes mit Wirkung vom 1. Juli 2008 [Novela zákona o verejnom obstarávaní s účinnosťou od 1. júla 2008], Justičná Revue 2008/60, 1148

Páleníková, Rechtsschutz im slowakischen Vergaberecht, ZVB 2007/75, 304

Pernthaler, Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG aus der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich, in *Funk/Marko/Pernthaler* (Hrsg), Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG (1992)

Pesendorfer, Der VwGH als nationale Rechtsschutzinstanz im Vergaberecht, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 349

Pfersmann, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, AnwBl 1986/10, Nr 2475-2477

Platzer, Zuschlagsverfahren im BVergG 2006, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 165

Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005)

Raschauer, Amtswegigkeit und kontradiktorisches Verfahren, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Senatsverfahren in Steuersachen (2001) 181

Raschauer, Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts² (2003)

Reichelt, Vom Diskriminierungsverbot zur Unionsbürgerschaft im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, in FS *Michalek* zum 65. Geburtstag (2005) 355

Reichelt, Europarecht (2002)

Reichelt, Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, Band II der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (1998)

Reisner, Der Widerruf des Vergabeverfahrens, in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 291

Rill, Art 14b B-VG, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (2007)

Roggemann, Wandel der Eigentumsordnung in Osteuropa, in *Roggemann/Kuss* (Hrsg), Wirtschaften und Investieren in Osteuropa (1994) 12

Rosenkranz, Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren (Teil II): Neuerungen im BVergG und Gebühren in den Ländern, ZVB 2008/31, 101

Rosenkranz, Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren (Teil I): Neuerungen im BVergG und Gebühren in den Ländern, ZVB 2008/22, 69

Röttiger/Weyringer, Handbuch der Europäischen Integration (1996)

Sachs, Verfahren im Öffentlichen Beschaffungswesen – Vergaberecht – Bundesvergabeamt, in *Sachs/Thanner* (Hrsg), Verfahren vor Sonderbehörden (2006) 283

Sachs, Änderungen im neuen Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 263

Sachs, Wenn die Kassa zweimal klingelt ..., ZVB 2003/14, 38

Schabel, Vergaben ohne Ausschreibung – ihre Nachprüfung nach deutschem Recht, ZVB 2004/71, 259

Schenk, Das neue Vergaberecht (2001)

Schnitzer, Zehn Jahre WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA), ZVB 2006, 5

Schwartz, Die Neuerungen des BVergG 2006, RPA 2005, 214

Sehrschön, Vergaberecht und UWG, RPA 2006/5, 234

Slávik, Gründe für die Aufhebung angefochtener Entscheidungen eines Verwaltungsorgans durch das Gericht im Verfahren nach dem fünften Kopf und zweiten Teil der Zivilprozessordnung [Dôvody zrušenia napadnutého rozhodnutia správneho orgánu súdom v konaní podľa druhej časti piatej hlavy O.s.p.], Justičná revue 2006/2, 211

Stix-Hackl, „Gerichtsqualität“, Vorlageberechtigung und –pflicht iSd Art 177 EGV (Teil II), AnwBl 1998, 621

Stockinger, Braucht es eine Vergabeaufsichtsbehörde?, ZVB 2004/23, 74

Šmihula, Doppeltes Antlitz des modernen Staates - Staat als Verletzer und Beschützer von Menschenrechten [Dvojaká tvár moderného štátu – Štát ako porušovateľ i ochranca ľudských práv], Právny obzor 2001/2, 106

Thanei, OECD lobt “slawischen Tiger” Slowakei, Pressburger Zeitung 2007/5-6, 14

Thanner, Das österreichische Vergaberecht aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 35

Thienel, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009)

Thienel, Rezension: *Sachs/Thanner* (Hrsg), Verfahren vor Sonderbehörden (2006), ZfV 2007/2085, 942

Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ (2006)

Thienel, Gesondert und verbunden anfechtbare Entscheidungen, in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 335

Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7

Thienel, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609

- Thienel*, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBl 1993, 373
- Thienel*, Vergabekontrollkommission und Vergabeamt nach dem BundesvergabeG 1993, ÖZW 1993, 65
- Thienel/Bauer*, Probleme des Kostenersatzes von Pauschalgebühren für einstweilige Verfügungen, ZVB 2005/98, 296 ff
- Thienel/Bratrschovsky*, Gebührenersatz nach § 177 Abs 5 BVergG – wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33, 102 ff
- Tietje*, Die EMRK als Bestandteil einer transnationalen europäischen Rechtsordnung, in *Renzikowski* (Hrsg), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht (2004)
- Timmermans/Gelders*, Standstill obligations in European and Belgian public procurement law, PPLR 2005/6, 272
- Tonne*, Effektiver Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte als Forderung des europäischen Gemeinschaftsrechts (1997)
- Treumer*, Damages for breach of the EC Public Procurement Rules – Changes in European legislation and practice, PPLR 2006/4, 159
- UNIKA* (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen in der geltenden Fassung² [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s komentárom²] (2008)
- UNIKA* (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov s komentárom] (2006)
- ÚVO*, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006)
- Vavříková*, Das öffentliche Vergabewesen unter Bedingungen in der Slowakischen Republik [Verejné obstarávanie v podmienkach Slovenskej republiky], Právny obzor 2001/4, 350

Walter/Thienel (Hrsg), Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze¹⁷ (2008)

Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007)

Werschitz/Schnabl, Das Steiermärkische Vergabe-Nachprüfungsgesetz, ZVB 2003/63, 171

Wilfinger, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention (1995)

Wurdinger, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2002, ZVB 2003/72, 200

Zäch, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts² (2005)

I. Einführung ins Vergaberecht

Der Staat, andere öffentlich-rechtliche Einrichtungen sowie staatsnahe Unternehmen benötigen zur Erfüllung ihrer Aufgaben Waren und Dienstleistungen. Während der staatliche Bedarf in der Vergangenheit regelmäßig durch Eigenleistung (zB Regiebetriebe) oder durch zwangsweise Beschaffung (zB Enteignung) gedeckt wurde, werden heutzutage öffentliche oder private Unternehmen bzw öffentlich-private Partnerschaften beauftragt.⁵ Das primäre Ziel des Vergaberechts ist es, das Verfahren des öffentlichen Beschaffungswesens transparent und vorhersehbar zu machen und mit einem effizienten Rechtsschutz auszustatten, um einen freien, fairen und lautereren Wettbewerb unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber zu ermöglichen.⁶

In der Republik Österreich und in der Slowakischen Republik ist die öffentliche Auftragsvergabe privatrechtlich konzipiert, sodass der Staat als öffentlicher AG mit dem Zuschlagsempfänger einen privatrechtlichen Leistungsvertrag schließt, der als „öffentlicher Auftrag“ bezeichnet wird.⁷ Da die öffentliche Hand im Vergabeverfahren weder einseitig rechtsgestaltend tätig wird noch von der Hoheitsgewalt („imperium“) Gebrauch macht, gehört das Vergabewesen weder zur obrigkeitlichen, noch zur schlichten Hoheitsverwaltung. Das Vergabewesen gehört vielmehr zur nicht-hoheitlichen Privatwirtschaftsverwaltung, da der Staat sich nach außen hin derselben Handlungsformen bedient, die auch den Privatpersonen offenstehen.⁸

Trotz seiner privatrechtlichen Stellung zeichnet sich der Staat häufig durch eine wirtschaftlich stärkere Position aus als potentielle private Auftragnehmer. Im Bereich des Tiefbaus und der medizinischen Ausrüstung kommt ihm oft „*wenn nicht ein Nachfragemonopol, so doch eine nahezu monopolartige Stellung*“ zu.⁹ Historisch gesehen waren die ersten Vergaberegeln daher dem Schutz von Unternehmen vor der Marktüberlegenheit des Staates gewidmet.¹⁰

Es darf allerdings nicht verkannt werden, dass das Vergaberecht nicht nur Bieter und Bewerber, sondern auch öffentliche AG schützt. Ihre Verhandlungsposition kann verhältnismäßig schwach sein, wenn sie etwa aufgrund zeitlicher Bedrängnis gezwungen sind, Waren und Dienstleistungen im Bereich der Daseinsvorsorge zur Aufrechterhaltung

⁵ Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, *ecolx* 1999, 523.

⁶ Bachmann, Vergaberecht, in Bachmann (Hrsg), *Besonderes Verwaltungsrecht*⁶ (2007) 321.

⁷ Korinek/Denk, Vergaberecht, in Raschauer (Hrsg), *Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts*² (2003) 313.

⁸ Thienel, *Verwaltungsverfahrenrecht*⁴ (2006) 36.

⁹ Prieß, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*³ (2005) 5.

¹⁰ Öhler, *Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union* (1997) 39.

ihrer Funktionsfähigkeit zu beschaffen. Effektive Vergaberegeln verhindern, dass ein allfälliger Zwangsbedarf des Staates von überstarken Bietern ausgenutzt wird.¹¹

1. Wirtschaftliche Bedeutung

Im Jahr 2006 wurden gemeinschaftsweit öffentliche Aufträge im Wert von über EUR 1.500 Mrd. vergeben, die über 16% des BIP aller EU-Mitgliedstaaten¹² bzw das gesamte BIP der BRD ausmachen¹³. Während das Auftragsvolumen der Republik Österreich etwa 16,5% des BIP beträgt,¹⁴ weisen die Schätzungen in der Slowakischen Republik auf ungefähr 13% hin¹⁵. Die zahlenmäßigen Differenzen sind mit unterschiedlichen Verwaltungsstrukturen, Politiken und mit unterschiedlich hohem Grad an Auslagerung staatlicher Aufgaben zu erklären.¹⁶ Da der Wandel der Wirtschaftssysteme und Rechtsordnungen der neuen EU-Mitgliedstaaten vielfach noch nicht abgeschlossen ist, wird der absolute Auftragswert „mit Sicherheit ... noch erheblich höher“ liegen.¹⁷

Die Bedeutung des öffentlichen Auftragswesens für den gemeinsamen Binnenmarkt ist daher kaum zu überschätzen. Der vereinzelt geäußerten Kritik, dass die wirtschaftliche Bedeutung den juristischen Regelungsaufwand der Koordinierung des Vergaberechts nicht rechtfertige, ist entschieden entgegenzutreten. Es wird häufig verkannt, dass das Vergaberecht auch eine wichtige wettbewerbsfördernde Funktion auf die Öffnung der mitgliedstaatlichen Beschaffungsmärkte (gehabt) hat.¹⁸

2. Wettbewerbsgrundsatz

Das Vergaberecht verfolgt ein „Modell organisierter Konkurrenz und formalisierten Parallelwettbewerbs“.¹⁹ Unter dem Begriff des Wettbewerbs ist die Rivalität zwischen Bietern auf dem öffentlichen Beschaffungsmarkt zu verstehen. Die Gewährleistung eines redlichen Wettbewerbs ist bereits in der Präambel des EGV²⁰ vorgeschrieben. Nach der ersten

¹¹ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 4, 5.

¹² Kommission, Pressemitteilung – Öffentliche Aufträge: Kommission will Einspruchsrechte abgelehnter Bieter stärken, IP/06/601 (11.5.2006) 1.

¹³ Cranfield, Electronic publishing of European calls for tender – TED as a key to the internal market, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 85.

¹⁴ Jurka/Täuber, Die europäische Dimension des Vergaberechts, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 8, 11.

¹⁵ Páleníková, Aktuelle Novelle des slowakischen Vergabegesetzes, ZVB 2008/62, 230.

¹⁶ Hornbanger, The Survival of the Fittest – oder Wettbewerb unter Freunden, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 205.

¹⁷ Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 525, Rz 1696.

¹⁸ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 5, 6.

¹⁹ Korinek, Das Vergaberecht im Dienst der Sicherung des Wettbewerbs und einer effizienten Auftragsvergabe, eolex 1999, 523.

²⁰ Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, ABl. 2002 C 325, S 39.

Protokollerklärung zum Vertrag von Lissabon umfasst der Binnenmarkt ein System, das „den Wettbewerb vor Verfälschungen schützt“.²¹

Der Grundsatz des freien, fairen und lautereren Wettbewerbs wird als das „Herzstück des europäischen Erfolgsprojektes“²² bezeichnet, da seine Beachtung zu Kostensenkungen, zur Verbesserung von Qualität, zur Ausdehnung der Angebotspalette sowie zur Förderung von Investitionsmaßnahmen führen kann.²³ Andererseits wird der Wettbewerbsgrundsatz auch als „schwächstes Glied in der vergaberechtlichen Kette“ bezeichnet,²⁴ da der Vergabesektor noch nicht ausreichend geöffnet ist²⁵. Den Schätzungen der *Kommission* zufolge werden nur 3% der öffentlichen Aufträge direkt grenzüberschreitend vergeben.²⁶

3. Sparsamkeitsgrundsatz

Da Beschaffungen der öffentlichen Hand von den Unionsbürgern als Steuerzahler dotiert werden,²⁷ dürfen sie zu Recht effiziente, rechenschaftspflichtige und dienstleistungsorientierte öffentliche Einrichtungen erwarten.²⁸ Durch die Einhaltung von Vergaberegeln können große Einsparungen erzielt werden, was angesichts der „unter Druck stehenden Staatshaushalte“²⁹ eine besonders wichtige Rolle spielt. Im Falle der Zunahme des Vergabewettbewerbs gilt es als „durchaus realistisch“, dass das Defizit in keinem EU-Mitgliedstaat höher als 3% des BIP wäre und dass öffentliche AG insgesamt um 10% weniger für die Beschaffung von Waren und Dienstleistungen ausgeben müssten.³⁰ Das Einsparungspotenzial der Republik Österreich könnte sich bei konsequenter Liberalisierung des nationalen Vergabemarktes auf etwa 2% des gesamten Auftragsvolumens belaufen.³¹ In der Slowakischen Republik wurden in den Jahren

²¹ Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Protokoll über den Binnenmarkt und den Wettbewerb, ABl. 2007 C 306.

²² *Ferrero-Waldner*, Zum Geleit, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005).

²³ *Kommission*, A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future (3.2.2004) 6.

²⁴ *Kurbos*, Wettbewerb und Vergleichbarkeit, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 111, 131.

²⁵ *Jurka/Täuber*, Die europäische Dimension des Vergaberechts, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 2, 10.

²⁶ *Kommission*, Pressemitteilung – Öffentliches Beschaffungswesen: EU-Rechtsvorschriften entlasten Steuerzahler erheblich, aber es bleibt noch Spielraum für weitere Einsparungen, IP/04/149 (3.2.2004) 3.

²⁷ *Cranfield*, Electronic publishing of European calls for tender – TED as a key to the internal market, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 87.

²⁸ *Kommission*, Grünbuch – Europäische Transparenzinitiative, KOM (2006) 194, 2.

²⁹ *Stockinger*, Braucht es eine Vergabeaufsichtsbehörde?, ZVB 2004/23, 74.

³⁰ *Kommission*, Pressemitteilung – Öffentliches Beschaffungswesen: EU-Rechtsvorschriften entlasten Steuerzahler erheblich, aber es bleibt noch Spielraum für weitere Einsparungen, IP/04/149 (3.2.2004) 2.

³¹ *Caesar*, Schwachstellen und Verbesserungsmöglichkeiten im öffentlichen Vergabewesen, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 89.

2000 bis 2002 durch standardisierte Vergaberegeln und wettbewerbliche Praktiken ungefähr 4,7% bis 7,2% und im Jahr 2003 gar 9,35% eingespart.³²

Trotz des klaren Einsparungspotentials durch transparente Auftragsvergaben sind öffentliche Einrichtungen von der sog. „*einzelwirtschaftlichen Unwirtschaftlichkeit*“ bedroht, da sie keinem Gewinnanreiz unterliegen, ihre monopolartige Position keiner Konkurrenz ausgesetzt ist und nicht einmal grobe Fehlentscheidungen zu ihrem Konkurs führen können.³³ Hinsichtlich der österreichischen Verwaltung wird zT bemängelt, dass selbst nach Einführung von Controlling oft kein Kostenbewusstsein vorhanden sei.³⁴ In der Slowakei werden auch viele öffentliche AG kritisiert, dass sie die Erfahrungen aus früheren Vergabeverfahren nicht für die künftigen Vergabeverfahren nutzen. Sie schreiben nämlich oft die sich wiederholenden und gar dieselben nachgefragten Leistungen als neue Aufträge mit unterschiedlichem Inhalt aus.³⁵

³² Erläuternder Bericht zum slowak VergG Nr. 25/2006 [Dôvodová správa k zákonu č. 25/2006 Z. z.] (28.9.2005) 10.

³³ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997) 39.

³⁴ Thanner, Das österreichische Vergaberecht aus verwaltungswissenschaftlicher Sicht, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 42.

³⁵ Erläuternder Bericht zum slowak VergG Nr. 25/2006 [Dôvodová správa k zákonu č. 25/2006 Z. z.] (28.9.2005) 3.

II. Primärrechtliche Rechtsgrundlagen

Der Begriff des „öffentlichen Auftragswesens“ wird in Art 163 Abs 2 EGV ohne weitere Informationen erwähnt. Trotz des vermeintlichen Schweigens des EGV zum Vergabewesen ist bereits dem Vertrag zur Gründung der EG aus dem Jahre 1957 ein „Grundgerüst“ der wichtigsten Vergaberegeln zu entnehmen.³⁶ Das Diskriminierungsverbot iSd Art 12 EGV und die Grundfreiheiten iSd Art 28 EGV, Art 39 EGV, Art 43 EGV und Art 49 EGV haben selbst durch nachfolgende Vertragsänderungen keine wesentlichen Modifizierungen erfahren. Daher bleibt „*sedes materiae der Grundnormen des europäischen Vergaberechts*“ weiterhin der EGV (in der Fassung des Vertrages von Nizza).³⁷ Das Primärrecht zeichnet sich durch seinen einheitlichen Charakter und die besondere Ranghöhe aus.³⁸

Das sog „*primärrechtliche Vergabeeuroparecht*“³⁹ spielt eine sehr große Rolle. Das Vergabewesen ist so sehr vom europäischen Recht durchdrungen, dass eine rein nationale Betrachtungsweise keine befriedigenden Ergebnisse bieten kann.⁴⁰

³⁶ *Estermann*, in *Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² (2005) 6.

³⁷ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 6, 7.

³⁸ *Reichelt*, Europarecht (2002) 36.

³⁹ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 533, Rz 1721.

⁴⁰ *Braun*, Europarechtlicher Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2007/1, 17.

1. Diskriminierungsverbot

Das Vergabewesen stellt einen Wirtschaftssektor dar, der „*wie kaum ein anderer durch [...] protektionistische Regelungen bzw Verhaltensweisen gekennzeichnet war und ist*“. Das Diskriminierungsverbot iSd Art 12 EGV untersagt jede unmittelbare Schlechterstellung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und alle Formen mittelbarer Benachteiligungen, die durch die Anwendung von anderen Unterscheidungsmerkmalen tatsächlich zum gleichen Ergebnis führen.⁴¹ Das allgemeine Diskriminierungsverbot untersagt daher die Tendenz öffentlicher AG zur „*vorrangigen und unter hunderten Ausreden*“ begründeten Bevorzugung von lokalen, regionalen bzw nationalen Unternehmen.⁴² Das Vergabeverfahren ist vielmehr auf sachliche, dh durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Anforderungen zu beschränken.⁴³

Trotz der uneingeschränkten Geltung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes im Anwendungsbereich des EGV gilt es nach der Rechtsprechung des EuGH nur subsidiär als Auffangtatbestand, da die speziellen Diskriminierungsverbote der Grundfreiheiten vorrangig anzuwenden sind. Das allgemeine Diskriminierungsverbot iSd Art 12 EGV kann „*autonom nur auf durch das Gemeinschaftsrecht geregelte Situationen angewendet werden [...], für die der Vertrag keine besonderen Diskriminierungsverbote vorsieht*“.⁴⁴ Trotz der subsidiären Geltung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes wurden nationale Vergabennormen durch den EuGH auch am Prüfungsmaßstab des allgemeinen Diskriminierungsverbotes⁴⁵ gemessen. Das allgemeine Diskriminierungsverbot wurde überdies auch unmittelbar als dogmatische Grundlage für die vom EuGH entwickelten Vergabegrundsätze herangezogen.⁴⁶

Der Schutzbereich des Diskriminierungsverbotes erstreckt sich grundsätzlich auch auf die Benachteiligung von Inländern gegenüber EU-Ausländern. Da rein nationale Sachverhalte jedoch keinen ausreichenden Gemeinschaftsbezug aufweisen, werden viele Fälle dieser sog umgekehrten Diskriminierung von Art 12 EGV letztlich nicht erfasst.

Bei mittelbaren Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit schließt der EuGH eine „*ausnahmsweise*“ Rechtfertigung a priori nicht aus.⁴⁷ Allerdings sind Ausnahmen von Vorschriften, welche „*die Wirksamkeit der durch den Vertrag im Bereich der öffentlichen Aufträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen*“⁴⁸. Aus systematischen Gründen ist es nicht zulässig, primärrechtliche Rechtfertigungsgründe von speziellen Diskriminierungsverboten auf das allgemeine Diskriminierungsverbot zu übertragen.

⁴¹ EuGH 12.2.1974, Rs C-152/73, *Sotgiu gegen Deutsche Bundespost*, Rz 11.

⁴² *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 3, 9, 10.

⁴³ *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, ZVB 2002/108, 298.

⁴⁴ EuGH 14.7.1994, Rs C-379/92, *Peralta*, Rz 18.

⁴⁵ EuGH 20.9.1988, Rs C-31/87, *Beentjes*.

⁴⁶ EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria und Telefonadress*, Rz 61.

⁴⁷ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 9.

⁴⁸ EuGH 28.3.1995, Rs C-324/93, *Evans Medical*, Rz 48.

2. Grundfreiheiten

Primärrechtliche Grundfreiheiten hatten vor der Erlassung von Vergaberichtlinien in den 1970er Jahren den einzigen gemeinschaftsrechtlichen Prüfmaßstab für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Vergabeentscheidungen der EU-Mitgliedstaaten und der EG selbst dargestellt.⁴⁹ Im öffentlichen Auftragswesen ist von den primärrechtlichen Grundfreiheiten die Warenverkehrsfreiheit iSd Art 28 EGV regelmäßig bei Lieferaufträgen betroffen. Die Niederlassungsfreiheit iSd Art 43 EGV und die Dienstleistungsfreiheit iSd Art 49 EGV sind bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen relevant. Die Arbeitnehmerfreizügigkeit iSd Art 39 EGV wird berührt, wenn Unternehmen bei der Auftragsausführung ihr eigenes Personal in einem anderen EU-Mitgliedstaat einsetzen. Die Kapitalverkehrsfreiheit iSd Art 56 EGV kommt vergaberechtlich „kaum zum Tragen“.⁵⁰ Bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags ist nach den konkreten Umständen des Einzelfalls festzustellen, welche Grundfreiheit(en) den maßgeblichen Prüfmaßstab darstellen.

Die Grundfreiheiten verdanken ihre nähere Konkretisierung der Rechtsprechung des EuGH. Seine Auslegungsgrundsätze zur Warenverkehrsfreiheit haben den Grundstein für die Rechtsprechung zu den anderen Grundfreiheiten gelegt.⁵¹

2.1 Warenverkehrsfreiheit

Da es in Vergabeverfahren meist um Aufträge und damit um Dienstleistungshandlungen geht, wird die Warenverkehrsfreiheit iSd Art 28 EGV häufig nur mittelbar über die bei der Auftragsausführung verwendeten Materialien und Produkte berührt.⁵² Das für die Abgrenzung der Warenverkehrsfreiheit zur Dienstleistungsfreiheit maßgebliche Kriterium liegt im Schwerpunkt der Vergabe. Die Warenverkehrsfreiheit ist daher dann maßgeblich, wenn die Warenlieferung den Hauptteil des öffentlichen Auftrags bildet (zB beim bloßen Einkauf von Waren).

Im Schutzbereich der Warenverkehrsfreiheit sind unmittelbare Diskriminierungen verboten, „die sich spezifisch auf eingeführte Erzeugnisse beziehen“. Überdies sind mittelbare Diskriminierungen verboten, „die unter verschiedenen Voraussetzungen für eingeführte und für inländische Erzeugnisse bestehen, sodass die Vermarktung eingeführter Erzeugnisse erschwert oder verteuert wird“.⁵³ Nach der Rechtsprechung des EuGH stellen die sog Maßnahmen gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen die häufigste Verletzung

⁴⁹ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 22, 23.

⁵⁰ Zäch, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts² (2005) 182, Rz 380.

⁵¹ Weber/Bohr, Der Binnenmarkt und die Grundfreiheiten, in Röttinger/Weyringer (Hrsg), Handbuch der Europäischen Integration (1996) 320.

⁵² Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 542, Rz 1754.

⁵³ EuGH 7.4.1981, Rs C-132/80, *United Foods*, Rz 21.

der Warenverkehrsfreiheit dar, wenn sie geeignet sind, „den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell zu behindern“.⁵⁴

Während unmittelbare Diskriminierungen generell unzulässig sind, können mittelbare Diskriminierungen ausnahmsweise durch sachliche Rechtfertigungsgründe zulässig sein.⁵⁵ Handelshemmnisse können aus taxativ aufgezählten Gründen des Art 30 EGV zulässig sein, wobei die Rechtfertigungsgründe vom EuGH unter Berücksichtigung allgemeiner Grundsätze und der Grundrechte „fortwährend um aktuelle Schutzgesichtspunkte“ erweitert werden.⁵⁶ Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit etwa dann gerechtfertigt, wenn sie „notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes“.⁵⁷

2.2 Niederlassungsfreiheit

Zu den sog personenbezogenen Grundfreiheiten gehören die Arbeitnehmerfreizügigkeit, die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Im öffentlichen Auftragswesen ermöglichen sie die grenzüberschreitende Auftragsausführung. Die Bedeutung der Abgrenzung zwischen der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit nimmt ab, da die personenbezogenen Grundfreiheiten nach der Rechtsprechung des EuGH zunehmend nach einheitlichen Maßstäben ausgelegt werden. Die Rechtmäßigkeit grundfreiheitsbeschränkender Eingriffe wird ebenfalls anhand vergleichbarer Entscheidungsformeln überprüft. Die Rechtsprechung zur Dienstleistungsfreiheit ist jedoch strenger, da Beschränkungen bei der vorübergehenden Dienstleistungserbringung eine intensivere Wirkung als bei der dauerhaften Ausübung der Niederlassungsfreiheit entfalten.⁵⁸

Die Niederlassungsfreiheit iSd Art 43 EGV garantiert das Recht auf die „tatsächliche Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung in einem anderen Mitgliedstaat auf unbestimmte Zeit“.⁵⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH umfasst das Niederlassungsrecht nicht nur „die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten jeder Art, [sondern auch] die Gründung und Leitung von Unternehmen und die Errichtung von Agenturen, Zweigniederlassungen oder Tochtergesellschaften im Hoheitsgebiet jedes anderen Mitgliedstaats“.⁶⁰

⁵⁴ EuGH 11.7.1974, Rs C-8/74, *Dassonville*, Rz 5.

⁵⁵ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 11.

⁵⁶ *Koenig/Pfromm*, Zur Einschränkung der EG-vergaberechtlichen Ausschreibungspflicht durch die Tarifautonomie, Das EG-Vergaberecht ist keine ordnungspolitische Waffe!, ZVB 2007/27, 109.

⁵⁷ EuGH 20.2.1979, Rs C-120/78, *Cassis de Dijon*, Rz 8.

⁵⁸ *Raschauer*, in *Raschauer* (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts² (2003) 41, 43.

⁵⁹ EuGH 25.7.1991, Rs C-221/89, *Factortame*, Rz 20.

⁶⁰ EuGH 30.11.1995, Rs C-55/94, *Gebhard*, Rz 23.

Im öffentlichen Auftragswesen steht im Mittelpunkt die sog primäre Niederlassung, wenn Bieter zwecks Auftragsausführung selbständige Erwerbstätigkeiten in einem anderen EU-Mitgliedstaat neu aufnehmen oder ein bereits existierendes Unternehmen dorthin verlegen. Das Wesen der sog sekundären Niederlassung besteht hingegen darin, dass im Aufnahmestaat ein zusätzlicher Stützpunkt gegründet wird, der rechtlich selbständig (zB Tochtergesellschaft) oder rechtlich unselbständig (zB Zweigniederlassung, Betriebsteil) sein kann.⁶¹ Nach Schätzungen liegt der Anteil der indirekten grenzüberschreitenden Beschaffung (dh der öffentlichen Auftragsvergabe an einheimische Zweigniederlassungen ausländischer Unternehmen) bei ungefähr 30%.⁶²

Einschränkungen der personenbezogenen Grundfreiheiten sind durch die expliziten Ausnahmetatbestände iSd Art 39 Abs 3 EGV, Art 46 Abs 1 EGV iVm Art 55 EGV „aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit“ zulässig. Überdies ist es durch den Ausnahmetatbestand des Art 45 EGV zulässig, Ausländern den Zugang zur „unmittelbaren und spezifischen Teilnahme“ an der Ausübung der öffentlichen Gewalt zu verwehren.⁶³

Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen mitgliedstaatliche Maßnahmen „in nichtdiskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Erreichung des mit ihnen verfolgten Zwecks zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist.“⁶⁴

2.3 Dienstleistungsfreiheit

Die Dienstleistungsfreiheit iSd Art 49 EGV garantiert das Recht auf vorübergehende grenzüberschreitende Erbringung und Inanspruchnahme von Dienstleistungen nach den für die eigenen Staatsangehörigen geltenden Bestimmungen.⁶⁵ Die Dienstleistungsfreiheit erfasst überdies auch die zu ihrer Ausübung erforderlichen Nebenrechte (zB Einreise- und Aufenthaltsrechte). Da der Begriff der „Dienstleistung“ iSd Art 50 EGV Tätigkeiten „höchst unterschiedlicher Natur“ erfasst,⁶⁶ ist die Dienstleistungsfreiheit im Vergabewesen generell häufiger als andere Grundfreiheiten betroffen⁶⁷.

⁶¹ Züch, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts² (2005) 181, 182, Rz 380.

⁶² Kommission, Pressemitteilung – Öffentliches Beschaffungswesen: EU-Rechtsvorschriften entlasten Steuerzahler erheblich, aber es bleibt noch Spielraum für weitere Einsparungen, IP/04/149 (3.2.2004) 3.

⁶³ EuGH 21.6.1974, Rs C-2/74, *Reyners*, Rz 44, 45.

⁶⁴ EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03, *Contse*, Rz 25.

⁶⁵ *Erhart*, Öffentliches Auftragswesen, in *Röttinger/Weyringer* (Hrsg), Handbuch der Europäischen Integration (1996) 734.

⁶⁶ EuGH 27.3.1990, Rs C-113/89, *Rush Portuguesa*, Rz 16.

⁶⁷ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 536, Rz 1732.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind unmittelbare Diskriminierungen verboten, die an die Staatsangehörigkeit des Dienstleistungserbringers anknüpfen. Darüber hinaus sind „auch alle Beschränkungen aufzuheben, die obwohl sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistende wie für Dienstleistende anderer Mitgliedstaaten gelten, geeignet sind, die Tätigkeit eines in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden, der dort rechtmäßig gleichartige Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern“.⁶⁸

Nach der Rechtsprechung des EuGH sind Ausnahmen von Bestimmungen, die „die Wirksamkeit der durch den EG-Vertrag im Bereich der öffentlichen Dienstleistungsaufträge eingeräumten Rechte gewährleisten sollen, eng auszulegen“.⁶⁹ Als Rechtfertigungsgründe des zwingenden Allgemeininteresses gelten der Konsumentenschutz, das Erfordernis von Sprachkenntnissen sowie die Verpflichtung, aus Gründen der Steuerkontrolle Bücher im Inland zu führen.⁷⁰ Bei der Dienstleistungserbringung sind nationale Berufszulassungsregeln einzuhalten, „soweit sie objektiv gerechtfertigt sind, um eine ordnungsgemäße Ausübung der Tätigkeiten [...] sowie die Beachtung der Würde des Berufs und der Unvereinbarkeiten zu gewährleisten“.⁷¹ Nationale Arbeitnehmerschutzvorschriften können ebenfalls gerechtfertigt sein⁷² (zB Mindestlohn und Mindesturlaub). Sie gelten grundsätzlich für alle Arbeitgeber, „die im Hoheitsgebiet dieses Staates Dienstleistungen erbringen, [...] unabhängig davon, in welchem Land sie ansässig sind“⁷³.

2.4 Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit iSd Art 39 EGV bildet das Grundrecht jedes Arbeitnehmers auf freien Zugang zur Beschäftigung.⁷⁴ Das Vergaberecht betrifft primär die Erbringung wirtschaftlicher Leistungen durch Selbständige, sodass die Arbeitnehmerfreizügigkeit als unselbständige, persönlich abhängige Erwerbstätigkeit „gerade nicht“ berührt wird.⁷⁵ Bei Vergaberechtsverstößen lassen sich „allenfalls“ mittelbare Auswirkungen auf die Arbeitnehmer von Bieterunternehmen ausmachen. Wenngleich die Arbeitnehmer durch einen Vergaberechtsverstoß der Chance beraubt werden, im auftragvergebenden EU-Mitgliedstaat zu arbeiten, reicht eine solche Chancebeeinträchtigung nach *Frenz* nicht für eine selbständige Verletzung der Arbeitnehmerfreizügigkeit aus. Da die Arbeitnehmer im Rahmen eines bereits

⁶⁸ EuGH 25.7.1991, Rs C-76/90, *Säger*, Rz 12; EuGH 9.8.1994, Rs C-43/93, *Vander Elst*, Rz 14; EuGH 28.3.1996, *Guiot*, Rs C-272/94, Rz 10; EuGH 23.11.1999, Rs C-369/96 und Rs C-376/96, *Arblade*, Rz 33.

⁶⁹ EuGH 10.4.2003, Rs C-20/01 und C-28/01, *Kommission gegen Deutschland*, Rz 58.

⁷⁰ Raschauer, in *Raschauer* (Hrsg), *Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts*² (2003) 43, 44.

⁷¹ EuGH 19.1.1988, Rs C-292/86, *Claude Gullung*, Rz 17.

⁷² EuGH 25.10.2001, Rs C-49/98, C-50/98, C-52/98 bis C-54/98, C-68/98 bis C-71/98, *Finalarte Sociedade*, Rz 33 ff.

⁷³ EuGH 15.3.2001, Rs C-165/98, *Guillaume*, Rz 28.

⁷⁴ EuGH 15.10.1987, Rs C-222/86, *Heylens*, Rz 14.

⁷⁵ *Frenz*, *Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht* (2007) 530, Rz 1710.

bestehenden Arbeitsverhältnisses entsandt werden, würden sie von der Arbeitnehmerfreizügigkeit nicht aufgrund ihres eigenen Willensentschlusses Gebrauch machen und selbst keinen Zugang zum Arbeitsmarkt begehren. Es sei allein die Dienstleistungsfreiheit des Arbeitgebers betroffen.⁷⁶

Eine selbständige Beeinträchtigung der Arbeitnehmerfreizügigkeit wird hingegen von *Prieß* bejaht. Wenn Bieter öffentliche Aufträge in anderen EU-Mitgliedstaaten mit Hilfe ihres angestammten Personals ausführen, könnten sie einerseits die Dienstleistungsfreiheit in Anspruch nehmen, welche durch die Versagung der Verwendung des Stammpersonals verletzt wäre. Zusätzlich könnten sie sich im Falle von Einreisebeschränkungen für ihr Personal auch auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit berufen.⁷⁷

Beschränkungen der Arbeitnehmerfreizügigkeit sind nach der für alle personenbezogenen Grundfreiheiten geltenden Judikaturformel zulässig. Nach der Rechtsprechung des EuGH darf vom „*fundamentalen*“ Grundsatz der Freizügigkeit nur dann abgewichen werden, wenn „*eine tatsächliche oder hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft berührt*“.⁷⁸

2.5 Kapitalverkehrsfreiheit

Gemäß Art 56 EGV sind alle Beschränkungen des Kapital- und Zahlungsverkehrs zwischen den EU-Mitgliedstaaten sowie zwischen den EU-Mitgliedstaaten und Drittstaaten verboten. Wenngleich der EGV keine Definition der Begriffe des Kapital- und Zahlungsverkehrs enthält, orientiert sich der EuGH an der Nomenklatur für den Kapitalverkehr im Anhang 1 zur Richtlinie 88/361/EWG⁷⁹ und misst der dort enthaltenen demonstrativen Aufzählung einen „*Hinweischarakter*“ für die Definition des Kapitalverkehrs zu. Dementsprechend werden unter dem weiten Begriff des Kapitalverkehrs etwa Hypotheken, die Liquidation von Immobilieninvestitionen⁸⁰ sowie der Erwerb von Grundstücken und Unternehmensanteilen⁸¹ verstanden.

Da Kapitalbewegungen im Regelfall mit der Niederlassung von Unternehmen in anderen EU-Mitgliedstaaten verbunden sind, können sie sowohl als Folge der Ausübung der Niederlassungsfreiheit als auch als Folge von Transaktionen iSd Art 56 EGV frei sein. Der klare Wortlaut des Art 43 EGV normiert jedoch den Vorrang der Kapitalverkehrsfreiheit (arg: „*Vorbehaltlich des Kapitels über den Kapitalverkehr*“).⁸²

⁷⁶ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 542, Rz 1752.

⁷⁷ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 19, 20.

⁷⁸ EuGH 27.10.1977, Rs C-30/77, *Bouchereau*, Rz 33.

⁷⁹ Richtlinie 88/361/EWG zur Durchführung von Art 67 des Vertrages, ABl. 1988, L 178, S 8.

⁸⁰ EuGH 16.3.1999, Rs C-222/97, *Trummer und Mayer*, Rz 20 ff.

⁸¹ *Raschauer*, in *Raschauer* (Hrsg), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts² (2003) 44.

⁸² *Zäch*, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts² (2005) 182, Rz 380.

Beschränkungen des Kapitalverkehrs sind nach der für personenbezogene Grundfreiheiten entwickelten Judikaturformel zu überprüfen. Nach der Rechtsprechung des EuGH können Beschränkungen der Kapitalverkehrsfreiheit etwa durch das Ziel gerechtfertigt sein, die Sicherheit der Energieversorgung im Krisenfall zu gewährleisten“. Der Begriff der öffentlichen Sicherheit ist jedoch als Ausnahme vom grundlegenden Prinzip des freien Kapitalverkehrs eng zu verstehen.⁸³

⁸³ EuGH 4.6.2002, Rs C-503/99, *Kommission gegen Belgien*, Rz 47, 55.

3. Ungeschriebene Vergabegrundsätze

Das primärrechtliche Vergaberecht zeichnet sich durch einen „*recht abstrakten*“ Charakter aus. Da es ihm häufig an eindeutigen und klar nachlesbaren Tatbestandsmerkmalen fehlt, ist die Rechtsprechung des EuGH „*bis zu heutigem Tag relevant und wichtig*“.⁸⁴ Sie stellt eine weitere Rechtsquelle des primärrechtlichen Vergaberechts dar.

Für die dogmatische Entwicklung des Gemeinschaftsrechts kommt dem EuGH die „*rôle créateur*“ zu.⁸⁵ Er besitzt das Auslegungsmonopol im Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art 234 EGV.⁸⁶ Seine wegweisenden Urteile enthalten wichtige vergabespezifische „*Muttergrundsätze*“⁸⁷, die einen unmittelbaren Prüfungsmaßstab⁸⁸ entfalten. Die Grundsätze dienen als „*wesentliche Entscheidungsparameter*“⁸⁹ zur Sicherstellung der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts.⁹⁰ Ihre besondere Bedeutung erklärt sich daraus, dass sie eine uneingeschränkte Geltung entfalten (dh auch außerhalb des Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien). Nach der Rechtsprechung des EuGH sind „*doch die Grundregeln des Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten*“.⁹¹

3.1 Gleichbehandlung

Der Gleichbehandlungsgrundsatz stellt eine „*logische Weiterentwicklung*“⁹² des allgemeinen Diskriminierungsverbotes iSd Art 12 EGV dar und gilt „*zweifelsohne als Kernaussage der gemeinschaftsrechtlichen Vergabevorschriften*“⁹³. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlangt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH, dass „*vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist*“.⁹⁴ Der Gleichbehandlungsgrundsatz geht über das allgemeine Diskriminierungsverbot aus Gründen der Staatsangehörigkeit hinaus und untersagt überhaupt jede Ungleichbehandlung, die durch keinen sachlich gerechtfertigten

⁸⁴ *Gruber/Gruber/Mille/Sachs*, Public Procurement in the European Union (2006) 3, 79.

⁸⁵ *Reichelt*, Vom Diskriminierungsverbot zur Unionsbürgerschaft im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, in FS *Michalek* zum 65. Geburtstag (2005) 357.

⁸⁶ *Reichelt*, Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, Band II der Schriftenreihe des Ludwig Boltzmann Institutes für Europarecht (1998).

⁸⁷ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 566, Rz 1836.

⁸⁸ *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, ZVB 2002/108, 298.

⁸⁹ *Gruber/Gruber/Sachs*, Europäisches Vergaberecht (2005) 32.

⁹⁰ EuGH 21.9.1983, Rs C-205-215/82, *Deutsches Milchkontor GmbH ua gegen Deutschland*, Rz 17.

⁹¹ EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria und Telefonadress*, Rz 60; EuGH 3.12.2001, Rs C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, Rz 20.

⁹² EuGH 17.9.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus*, Rz 81; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale Bau*, Rz 91.

⁹³ *Hornbanger*, Die Rechtsprechung des EuGH zum öffentlichen Auftragswesen, *ecolex* 1997, 222.

⁹⁴ EuGH 3.3.2005, Rs C-21/03 und C-34/03, *Fabricom*, Rz 27.

Grund gedeckt ist.⁹⁵ In seiner vergabespezifischen Ausprägung als Gleichbehandlungsgebot aller Bieter und Bewerber wird er „in schwerster Weise“ verletzt, wenn die Ausschreibung als seine „unabdingbare Grundlage“ unterlassen wird.⁹⁶

3.1.1 Chancengleichheit

Zwecks Gewährleistung eines echten, unverfälschten Wettbewerbs wird aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz das Gebot der Chancengleichheit abgeleitet.⁹⁷ Genauso wie für alle Fußballer am Fußballspielfeld dieselben Spielregeln zu gelten haben, haben auch im Vergabewesen für alle Bieter und Bewerber dieselben Vergabeanforderungen zu gelten.

Nach der Rechtsprechung des EuGH bildet der Umstand, dass ein Zuschlagskriterium nur von einer kleinen Anzahl von Unternehmen erfüllt werden kann, keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, sofern die Ausschreibungskriterien „objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar“ sind,⁹⁸ Es ist gleichfalls zulässig, dass an Vergabeverfahren Bieter teilnehmen, die Beihilfen jedweder Art beziehen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz wird nicht bereits durch den bloßen Umstand verletzt, dass ein beihilfenbeziehender Bieter ein Angebot zu einem erheblich niedrigeren Preis legen kann als keine beihilfenbeziehenden Bieter.⁹⁹ Die Gleichbehandlung wird hingegen beeinträchtigt, wenn die Zuschlagserteilung mit vergabefremden Kriterien ohne hinreichenden Bezug zum Auftragsgegenstand verbunden wird.¹⁰⁰

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet Interessensverquickungen, unter welche der EuGH alle Vergabekonstellationen subsumiert, „wenn demjenigen ein öffentlicher Auftrag erteilt wird, der bei der Evaluierung und der Auswahl der Angebote für diesen Auftrag mitgewirkt hat“.¹⁰¹ Daran anknüpfend sieht GA *Mischo* die Teilnahme eines Bieters an der Vorbereitung der Ausschreibung „als einen nahezu ebenso schweren Verstoß wie eine Beteiligung an der Bewertung und Auswahl der Angebote“.¹⁰² Öffentliche AG haben daher ein gewisses Mindestmaß an Neutralität zu beachten und ihre Befangenheit zu vermeiden.¹⁰³

3.1.2 Vergleichbarkeit von Angeboten

Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet, dass „alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der

⁹⁵ Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 556, Rz 1800.

⁹⁶ Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 556, 557, Rz 1801.

⁹⁷ EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, *Kommission gegen Dänemark*, Rz 33 ff.

⁹⁸ EuGH 17.9.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus*, Rz 83, 85.

⁹⁹ EuGH 7.12.2000, Rs C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, Rz 32.

¹⁰⁰ Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 558, Rz 1805.

¹⁰¹ EuGH 15.6.1999, Rs T-277/97, *Ismeri*, Rz 112.

¹⁰² *Mischo*, SA Rs C-513/99, 13.12.2001, *Concordia Bus Finland*, Rz 161.

¹⁰³ Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 569, Rz 1846.

einzelnen Bieter gewährleistet ist“.¹⁰⁴ Eine unklare Leistungsbeschreibung ist regelmäßig irreparabel und stellt einen Widerrufstatbestand dar.¹⁰⁵

Bei der Angebotsprüfung sind die anfangs festgelegten Vergabekriterien auf objektiver Grundlage zugrunde zu legen.¹⁰⁶ Nach der Rechtsprechung des EuGH wäre dem Grundsatz der Vergleichbarkeit der Angebote „aber nicht genügt, wenn die Bieter von den grundlegenden Vorschriften der Verdingungsunterlagen durch Vorbehalte abweichen könnten, soweit diese Vorschriften ihnen nicht ausdrücklich die Möglichkeit einräumen“.¹⁰⁷ Es wäre eine „vergaberechtliche Todsünde“,¹⁰⁸ wenn der präsumptive Zuschlagsempfänger aufgrund von Faktoren ausgewählt würde, die zuvor nicht als entscheidungserheblich bezeichnet wurden.

3.2 Transparenz

Der Gleichbehandlungsgrundsatz setzt eine Verpflichtung zur Transparenz voraus, da sonst nicht geprüft werden könnte, ob er überhaupt beachtet wurde.¹⁰⁹ Im öffentlichen Auftragswesen besteht die Transparenz darin, „jedem potentiellen Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit zu gewährleisten, der den Vergabemarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden“.¹¹⁰ Wenngleich die Transparenz in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zu wahren ist¹¹¹ (beginnend mit der Ausschreibung, über die inhaltliche Festlegung von Vergabekriterien bis hin zur Zuschlagsentscheidung), werden lediglich 16% der öffentlichen Aufträge gemeinschaftsweit ausgeschrieben¹¹². Die gewünschte Erhöhung der Transparenz entspricht dem bekannten Sprichwort: „Licht ist das beste Desinfektionsmittel.“¹¹³

3.2.1 Angemessene Bekanntmachung

Öffentliche AG sind zur Bekanntmachung von beabsichtigten Auftragsvergaben grundsätzlich nur dann verpflichtet, wenn diese in den Geltungsbereich der Vergaberichtlinien fallen. Der EuGH verlangt jedoch auch außerhalb des

¹⁰⁴ EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, *Kommission gegen Dänemark*, Rz 37.

¹⁰⁵ *Kurbos*, Wettbewerb und Vergleichbarkeit, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte II zum BVergG 2006* (2005) 112, 113.

¹⁰⁶ EuGH 25.4.1996, Rs C-87/94, *Kommission gegen Belgien*, Rz 88 ff.

¹⁰⁷ EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, *Kommission gegen Dänemark*, Rz 40.

¹⁰⁸ *Platzer*, Zuschlagsverfahren im BVergG 2006, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte II zum BVergG 2006* (2005) 166.

¹⁰⁹ EuGH 18.10.2001, Rs C-19/00, *SAIC Construction*, Rz 41.

¹¹⁰ EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria und Telefonadress*, Rz 62; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 49.

¹¹¹ EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale Bau*, Rz 91 ff.

¹¹² *Kommission*, Pressemitteilung – Öffentliches Beschaffungswesen: EU-Rechtsvorschriften entlasten Steuerzahler erheblich, aber es bleibt noch Spielraum für weitere Einsparungen, IP/04/149 (3.2.2004) 2, 3.

¹¹³ *Die Presse*, Keine Transparenz bei Agrarsubvention (1.10.2007) 17.

Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien eine „angemessene“ bzw. „hinreichend zugängliche“ Bekanntmachung binnenmarktrelevanter Auftragsvergaben und legt alle Ausnahmen von Veröffentlichungsvorschriften sehr restriktiv aus.¹¹⁴ Die „breite Palette“ des sog richtlinienfreien Bereiches umfasst etwa Aufträge unterhalb der Schwellenwerte¹¹⁵, nicht prioritäre Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B der RL 2004/18/EG und gemäß Anhang XVII Teil B der RL 2004/17/EG, welche die Schwellenwerte überschreiten sowie Konzessionsverträge.

Im richtlinienfreien Bereich ist es aufgrund der „extrem unbestimmten“ Rechtslage problematisch, in welcher Form dem Transparenzgrundsatz zu entsprechen ist.¹¹⁶ Nach Auffassung der *Kommission* kann die Transparenz „auf jede geeignete Art und Weise sichergestellt werden, abhängig und unter Berücksichtigung der Besonderheiten der betroffenen Sektoren“.¹¹⁷ Nach GA *Stix-Hackl* hängt der angemessene Transparenzgrad „von den konkreten Umständen der Vergabe, wie ihrem Gegenstand und ihrem Wert“ ab.¹¹⁸ Dabei gilt eine einfache Formel: „Je interessanter der Auftrag für Bieter aus anderen Mitgliedstaaten ist, desto weiter sollte er bekanntgemacht werden.“ Zur Sicherstellung eines echten Wettbewerbs wird jedenfalls eine aktive Bekanntmachung gefordert (zB auf der Website von öffentlichen AG, durch speziell für Vergabebekanntmachungen geschaffene Portale, in nationalen Ausschreibungsblättern oder in lokalen Zeitungen). Demgegenüber genügen Formen passiver Information nicht zur Sicherstellung eines angemessenen Transparenzgrades, da bei den passiven Formen öffentliche AG nur auf Informationsgesuche von Bewerbern reagieren, die von der geplanten Auftragsvergabe durch ihre eigene Initiative erfahren haben. Ebenfalls unzureichend sind Medienberichte, Kongresse, parlamentarische oder politische Debatten.¹¹⁹

Wenngleich die Veröffentlichung der Ausschreibung regelmäßig geboten ist, besteht nach GA *Stix-Hackl* eine Reihe von Ausnahmen und Rechtfertigungsgründen. „Denn es ist nicht auszuschließen, dass es auch Fälle gibt, in denen ein Vergabeverfahren auch ohne vorherige Vergabebekanntmachung, dh ohne Ausschreibung, durchgeführt werden darf.“¹²⁰ Gegen eine allgemeine Ausschreibungspflicht spricht auch die Rechtsprechung des EuGH, wonach vom Transparenzgrundsatz „wegen besonderer Umstände wie beispielsweise einer

¹¹⁴ *Hornbanger*, Die Rechtsprechung des EuGH zum öffentlichen Auftragswesen, *ecolex* 1997, 222

¹¹⁵ Art 16 Abs 3 RL 2004/17/EG; Art 7 RL 2004/18/EG.

¹¹⁶ *Gutknecht*, Anwendung des Primärrechts auf nichtprioritäre Dienstleistungen, *ZVB* 2007/17, 64.

¹¹⁷ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, *ABl.* 2000 C 121, S 7.

¹¹⁸ *Stix-Hackl*, SA Rs C-507/03, 14.9.2006, *Kommission gegen Irland*, Rz 80.

¹¹⁹ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, *ABl.* 2006 C 179, S 4.

¹²⁰ *Stix-Hackl*, SA Rs C-507/03, 14.9.2006, *Kommission gegen Irland*, Rz 77, 79.

*sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung*¹²¹ des öffentlichen Auftrags abgewichen werden kann. Bei geringen Auftragswerten fehlt das grenzüberschreitende Handelsinteresse, sodass keine vergabespezifischen Gefahren für den Wettbewerb bestehen. Eine bloß nationale bzw regionale Ausschreibung sei „*höchstens*“ bei sehr kleinen Aufträgen zulässig, für die es nur einen örtlichen Markt gibt.¹²²

3.3 Öffentlichkeit

In enger Verbindung zum Transparenzgrundsatz steht der Grundsatz der Öffentlichkeit, der beschwerten Bewerbern und Bietern „*überhaupt*“ die Ausübung von Rechtsschutz ermöglicht. Die Zuschlagsentscheidung samt Begründung ist den Bietern daher vor der beabsichtigten Zuschlagserteilung mitzuteilen, da sie erst bei Kenntnis der Ablehnungsgründe ihres Angebotes und der Vorteile des ausgewählten Angebotes entscheiden können, ob sie dagegen vorgehen wollen. Der Öffentlichkeitsgrundsatz gebietet eine unabhängige Dokumentation von Vergabeverfahren (zB Bekanntmachung von Vergabekriterien, Anlegen von Vergabeakten und –vermerken). Ohne ausreichende Beweismaterialien ist es nämlich kaum möglich, Vergabeentscheidungen nachzuprüfen.¹²³

3.4 Anerkennung

Der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gebietet die Zulassung von Waren und Qualifikations- und Befähigungsnachweisen aus einem anderen EU-Mitgliedstaat, wenn diese den vom Bestimmungsland festgelegten gerechtfertigten Anforderungen entsprechen.¹²⁴ Ungerechtfertigte nationale technische oder wirtschaftliche Spezifikationen können hingegen die grenzüberschreitende Teilnahme an Vergabeverfahren hindern (zB durch Anforderungen an eine konkrete Zusammensetzung, Qualität, Marke, Produktion, Herkunft, ein konkretes Patent, Zertifizierungs- oder Testverfahren).¹²⁵ Ausländische Bewerber und Bieter müssten sich zunächst über die ihnen unbekannt Standards informieren und könnten aufgrund des damit verbundenen Aufwands in zeitliche Bedrängnis kommen. Nationale Spezifikationen haben daher den Zusatz „*oder gleichwertiger Art*“ zu enthalten. Sonst könnten Wirtschaftsteilnehmer mit gleichwertigen Produkten diskriminiert und die Einfuhrströme im innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigt werden.¹²⁶

¹²¹ EuGH 21.7.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rz 20.

¹²² *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 576, Rz 1871.

¹²³ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 569, Rz 1845.

¹²⁴ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000 C 121, S 8.

¹²⁵ *Kriško*, Regeln des Vergaberechts in der EU [Pravidlá verejného obstarávania v EÚ], Justičná revue 2007/5-6, 56.

¹²⁶ EuGH 24.1.1995, Rs C-359/93, *Kommission gegen Niederlande*, Rz 27.

Primärrechtlich bestehen hingegen keine Bedenken, wenn auf Spezifikationen gemeinschaftlicher Herkunft Bezug genommen wird oder wenn sie „*allgemeinverständlich und abschließend*“ beschrieben werden. Solche Spezifikationen können nämlich von allen Bewerbern und Bieter nachvollzogen werden und es steht allen interessierten Unternehmern für die Angebotslegung effektiv derselbe Zeitraum zur Verfügung.¹²⁷

Werden von Bewerbern bzw Bieter besondere Qualifikationserfordernisse verlangt und bestehen keine maßgeblichen sekundärrechtlichen Normen, haben die Behörden des Aufnahmestaats im Rahmen einer materiellen Gleichwertigkeitsprüfung zu vergleichen, „*inwieweit die Kenntnisse und Fähigkeiten, die durch das von dem Betroffenen in seinem Herkunftsland erworbene Diplom bescheinigt werden, den nach dem Recht des Aufnahmestaats vorgeschriebenen Kenntnissen und Fähigkeiten entsprechen*“.¹²⁸ Aufgrund fehlender nationaler Befähigungsnachweise dürfen Bieter erst nach der vergleichenden Prüfung ausgeschlossen werden, wobei heute auf verschiedene Harmonisierungsrichtlinien zurückgegriffen werden kann.¹²⁹

3.5 Rechtssicherheit

Der Grundsatz der Rechtssicherheit gehört zum „*zentralen*“ Element der Rechtsprechung des EuGH zur Umsetzung des Gemeinschaftsrechts. Er verlangt „*detaillierte, präzise und klare*“¹³⁰ nationale Bestimmungen, die essentielle Voraussetzungen von Effektivität darstellen.¹³¹

3.6 Verhältnismäßigkeit

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gehört nach ständiger Rechtsprechung des EuGH zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts¹³² und gilt selbst dann, wenn staatlichen Einrichtungen ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt ist¹³³. Dieser Grundsatz hat positive Auswirkungen sowohl auf öffentliche AG als auch auf Bewerber bzw Bieter.¹³⁴

Für öffentliche AG bedeutet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eine gewisse „*Abmilderung der Maßstäbe*“ bei sehr niedrigen Auftragswerten. Je wichtiger und wirtschaftlich interessanter ein öffentlicher Auftrag ist, desto strengere Vergabevorschriften sind zu beachten.¹³⁵ Andererseits werden durch das Übermaßverbot auch Bewerber bzw

¹²⁷ Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 538, 539, Rz 1742, 1743.

¹²⁸ EuGH 7.5.1991, Rs C-340/89, *Vlassopoulou*, Rz 16, 23.

¹²⁹ Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 541, Rz 1751.

¹³⁰ EuGH 28.2.1991, Rs C-131/88, *Kommission gegen Deutschland*.

¹³¹ *Pachnou*, Enforcement of the E.C. procurement rules: The standards required of national review systems under E.C. law in the context of the principle of effectiveness, PPLR 2000/2, 66.

¹³² EuGH 11.7.1989, Rs C-265/87, *Schröder*, Rz 21.

¹³³ EuGH 19.6.1980, Rs C-41/79, C-121/79 und C-796/79, *Testa ua*, Rz 21.

¹³⁴ Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 570, Rz 1847, 1850.

¹³⁵ Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 558, Rz 1806.

Bieter geschützt, da alle Vergabemodalitäten den Besonderheiten des konkreten Auftragsgegenstandes angemessen sein müssen.¹³⁶ Es dürfen daher keine exzessive oder unverhältnismäßige fachliche, finanzielle oder technische Vergabeanforderungen verlangt werden.¹³⁷ Aufgrund des Verbotes sachfremder Koppelungen dürfen nur solche vergabefremden Kriterien festgelegt werden, die noch einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen.¹³⁸ Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist ferner abzuleiten, dass Fristen für Interessensbekundungen und die Angebotsabgabe so lang sein müssen, dass Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten genügend Vorbereitungszeit haben und zwecks Teilnahme am Vergabeverfahren eine fundierte Einschätzung vornehmen können.¹³⁹

3.7 Effektivität

Die Einräumung effektiven Rechtsschutzes gegen die öffentliche Gewalt als „*Kehrseite des obrigkeitlichen Gewaltmonopols und des individuellen Selbsthilfeverbots*“ stellt den Schlusspunkt der Ausbildung eines modernen Rechtsstaates dar.¹⁴⁰ Der Effektivitätsgrundsatz folgt aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der EU-Mitgliedstaaten und ist auch in Art 6 und 13 EMRK^{141, 142} verankert.¹⁴³ Nach der „*stringenten*“¹⁴⁴ Rechtsprechung des EuGH müssen Rechtsunterworfenen einen „*effektiven gerichtlichen*“¹⁴⁵ Schutz der Rechte in Anspruch nehmen können, die sie aus der Gemeinschaftsrechtsordnung herleiten.“¹⁴⁶ Nationale Gesetzgeber haben daher für die wirksame Durchsetzung gemeinschaftsrechtlich begründeter Rechtsansprüche zu sorgen und die Gerichte haben gleichfalls den „*Rechtsschutz zu gewährleisten [...], der sich für die Einzelnen aus der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts ergibt*“¹⁴⁷. Soweit es keine maßgeblichen Gemeinschaftsrechtsnormen gibt, ist es nach der Rechtsprechung des EuGH „*Sache der Mitgliedstaaten, ein System von*

¹³⁶ EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 50.

¹³⁷ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000 C 121, S 8.

¹³⁸ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 570, Rz 1847, 1848.

¹³⁹ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. 2006 C 179, S 6.

¹⁴⁰ *Nowak*, in *Heselhaus/Nowak* (Hrsg), Handbuch der europäischen Grundrechte (2006) 1349, Rz 1.

¹⁴¹ Österreich: Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. I 210/1958 idF BGBl. I 59/1964; zuletzt geändert durch BGBl. III 179/2002.

¹⁴² Slowakei: Gesetzessammlung Nr. 209/1992 und Nr. 102/1999 [Zákon č. 209/1992 Zb. a zákon č. 102/1999 Z. z.].

¹⁴³ EuGH 15.10.1987, Rs C-222/86, *Heylens*, Rz 14.

¹⁴⁴ *Latotzky/Janz*, Der Bieter im Vergaberecht bei geringwertigen Auftragswerten: Ein fortdauerndes „Rechtsschutz-Prekariat“?, *VergabeR* 2007/4, 446.

¹⁴⁵ Im vorliegenden Zusammenhang ist der Begriff „gerichtlich“ iSd Art 234 EGV zu verstehen.

¹⁴⁶ EuGH 15.5.1986, Rs C-222/84, *Johnston*, Rz 18; EuGH 27.11.2001, Rs C-424/99, *Kommission gegen Österreich*, Rz 45; EuGH 25.7.2002, Rs C-55/00, *Union de Pequeños Agricultores*, Rz 39.

¹⁴⁷ EuGH 16.12.1976, Rs C-33/76, *Rewe*, Rz 5; EuGH 19.11.1991, Rs C-6/90 und C-9/90, *Francovich*, Rz 43; EuGH 14.12.1995, Rs C-312/93, *Peterbroek*, Rz 12.

*Rechtsbehelfen und Verfahren vorzusehen, mit dem die Einhaltung des Rechts auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz gewährleistet werden kann“.*¹⁴⁸

Nationale Rechtsmittel zur Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts stellen einen Bestandteil des nationalen Verfahrensrechts dar,¹⁴⁹ das entsprechend dem Grundsatz der verfahrensmäßigen und institutionellen Autonomie der EU-Mitgliedstaaten grundsätzlich diesen vorbehalten ist¹⁵⁰. Allerdings wird die Autonomie klarerweise durch die Grundsätze der Effektivität und Äquivalenz beschränkt.¹⁵¹ Entsprechend dem Äquivalenzgrundsatz dürfen nationale Rechtsschutzverfahren betreffend gemeinschaftsrechtlich begründete Ansprüche nicht ungünstiger gestaltet werden als bei entsprechenden Klagen, die nur innerstaatliches Recht betreffen. Entsprechend dem Effektivitätsgrundsatz dürfen sie überdies die Ausübung der gemeinschaftsrechtlich eingeräumten Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren.¹⁵²

Im öffentlichen Auftragswesen stellen Vergabeverfahren Mehrparteienverfahren dar, wo verschiedene gegenläufige Interessen von Gegenparteien aufeinanderprallen und wo die Parteien als Träger subjektiver Rechte einen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz haben. Im Vergabewesen ist der effektive Rechtsschutz daher als ausgewogener Rechtsschutz zu verstehen, der den multipolaren Interessenskonflikten Rechnung trägt.¹⁵³ Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz bezieht sich sowohl auf den Primärrechtsschutz einschließlich des vorläufigen Rechtsschutzes als auch auf den Sekundärrechtsschutz in der Gestalt der Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen. Es schließt die den Individualrechtsschutz erfassende Rechtsweggarantie ein,¹⁵⁴ die als Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf durch Art 47 Charta der Grundrechte der Europäischen Union¹⁵⁵ bekräftigt wird.

3.7.1 Notwendigkeit des Primärrechtsschutzes

Der Effektivitätsgrundsatz wird aus primärrechtlichen Grundfreiheiten und aus dem Transparenzgrundsatz abgeleitet. Nach der Rechtsprechung des EuGH gebietet er, dass die *„Nachprüfung ermöglicht [wird], ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt*

¹⁴⁸ EuGH 25.7.2002, Rs C-55/00, *Union de Pequeños Agricultores*, Rz 41.

¹⁴⁹ *Pachnou*, Enforcement of the E.C. procurement rules: The standards required of national review systems under E.C. law in the context of the principle of effectiveness, PPLR 2000/2, 56.

¹⁵⁰ EuGH 17.9.1997, Rs C-54/96, *Dorsch Consult*, Rz 40; EuGH 24.9.1998, Rs C-76/97, *Tögel*, Rz 22; EuGH 4.3.1999, Rs C-258/97, *Hospital Ingenieure I*, Rz 22.

¹⁵¹ *Treumer*, Damages for breach of the EC Public Procurement Rules – Changes in European legislation and practice, PPLR 2006/4, 160.

¹⁵² EuGH 9.11.1983, Rs C-199/82, *San Giorgio*, Rz 2.

¹⁵³ *Thienel*, Gesondert und verbunden anfechtbare Entscheidungen, in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 349 ff.

¹⁵⁴ *Braun*, Europarechtlicher Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2007/1, 19.

¹⁵⁵ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2000 L 367, S 20.

wurden“¹⁵⁶. Aus den Grundfreiheiten erwächst ein Anspruch auf gerichtliche Kontrolle von staatlichen Maßnahmen, die möglicherweise eine der Grundfreiheiten verletzen.¹⁵⁷ Es ist ein hinreichender Rechtsweg zu eröffnen.¹⁵⁸ Die gänzliche Vorenthaltung von Rechtsschutz ist daher unzulässig.¹⁵⁹

Unter den Vergabeexperten ist es bislang eine offene Frage, ob das schon aus dem Primärrecht resultierende Erfordernis des effektiven (gerichtlichen) Rechtsschutzes auch außerhalb des Geltungsbereiches der Vergaberichtlinien gilt.¹⁶⁰ Manche Autoren sprechen von der Notwendigkeit des Primärrechtsschutzes und fordern für alle, den Grundfreiheiten unterfallenden Vergabekonstruktionen effektive Nachprüfungsverfahren.¹⁶¹ Die *Kommission* verlangt ebenfalls wirksame Rechtsschutzgarantien für alle binnenmarktrelevanten Auftragsvergaben: „Zumindest Entscheidungen mit ungünstigen Auswirkungen für Personen, die ein Interesse am Erhalt des Auftrags haben oder hatten, [müssen] auf etwaige Verstöße gegen die aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht abgeleiteten Grundanforderungen nachgeprüft werden können.“ Ohne ein angemessenes Nachprüfungssystem sei die Einhaltung von Fairness und Transparenz „nicht wirklich“ zu gewährleisten.¹⁶²

¹⁵⁶ EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria und Telefonadress*, Rz 62; EuGH 13.10.2005,

Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 49.

¹⁵⁷ EuGH 16.12.1976, Rs C-33/76, *Rewe*, Rz 5; EuGH 15.5.1986, Rs C-222/84, *Johnston*, Rz 17; EuGH 15.10.1987, Rs C-222/86, *Heylens*, Rz 15; EuGH 19.6.1990, Rs C-213/89, *Factortame*, Rz 19.

¹⁵⁸ EuGH 15.10.1987, Rs C-222/86, *Heylens*, Rz 14; EuGH 7.5.1991, Rs C-340/89, *Vlassopoulou*, Rz 22; EuGH 3.2.2000, Rs C-228/98, *Dounias*, Rz 64.

¹⁵⁹ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. 2006 C 179, S 6.

¹⁶⁰ *Holoubek/Fuchs*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Band I² (2007) 812.

¹⁶¹ *Braun*, Europarechtlicher Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, *VergabeR* 2007/1, 24; *Chojnacka*, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 327; *Schenk*, Das neue Vergaberecht (2001) 93; *Tonne*, Effektiver Rechtsschutz durch die staatlichen Gerichte als Forderung des europäischen Gemeinschaftsrechts (1997) 202; vgl. Aufzählung deutscher Autoren in: *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 569, Rz 1844, FN 261.

¹⁶² *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. 2006 C 179, S 6, 7.

4. Geltungsbereich

Während primärrechtliche Anforderungen im richtlinienfreien Bereich von herausragender Bedeutung sind, kommen im Geltungsbereich der Vergaberichtlinien sowohl primär- als auch sekundärrechtliche Anforderungen parallel zur Anwendung.¹⁶³ Das bunte Zusammenspiel zwischen dem primär- und sekundärrechtlichen Vergaberecht zeigt sich etwa daran, dass der Wesensgehalt der abstrakten primärrechtlichen Vorgaben weitgehend durch die sekundärrechtlichen Vergaberichtlinien präzisiert und auf den konkreten Einzelfall anwendbar gemacht wird.¹⁶⁴ Wenngleich sich den primärrechtlichen Grundfreiheiten keine nur annähernd so konkreten Vorgaben wie den Vergaberichtlinien entnehmen lassen,¹⁶⁵ normieren sie jedenfalls „*festе Regeln, wenn diese auch nicht derart differenziert ausgestaltet sind wie oberhalb der Schwellenwerte*“¹⁶⁶. Primärrechtliche Vorgaben bleiben daher stets relevant, „*wenn auch mit wenig fest konturierten Maßstäben*“.¹⁶⁷

4.1 Relevanz im richtlinienfreien Bereich

Die primärrechtlichen Anforderungen gelten für alle öffentlichen Auftragsvergaben, die in hinreichendem Zusammenhang mit dem Funktionieren des Binnenmarktes stehen und damit die sog Binnenmarktrelevanz erreichen.¹⁶⁸ Die Relevanzschwelle ist nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu bestimmen, wobei von 10% bis 20% des aktuellen Schwellenwertes auszugehen ist. Der berühmte „Bleistiftkauf“ ist dabei kein binnenmarktrelevanter Einkauf.¹⁶⁹

Das primärrechtliche Vergaberecht erlangt vor allem dann besondere Bedeutung, wenn öffentliche Auftragsvergaben nicht in den Geltungsbereich der Vergaberichtlinien fallen. Da sich beschwerte Bewerber bzw Bieter auf das sekundärrechtliche Vergaberecht mangels seiner Anwendbarkeit im richtlinienfreien Bereich nicht berufen können, bleibt ihnen als einzige Rechtsquelle das Primärrecht. Es erstarkt zum „*dominierenden vergaberechtlichen Prüfungsmaßstab*“¹⁷⁰. Die Stellung der primärrechtlichen Vorgaben an der Spitze des Vergaberechts ist daher aufgrund ihrer unmittelbaren Geltung völlig gerechtfertigt.¹⁷¹

Aus wirtschaftlicher Sicht kommt dem primärrechtlichen Vergaberecht gleichfalls eine erhebliche, oftmals unterschätzte Bedeutung zu. Die Masse der öffentlichen Aufträge

¹⁶³ *Holoubek/Fuchs*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Handbuch des öffentlichen Wirtschaftsrechts Band I² (2007) 809, 810.

¹⁶⁴ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 528, 529, Rz 1706.

¹⁶⁵ *Stix-Hackl*, SA Rs C-231/03, 12.4.2005, *Coname*, Rz 71.

¹⁶⁶ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 1022, Rz 3424.

¹⁶⁷ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 559, Rz 1807.

¹⁶⁸ 2. Erwägungsgrund RL 2004/18/EG.

¹⁶⁹ *Braun*, Europarechtlicher Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, *VergabeR* 2007/1, 20.

¹⁷⁰ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 534, Rz 1725.

¹⁷¹ *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, *ZVB* 2002/108, 298.

wird nämlich im unterschwelligen Bereich vergeben,¹⁷² der allein in der Republik Österreich bis zu vier Fünftel des gesamten Beschaffungsvolumens ausmacht. Unterschwellige Aufträge mögen einzeln betrachtet einen geringen Auftragswert haben, „zusammengenommen stellen sie aber ein Milliardenvolumen dar“.¹⁷³

4.1.1 Kein rechtsleerer Raum

Durch die Rechtsprechung des EuGH ist klargestellt, dass öffentliche Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte keineswegs vom Gemeinschaftsrecht ausgenommen sind: „Allein die Tatsache, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber der Auffassung war, dass die in den Richtlinien über öffentliche Aufträge vorgesehenen besonderen strengen Verfahren nicht angemessen sind, wenn es sich um öffentliche Aufträge von geringem Wert handelt, bedeutet nicht, dass diese vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen sind“.¹⁷⁴ Vielmehr sind „doch die Grundregeln des EG-Vertrags und insbesondere das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit“¹⁷⁵ zu beachten. Die Rechtmäßigkeit öffentlicher Auftragsvergaben ist stets „im Lichte des primären Rechts und insbesondere der im Vertrag vorgesehen Grundfreiheiten zu prüfen“.¹⁷⁶ Nach Auffassung der Kommission ist gleichfalls „jeder vertragliche oder einseitige staatliche Akt, der die Bedingungen für die Erbringung wirtschaftlicher Leistungen festlegt, [...] anhand der Bestimmungen und Grundsätze des Vertrags“ zu beurteilen.¹⁷⁷

Vor dem Hintergrund der eindeutigen Rechtsprechung des EuGH ist die gelegentlich anzutreffende Annahme, dass öffentliche Aufträge unterhalb der Schwellenwerte völlig unbeeinflusst vom Gemeinschaftsrecht vergeben werden können, schlichtweg falsch und zeugt von einer mangelnden Vertrautheit mit dem gemeinschaftsrechtlichen *acquis communautaire*. Öffentliche AG bewegen sich unterhalb der Schwellenwerte zwar im richtlinienfreien, nicht jedoch zugleich in einem vergabefreien Raum.¹⁷⁸ Während die Frage der Geltung des Primärrechts außerhalb der Vergaberichtlinien somit „zumindest grundsätzlich“ geklärt ist,¹⁷⁹ bleibt der Geltungsumfang des Primärrechts relativ unbestimmt.

Erste Ansatzpunkte zur Konkretisierung der Vergabegrundsätze und ein detailliertes Verständnis zur Rechtsprechung des EuGH im richtlinienfreien Bereich werden in einer

¹⁷² Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 535, Rz 1726.

¹⁷³ Fruhmann, Das Regime des EG-Vertrages, ZVB 2006/76, 261.

¹⁷⁴ EuGH 3.12.2001, Rs C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, Rz 19; EuGH 20.10.2005, Rs C-264/03, *Kommission gegen Frankreich*, Rz 33.

¹⁷⁵ EuGH 20.10.2005, Rs C-264/03, *Kommission gegen Frankreich*, Rz 32.

¹⁷⁶ EuGH 21.7.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rz 16.

¹⁷⁷ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABl. 2000 C 121, S 3, 5.

¹⁷⁸ Estermann, in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht² (2005) 6.

¹⁷⁹ Stix-Hackl, SA Rs C-507/03, 14.9.2006, *Kommission gegen Irland*, Rz 40.

auslegenden Mitteilung der *Kommission* niedergelegt.¹⁸⁰ Diese betont die uneingeschränkte Anwendung des primärrechtlichen Vergaberechts (unabhängig vom geschätzten Auftragswert und von sonstigen sachlichen Geltungsbeschränkungen). Die Berechtigung der *Kommission* zur Vorlage der Mitteilung ist jedoch strittig. Die BRD hat gegen die Kommission sogar eine Klage erhoben,¹⁸¹ da unterschwellige Aufträge in die Zuständigkeit der EU-Mitgliedstaaten fielen und der Kommission die Kompetenz zur Rechtsetzung fehle.¹⁸² Für unterschwellige Vergaben seien im Interesse des Bürokratieabbaus flexible Spielregeln notwendig und nicht „starre Vorgaben aus Brüssel“.¹⁸³ In der Einleitung der Mitteilung wird jedoch ausdrücklich angeführt, dass sie keine neuen rechtlichen Regeln einführe und dass die Auslegung des Gemeinschaftsrechts letztendlich jedenfalls dem EuGH vorbehalten bleibe.¹⁸⁴

Die spannende Frage, wie die vom EuGH abstrakt vorgegebenen Vergabegrundsätze im richtlinienfreien Bereich ausgefüllt und wie diese große Rechtsunsicherheit gelöst werden könnte, ist Gegenstand heftiger Diskussionen in der Vergaberechtsszene. Während ein Teil der Lehre die analoge Anwendung der Vergaberichtlinien im richtlinienfreien Bereich vorschlägt,¹⁸⁵ setzt sich die Gegenansicht für die Erarbeitung eines eigenen Mindeststandards für unterschwellige Vergaben als „Vergaberecht light“ ein¹⁸⁶.

4.2 Relevanz im Anwendungsbereich der Richtlinien

Die Bedeutung des primärrechtlichen Vergaberechts als Prüfungsmaßstab wurde durch die Erlassung von Vergaberichtlinien ab Mitte der 1970er Jahre etwas zurückgedrängt, da dadurch ein erheblicher Teil des materiell- und prozessrechtlichen Regelungsbereiches der Grundfreiheiten eine sehr umfassende (zulässige) Konkretisierung erfuhr.¹⁸⁷

Die Frage, ob primärrechtliche Grundanforderungen im Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien in den Hintergrund treten oder vielmehr kumulativ anzuwenden sind, spaltet die Vergaberechtskreise. Dieses Rechtsproblem ist aber nicht völlig neu und wurde in

¹⁸⁰ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. 2006 C 179, S 3.

¹⁸¹ *FAZ*, Gegen den Erlass von Regeln wendet sich die Bundesregierung (29.6.2006) 12.

¹⁸² *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 1, FN 8.

¹⁸³ *BMWi*, Pressemitteilung - Glos gegen EU-Regulierung von Kleinaufträgen der öffentlichen Verwaltung (24.7.2006),

<http://www.bmwi.de/BMWi/Navigation/Presse/tagesnachrichten,did=147124.html#146124> (21.12.2007).

¹⁸⁴ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. 2006 C 179, S 2.

¹⁸⁵ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 573, Rz 1859, FN 276.

¹⁸⁶ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 573, Rz 1861, FN 278.

¹⁸⁷ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 23.

der Rechtsprechung des EuGH zum sog Grundsatz der ausfüllenden oder ergänzenden Auslegung der Richtlinien durch Primärrecht behandelt.¹⁸⁸

4.2.1 Doppelregime des Primär- und Sekundärrechts

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Primärrecht neben dem Sekundärrecht weiterhin anzuwenden, soweit das Sekundärrecht keine oder keine abschließende Regelung trifft.¹⁸⁹

Wenn eine Richtlinie keine Bestimmung enthält, „die sich speziell auf die materiellen und formellen Voraussetzungen für diese Entscheidung bezieht, [bleibt die Entscheidung] den fundamentalen Regeln des Gemeinschaftsrechts unterworfen, insbesondere den Grundsätzen des EG-Vertrages im Bereich des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit“.¹⁹⁰

Das Primärrecht steht nach der Rechtsquellenlehre im hierarchischen Vorrang gegenüber dem sekundären Gemeinschaftsrecht.¹⁹¹

Bei der Bestimmung des Vorliegens einer abschließenden Regelung kommt es nicht darauf an, ob die Richtlinie als Ganzes eine abschließende Harmonisierungsmaßnahme darstellt. Vielmehr ist darauf abzustellen, ob der für die konkrete Entscheidung maßgebliche Aspekt abschließend geregelt ist. Für das Gemeinschaftsrecht ist es nämlich sogar typisch, dass Richtlinien einen bestimmten Aspekt abschließend regeln und einen anderen nicht.¹⁹² Bei der Beurteilung der abschließenden Regelung sind der systematische Zusammenhang der betreffenden Richtlinienbestimmung, ihr Wortlaut und ihre Zielsetzung zu berücksichtigen.¹⁹³ Nach diesen Grundsätzen hat der EuGH inzwischen klargestellt, dass die Vergaberichtlinien den „Inhalt der Zuschlagsfaktoren und die Modalitäten für den Widerruf“ nicht abschließend regeln.

Die Auffassung des EuGH über das Doppelregime des Primär- und Sekundärrechts teilt auch GA *Jacobs*.¹⁹⁴ Er betont, dass stets zu prüfen ist, „ob das Primärrecht vom Auftraggeber nicht mehr verlangt, als es der bloße Buchstabe der Richtlinie nahe legen würde“.¹⁹⁵ Gleichfalls wertet *Prieß* das Primärrecht im Verhältnis zum Sekundärrecht als höherrangiges Recht, weshalb das Primärrecht „weiterhin zu beachten“ sei.¹⁹⁶ Nach *Frenz* kommt dem Primärrecht im Geltungsbereich der Vergaberichtlinien nur noch eine mittelbare

¹⁸⁸ *Stix-Hackl*, SA Rs C-507/03, 14.9.2006, *Kommission gegen Irland*, Rz 41, 44, 47, 50.

¹⁸⁹ EuGH 22.9.1988, Rs C-45/87, *Kommission gegen Irland*, Rz 17; EuGH 16.10.2003, Rs C-244/02, *Kaupatalo Hansel Oy*, Rz 31, 33; EuGH 27.10.2005, Rs C-158/03, *Kommission gegen Spanien*; EuGH 27.10.2005, Rs C-234/03, *Contse*, Rz 49.

¹⁹⁰ EuGH 18.6.2002, Rs C- 92/00, *Hospital Ingenieure*, Rz 42.

¹⁹¹ *Reichelt*, *Europarecht* (2002) 36.

¹⁹² *Stix-Hackl*, SA Rs C-507/03, 14.9.2006, *Kommission gegen Irland*, Rz 55, 56.

¹⁹³ EuGH 17.10.1983, Rs C-292/82, *Merck*, Rz 12; EuGH 21.2.1984, Rs C-337/82, *St. Nikolaus Brennerei*, Rz 10; EuGH 19.10.1995, Rs C-128/94, *Hönig*, Rz 9; EuGH 19.3.1998, Rs C-1/96, *Compassion in World Farming*, Rz 49 ff.

¹⁹⁴ *Jacobs*, SA Rs C-174/03, 21.4.2005, *Impresa Portuale di Cagliari*, Rz 76.

¹⁹⁵ *Fruhmann*, *Das Vergaberegime des EG-Vertrags*, ZVB 2006/76, 262, FN 15.

¹⁹⁶ *Prieß*, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*³ (2005) 23.

Bedeutung in Form einer „unterstützenden Rolle als Auslegungs-, Umsetzungs- und Anwendungsvorgabe für das nationale und europäische Recht“ zu.¹⁹⁷ Eine gegenteilige Auffassung vertritt *Fruhmann*. Er leitet aus einer Mitteilung der *Kommission*¹⁹⁸ ab, dass diese „nunmehr der Auffassung zuneigt“, dass primärrechtliche Anforderungen im Geltungsbereich der Vergaberichtlinien in den Hintergrund treten würden, sodass kein Doppelregime zur Anwendung komme.¹⁹⁹

¹⁹⁷ *Frenz*, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 534, Rz 1723.

¹⁹⁸ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. 2006 C 179, S 2.

¹⁹⁹ *Fruhmann*, Das Vergaberegime des EG-Vertrags, ZVB 2006/76, 262.

III. Sekundärrechtliche Rechtsgrundlagen

Das primärrechtliche Vergaberecht allein enthält keine ausreichenden positiven Regelungen, um die gewünschte Liberalisierung mitgliedstaatlicher Beschaffungsmärkte herbeizuführen. Aus diesem Grund wurden seit den 1970er Jahren materielle Vergaberichtlinien²⁰⁰ erlassen, die klare, verbindliche und nachprüfbar Pflichten des öffentlichen AG normieren. Sie stellen den zentralen Ausgangspunkt für den individuellen Rechtsschutz dar, der im klassischen Bereich durch die allgemeine RMRL 89/665/EWG²⁰¹ und im Sektorenbereich durch die SektRMRL 92/13/EWG²⁰² gewährleistet wird.²⁰³ Da die beiden Rechtsmittelrichtlinien an die materiellen Vergaberichtlinien anknüpfen, sind die Rechtsmittelrichtlinien nur anzuwenden, wenn ein öffentlicher Auftrag in den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich der materiellen Vergaberichtlinien fällt. Während die materiellen Vergaberichtlinien inhaltlich differenzierende Regelungen für die klassischen AG einerseits und die Sektorenauftraggeber andererseits vorsehen, stimmen die Regelungen der beiden Rechtsmittelrichtlinien inhaltlich weitgehend überein.²⁰⁴ Das Rechtsschutzsystem des Sektorenbereichs ist dabei generell flexibler und milder.²⁰⁵

Zur Verbesserung der Wirksamkeit mitgliedstaatlicher Nachprüfungsverfahren und zur Beseitigung aufgedeckter Schwachstellen werden die geltenden Rechtsmittelrichtlinien durch die RL 2007/66/EG²⁰⁶ präzisiert und ergänzt. Ihre Umsetzung ins nationale Recht hat bis spätestens 20.12.2009 zu erfolgen.²⁰⁷

Während die materiellen Vergaberichtlinien das „*Verwaltungsverfahren*“ der öffentlichen Auftragsvergabe normieren, übernehmen die Rechtsmittelrichtlinien die

²⁰⁰ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004 L 134, S 1; Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 L 134, S 114.

²⁰¹ Richtlinie des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. 1989 L 395, S 33, geändert durch RL 92/50/EWG, ABl. 1992 L 209, S 1.

²⁰² 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, ABl. 1992 L 76, S 14.

²⁰³ Boesen, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge aus Sicht der Europäischen Kommission, in Gormley (Hrsg), Gordian knots in European public procurement law (1997) 47

²⁰⁴ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 13, 14.

²⁰⁵ Pachnou, Enforcement of the E.C. procurement rules: The standards required of national review systems under E.C. law in the context of the principle of effectiveness, PPLR 2000/2, 69.

²⁰⁶ Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.12.2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. 2007 L 335, S 31.

²⁰⁷ 3. Erwägungsgrund und Art 3 RL 2007/66/EG.

Funktion des „*Vergabeprozessrechts*“ und bezwecken die Schaffung eines einheitlichen prozessrechtlichen Verfahrens für das Vergabewesen.²⁰⁸ Gemäß Art 1 (Sekt)RMRL wird jedem interessierten Unternehmer die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens garantiert, das auf eine effektive Entscheidung hinausläuft.²⁰⁹

Wenngleich eine völlige Harmonisierung des Vergaberechts zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt wurde,²¹⁰ geben die Rechtsmittelrichtlinien nach der Rechtsprechung des EuGH Mindestvoraussetzungen vor²¹¹. Sie bilden eine wichtige Schranke für die starke Divergenz und Unübersichtlichkeit der mitgliedstaatlichen Rechtssysteme.²¹² Wenngleich sie im Wesentlichen eine Wiederholung des allgemeinen Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes normieren, zielen sie doch auf seine Verstärkung durch spezielle, auf die Besonderheiten des Vergaberechts zugeschnittene Rechtsbehelfe ab.²¹³

Institute zentraler Rechtsdurchsetzung (Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art 226 EGV oder Korrekturmechanismus gemäß Art 8 SektRMRL) werden in der gegenständlichen Dissertationsarbeit nicht behandelt. Sie schaffen nur eine beschränkte, indirekte Abhilfe für die Durchsetzung subjektiver Rechte des Einzelnen, da sie sich auf einige wenige krasse Rechtsverstöße beschränken und primär auf die Ausübung politischen Drucks auf die EU-Mitgliedstaaten abzielen.²¹⁴ Durch die RL 2007/66/EG werden das Bescheinigungsverfahren gemäß Art 3 SektRMRL und das Schlichtungsverfahren gemäß Art 9 SektRMRL überhaupt abgeschafft, da sie „*praktisch nie*“ in Anspruch genommen wurden bzw. „*nie auf echtes Interesse*“ gestoßen sind.²¹⁵

²⁰⁸ Frenz, Handbuch Europarecht III Beihilfe- und Vergaberecht (2007) 589, Rz 1916, 1917.

²⁰⁹ Thienel, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBl 1993, 380.

²¹⁰ Erhart, Öffentliches Auftragswesen, in Röttinger/Weyringer (Hrsg), Handbuch der Europäischen Integration (1996) 735.

²¹¹ EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00, *Santex Spa*, Rz 47.

²¹² Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997) 77, 88.

²¹³ Chojnacka, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 324.

²¹⁴ Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997) 234.

²¹⁵ 29. und 30. Erwägungsgrund RL 2007/66/EG.

1. Nachprüfungsinstanz

Bei der Organisation des Vergaberechtsschutzes können die EU-Mitgliedstaaten gemäß Art 2 Abs 8 RMRL bzw gemäß Art 2 Abs 9 SektRMRL zwischen zwei Lösungen wählen.²¹⁶ Die erste Lösung besteht darin, die Zuständigkeit für Nachprüfungsverfahren ausschließlich (in der ersten und letzten Instanz) Gerichten bzw gerichtsähnlichen Behörden zu übertragen. Durch die Rechtsmittelrichtlinien wurde ein „europäischer Begriff“ des Gerichts bzw der gerichtsähnlichen Behörde etabliert, der nach der Rechtsprechung des EuGH autonom auszulegen ist. Seine formellen und materiellen Kriterien sind strenger als gemäß Art 234 EGV. Das höhere Qualifikationsprofil der Rechtsmittelrichtlinien betrifft besondere Bestands- und Organisationsgarantien im Hinblick auf die Unabhängigkeit, Unabsetzbarkeit sowie Unversetzbarkeit.²¹⁷

Die zweite Lösung für die Organisation des Vergaberechtsschutzes besteht in einem zweistufigen Nachprüfungsverfahren.²¹⁸ Die Rechtsmittelrichtlinien zielen darauf ab, dass mindestens in der letzten Instanz eine gerichtsäquivalente Instanz gemäß Art 234 EGV für zuständig erklärt wird.²¹⁹ Im Rahmen des zweistufigen Nachprüfungsverfahrens entscheidet in der ersten Instanz eine sog „Grundinstanz“, die weder ein Gericht noch eine gerichtsähnliche Behörde darstellt. Die Grundinstanz hat gemäß Art 2 Abs 7 RMRL bzw Art 2 Abs 8 SektRMRL effektive, bindende Entscheidungen zu treffen und diese schriftlich zu begründen. In der zweiten Instanz hat eine vollständige Rechtmäßigkeitskontrolle zu erfolgen,²²⁰ die entweder durch ein Gericht bzw durch eine gerichtsähnliche Behörde oder durch eine „unabhängige Instanz“ zu gewährleisten ist. Da die Rechtsmittelrichtlinien auf die Schaffung einer Instanz mit besonderen Garantien der Unabhängigkeit abzielen, gehen die Anforderungen an die „unabhängige Instanz“ iSd Art 2 Abs 8 RMRL bzw Art 2 Abs 9 SektRMRL über die Minimalanforderungen an ein „Gericht“ iSd Art 234 EGV hinaus.²²¹ Die Rechtsmittelrichtlinien verlangen ausdrücklich, dass für die Amtszeit, die Absetzbarkeit, die Ausbildungsstandards sowie die Berufserfahrung dieselben Bedingungen wie für „Richter“

²¹⁶ EuGH 4.2.1999, Rs C-103/97, *Josef Köllensperger*, Rz 28.

²¹⁷ *Fruhmann*, Europarecht und organisationsrechtliche Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes, *ecolex* 1997, 210.

²¹⁸ Die zweite Lösung wird als sog „deutsche Option“ bezeichnet, da sie auf ausdrücklichen Wunsch der Bundesrepublik Deutschland in die Rechtsmittelrichtlinien aufgenommen wurde.; vgl *Boesen*, Die Gerichtsqualität der Vergabeüberwachungsausschüsse iS des Art 177 EGV, *EuZW* 1996, 584, FN 8.

²¹⁹ *Holoubek*, Rechtsschutzpraxis in Vergabesachen, *ecolex* 1997, 200.

²²⁰ *Thienel*, Vergabekontrollkommission und Vergabeamt nach dem BundesvergabeG 1993, *ÖZW* 1993, 65.

²²¹ *Fruhmann*, Europarecht und organisationsrechtliche Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes, *ecolex* 1997, 210.

gelten. Durch die Normierung zusätzlicher Kriterien in den Rechtsmittelrichtlinien soll im Vergabewesen eine gewisse „*Gerichtswegergarantie*“ sichergestellt werden.²²²

Die Rechtsmittelrichtlinien bestimmen nicht, welches nationale Organ konkret zur Nachprüfung von Vergabeentscheidungen zuständig ist.²²³ Gemäß Art 2 Abs 2 (Sekt)RMRL wird lediglich normiert, dass auch mehrere Nachprüfungsbehörden einschreiten können, die für das Nachprüfungsverfahren „unter verschiedenen Gesichtspunkten“ zuständig sind.

1.1 Unabhängigkeit

Gemäß Art 2 Abs 8 RMRL bzw Art 2 Abs 9 SektRMRL wird ausdrücklich hervorgehoben, dass für die Ernennung und das Ende der Amtszeit von Mitgliedern der „unabhängigen Instanz“, hinsichtlich der für ihre Ernennung zuständigen Behörde, der Dauer ihrer Amtszeit und ihrer Absetzbarkeit dieselben Bedingungen wie für „Richter“ gelten. Zumindest der Vorsitzende der unabhängigen Instanz hat die juristischen und beruflichen Qualifikationen eines Richters zu besitzen. Wie bereits beim Begriff „Gericht“ ist auch beim Begriff „Richter“ auf den *„in Europa traditionellen Richterbegriff abzustellen, der sich bei rechtsvergleichender Betrachtung [und unter Berücksichtigung des Tribunalbegriffs iSd Art 6 EMRK] durch seine juristische Fachausbildung und berufliche Unabhängigkeit auszeichnet“*.²²⁴

Der Richterbegriff in den Rechtsmittelrichtlinien verweist nach der gegenteiligen Ansicht des VfGH auf die rechtliche Qualifikation nach dem nationalen Recht.²²⁵ Aufgrund der gebotenen autonomen Auslegung von Gemeinschaftsrechtsbegriffen sowie aufgrund sehr unterschiedlicher Richterbegriffe in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen - bisweilen aber auch im innerstaatlichen Recht, wenn dieses verschiedene Arten von „Richtern“ kennt - ist die Ansicht des VfGH jedoch problematisch.

1.2 Kontradiktorisches Verfahren

Gemäß Art 2 Abs 8 RMRL bzw Art 2 Abs 9 SektRMRL hat die unabhängige Instanz im kontradiktorischen Verfahren zu erkennen und rechtsverbindliche Entscheidungen zu treffen. Ein kontradiktorischen Verfahren setzt voraus, dass zwei Parteien in einem streitigen Verfahren über ein Recht oder eine Pflicht streiten und mit gleichberechtigten

²²² *Thienel*, Vergabekontrollkommission und Vergabeamt nach dem BundesvergabeG 1993, ÖZW 1993, 65.

²²³ *Martschin*, Allgemeine Rechtsmittel-RL 89/665/EWG und nationale Zuständigkeiten – eine Replik, ecolex 2001, 239.

²²⁴ *Thienel*, Vergabekontrollkommission und Vergabeamt nach dem BundesvergabeG 1993, ÖZW 1993, 65; vgl auch *Fruhmann*, Europarecht und organisationsrechtliche Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes, ecolex 1997, 210; *Stix-Hackl*, „Gerichtsqualität“, Vorlageberechtigung und –pflicht iSd Art 177 EGV (Teil II), AnwBl 1998, 621.

²²⁵ VfGH 12.6.1996, B 2477/95.

Verfahrensrechten ausgestattet sind.²²⁶ Im Zusammenhang mit der gemeinschaftsrechtlich gebotenen Kontradiktorik wurden zT Zweifel daran geäußert, ob ein amtswegiges Vorgehen von Nachprüfungsbehörden zulässig ist. Richtigerweise verlangt die Kontradiktorik jedoch nicht notwendigerweise die Geltung der Dispositionsmaxime, wonach Beweise nur auf Antrag der Parteien erhoben werden dürfen.²²⁷ Durch amtswegige Ermittlungen wird das Vorliegen eines kontradiktorischen Verfahrens nicht beeinträchtigt, sofern den Parteien rechtliches Gehör zu allen Sach- und Rechtsgesichtspunkten gewährt wird.²²⁸

²²⁶ *Raschauer*, Amtswegigkeit und kontradiktorisches Verfahren, in *Holoubek/Lang* (Hrsg), Das Senatsverfahren in Steuersachen (2001) 181 ff.

²²⁷ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 181.

²²⁸ EuGH 19.6.2003, Rs C-315/01, *GAT*, Rz 46.

2. Nachprüfungsantrag

Der Zugang zum Nachprüfungsverfahren muss nicht zwingend jedem eröffnet sein, der einen öffentlichen Auftrag begehrt. Bei der Antragslegitimation kann vielmehr ein besonderes Rechtsschutzinteresse des übergangenen Bieters verlangt werden.²²⁹ Dieses besteht gemäß Art 1 Abs 3 (Sekt)RMRL in der kumulativen Erfüllung von zwei Voraussetzungen.²³⁰ Im Sinne einer erweiterten Auslegung des Rechtsschutzes²³¹ haben Nachprüfungsverfahren zumindest jedem zur Verfügung zu stehen, der ein Interesse an einem bestimmten öffentlichen Auftrag konkret darlegt und einen aufgrund der behaupteten Rechtsverletzung entstandenen oder drohenden Schaden nachweist.²³²

2.1 Interesse

Zur Darlegung des Interesses an einem öffentlichen Auftrag ist nach der Rechtsprechung des EuGH die formale Bieter- oder Bewerbereigenschaft nicht erforderlich,²³³ wenn der Nachprüfungswerber an der Angebotslegung durch (angeblich diskriminierende) Spezifikationen iSd Art 2 Abs 1 lit b) (Sekt)RMRL gehindert wurde. Das Interesse an einem öffentlichen Auftrag darf auch nicht bloß deswegen abgesprochen werden, dass der Nachprüfungswerber vor der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens nicht zunächst die Schlichtungskommission angerufen hat.²³⁴ Allerdings ist der Nachprüfungsantrag zeitnah einzuleiten (jedenfalls vor der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung), da sonst das Vergabeverfahren ohne sachlich gerechtfertigten Grund verzögert würde.

2.2 Schaden

Gemäß Art 1 Abs 3 (Sekt)RMRL ist der Begriff des „Schadens“ weit zu verstehen. Er umfasst nicht nur Vermögensschäden, sondern alle Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeit des Nachprüfungswerbers liegen, am Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag zu erhalten.²³⁵ Es wird nicht der tatsächliche Schadenseintritt verlangt, sondern es genügt bereits die bloße Möglichkeit, zukünftig einen Schaden zu erleiden.²³⁶

²²⁹ *Chojnacka*, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 334.

²³⁰ *Mischo*, SA Rs C-249/01, 25.2.2003, *Hackermüller*, Rz 32.

²³¹ *Schabel*, Vergaben ohne Ausschreibung – ihre Nachprüfung nach deutschem Recht, ZVB 2004/71, 261.

²³² EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller*, Rz 17; EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02, *Grossmann Air Service*, Rz 25.

²³³ EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 40.

²³⁴ EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02, *Grossmann Air Service*, Rz 38, 42.

²³⁵ *Thienel*, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7.

²³⁶ *Öhler*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997) 158.

Hinsichtlich der Antragslegitimation ist besonders strittig, inwieweit die Chance des Nachprüfungswerbers auf Zuschlagserteilung zu berücksichtigen ist. Trotz der „*eigenartigen Argumentation* [des EuGH in seiner] *außerordentlich kryptischen Entscheidung*“ erscheint die Verneinung der Antragslegitimation eines zwingend auszuschheidenden Bieters, dessen Angebot vom AG faktisch nicht ausgeschieden wurde, letztlich zulässig zu sein.²³⁷ Allerdings muss dem Nachprüfungswerber Gelegenheit gegeben werden, in einem kontradiktorischen Verfahren vor der Nachprüfungsbehörde die „*Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln*“.²³⁸ Ohne die Möglichkeit zur Stellungnahme käme die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde sonst einer Ausschlussentscheidung ohne Rechtsbehelfsmöglichkeit gleich.²³⁹ Diese Lösung ist freilich kritisierbar, da der AG sich eine genaue Angebotsprüfung ersparen und sich erst im Nachprüfungsverfahren auf einen Ausscheidensgrund berufen könnte.

Nach der Rechtsprechung der österreichischen Nachprüfungsbehörden stellt selbst der Verlust der Teilnahmemöglichkeit an einer neuen Ausschreibung keinen Schaden dar, wenn die Angebote sämtlicher Bieter auszuschneiden wären. Diese äußerst enge Sicht wird in der österreichischen Lehre kontrovers beurteilt.²⁴⁰ Bei der Verneinung der Antragslegitimation hätte der AG die Möglichkeit, sich frei aus den Bietern den gewünschten Vertragspartner auszuwählen und dessen Angebot (anders als die Angebote der anderen Bieter) willkürlich nicht auszuschneiden. Die rechtswidrige Unterlassung des Widerrufs greift jedoch jedenfalls in die subjektiven Rechte der Bieter ein. Durch die vereitelte Möglichkeit der Teilnahme an einer neuen Ausschreibung droht den Bietern „*unabhängig von deren Schutzwürdigkeit*“ ein Schaden.²⁴¹ Der deutsche Bundesgerichtshof bejaht in diesen Fällen ebenfalls zutreffend die Antragslegitimation: „*Legt ein Bieter die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften dar und kommt danach als vergaberechtsgemäße Maßnahme die Aufhebung der Ausschreibung in Betracht, weil alle anderen Angebote unvollständig sind, ist der Bieter regelmäßig unabhängig davon im Nachprüfungsverfahren antragsbefugt, ob auch sein Angebot an einem Ausschlussgrund leidet*“.²⁴²

²³⁷ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 320 Rz 54.

²³⁸ EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, Hackermüller, Rz 26.

²³⁹ Fruhmann, Formulierung von Vorlagen, Vergaberechtsschutz und Antragslegitimation, ZVB 2003/40, 107.

²⁴⁰ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 320 Rz 49 ff.

²⁴¹ Breitenfeld, Antragslegitimation – Ausscheiden von Angeboten, in Gruber/Gruber/Sachs (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 330.

²⁴² BGH 26.9.2006, X ZB 14/06.

2.3 Sonstige Antragsvoraussetzungen

Gemäß Art 1 Abs 4 (Sekt)RMRL kann vom Nachprüfungswerber neben der Darlegung des Interesses und des Schadens zusätzlich verlangt werden, dass er den öffentlichen AG zuvor vom behaupteten Vergaberechtsverstoß und von der beabsichtigten Nachprüfung unterrichtet. Gemäß Art 1 Abs 5 (Sekt)RMRL kann vom Nachprüfungswerber überdies verlangt werden, dass er eine Nachprüfung zunächst beim öffentlichen AG beantragt. Die Einreichung eines solchen Antrags hat einen unmittelbaren Suspensiveffekt auf den Vertragsschluss auszulösen, der grundsätzlich erst nach Ablauf von zehn Kalendertagen ab Eingang einer entsprechenden Antwort des öffentlichen AG enden darf.

Als weitere Antragsvoraussetzungen können nationale Präklusionsfristen normiert werden, die eine rasche Anfechtung von Vergabeentscheidungen bezwecken.²⁴³ Nach der Rechtsprechung des EuGH stehen die Rechtsmittelrichtlinien einer nationalen Regelung nicht entgegen, nach der *„sämtliche Mängel eines Vergabeverfahrens [...] innerhalb dieser [angemessenen] Ausschlussfrist gerügt werden müssen, sodass bei Versäumnis der Frist im weiteren Verlauf des Verfahrens weder die betreffende Entscheidung noch ein solcher Mangel geltend gemacht werden kann“*.²⁴⁴ Der EuGH beansprucht nicht, dass der Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes zwingend anderen Grundsätzen nationaler Rechtsschutzsysteme vorgehen müsste (zB Vertrauensschutz, Rechtssicherheit). Vielmehr ist eine Wertung nach den Umständen des konkreten Einzelfalls vorzunehmen.²⁴⁵ Nationale Präklusionsfristen *„einschließlich der Art und Weise ihrer Anwendung“* dürfen jedoch nicht als solche die Ausübung gemeinschaftsrechtlich verbürgter Rechte praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren. In diesem Sinne ist es unzulässig, Ausschlussregelungen *„in allgemeiner Weise“* auf Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen des AG zu erstrecken, die in Phasen des Vergabeverfahrens ergangen sind, welche dem in der Ausschlussregelung festgelegten Endzeitpunkt zeitlich nachfolgten.²⁴⁶

Gemäß Art 2c (Sekt)RMRL haben mitgliedstaatliche Fristen für die Beantragung einer Nachprüfung mindestens zehn Kalendertage ab Eingang der anfechtbaren Entscheidung des öffentlichen AG samt Zusammenfassung der einschlägigen Gründe bzw mindestens zehn Kalendertage ab Veröffentlichung der betreffenden Entscheidung zu betragen.

²⁴³ Thienel, Gesondert und verbunden anfechtbare Entscheidungen, in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004) 351.

²⁴⁴ EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale Bau*, Rz 79; EuGH 27.2.2003, Rs C-327/00, *Santex Spa*, Rz 50.

²⁴⁵ Chojnacka, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 323.

²⁴⁶ EuGH 11.10.2007, Rs C-241/06, *Lämmerzahl GmbH*, Rz 52, 64.

3. Nachprüfungsverfahren

Das leitende Ziel des vergabespezifischen Nachprüfungsverfahrens liegt im Schutz von Bewerbern bzw Bietern vor der Willkür des öffentlichen AG.²⁴⁷ Das Nachprüfungsverfahren dient nicht der Kontrolle der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens, sondern der Überprüfung behaupteter Verletzungen subjektiver Rechte von Bietern bzw Bewerbern.²⁴⁸ Das Nachprüfungsverfahren wirkt einerseits fehlerbehebend, da es beschwerte Unternehmer schützt und andererseits präventiv, da es die Effektivität der Vergaberegeln sicherstellt.²⁴⁹

Die Inanspruchnahme des Vergaberechtsschutzes als der „denkbar dezentralsten Variante der Rechtsverwirklichung“ verlangt ein aktives Tätigwerden der beschwerten Bewerber bzw Bieter. Allerdings fürchten nahezu 26% der europäischen Unternehmen, dass sie bei Einleitung von Nachprüfungsverfahren wegen der damit verbundenen „Aufsässigkeit“ von zukünftigen Auftragsvergaben des öffentlichen AG ausgeschlossen werden könnten.²⁵⁰ „It is likely that the tenderer still hopes subsequently to do business with the contracting authority; and he will not bite the hand that feeds him.“ Zwecks Aufbrechens dieser festgefahrenen Denkweisen zielen die Rechtsmittelrichtlinien auf die Erhöhung des effektiven Rechtsschutzes ab²⁵¹ und differenzieren zwischen dem Nachprüfungsverfahren vor und nach dem Abschluss des Vertrages zur Auftragsausführung.

Während das Nachprüfungsverfahren vor dem Vertragsschluss den Erlass vorläufiger Maßnahmen iSd Art 2 Abs 1 lit a) (Sekt)RMRL, die Aufhebung rechtswidriger Vergabeentscheidungen iSd Art 2 Abs 1 lit b) (Sekt)RMRL, die Zuerkennung von Schadenersatz iSd Art 2 Abs 1 lit c) RMRL und die Anordnung von Zwangsgeldern iSd Art 2 Abs 1 lit c) SektRMRL umfasst, beschränkt sich das Nachprüfungsverfahren nach dem Vertragsschluss iSd Art 2 Abs 6 (Sekt)RMRL auf die Zuerkennung von Schadenersatz.

3.1 Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss

Gemäß Art 1 Abs 1 (Sekt)RMRL dient das Nachprüfungsverfahren vor Vertragsschluss der „wirksamen und vor allem möglichst raschen“ Kontrolle rechtswidriger Entscheidungen des öffentlichen AG, „und zwar insbesondere in einem Stadium, in dem Verstöße noch beseitigt werden können“²⁵². Entsprechend dem Grundsatz des Vorrangs des Primärrechtsschutzes²⁵³

²⁴⁷ EuGH 24.6.2004, Rs C-212/02, *Kommission gegen Österreich*, Rz 20.

²⁴⁸ *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 100 ff.

²⁴⁹ *Leffler*, Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions, PPLR 2003/4, 155.

²⁵⁰ *Kommission*, European Business Test Panel – Fragebogen über öffentliches Auftragswesen – Rechtsschutz, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies_en.htm (17.10.2007).

²⁵¹ *Öhler*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997) 84.

²⁵² EuGH 19.6.2003, Rs C-315/01, *GAT*, Rz 44.

²⁵³ 2. Erwägungsgrund RMRL 89/665/EWG.

sind rechtswidrige Zuschlagserteilungen zu verhindern, sodass zwecks ihrer Korrektur in das noch laufende Vergabeverfahren einzugreifen ist.

Das Erfordernis der Raschheit iSd Art 1 Abs 1 (Sekt)RMRL ist von außerordentlicher Bedeutung. Durch schnelle Nachprüfungsverfahren sollen unnötige Verzögerungen bei der Auftragsvergabe verhindert werden. Die Rechtsmittelrichtlinien enthalten jedoch keine spezifischen Fristen, Verfahrensregeln oder sonstige Anforderungen an die Raschheit von Nachprüfungsverfahren.²⁵⁴ Der sekundärrechtliche Grundsatz der wirksamen und raschen Nachprüfung entspricht dem primärrechtlichen Effektivitätsgrundsatz, „angereichert um ein besonderes Beschleunigungsgebot“.²⁵⁵

3.1.1 Vorläufige Maßnahmen

Gemäß Art 2 Abs 3 (Sekt)RMRL hat das Nachprüfungsverfahren nicht notwendigerweise einen automatischen Suspensiveffekt auf das angefochtene Vergabeverfahren. „Um den behaupteten Rechtsverstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern,“ sind Nachprüfungsinstanzen gemäß Art 2 Abs 1 lit a) (Sekt)RMRL mit der Befugnis auszustatten, „so schnell wie möglich“ im Wege der einstweiligen Verfügung vorläufige Maßnahmen zu ergreifen. Angesichts der Kürze der Vergabeverfahren ist eine „dringliche Behandlung“ von Vergabeverstößen notwendig,²⁵⁶ wobei die Art und Weise des Erlasses vorläufiger Maßnahmen sich mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung grundsätzlich nach dem nationalen Recht bestimmt²⁵⁷. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es jedoch unzulässig, den Erlass vorläufiger Maßnahmen von der „vorherigen Klageerhebung“ in der Hauptsache abhängig zu machen.²⁵⁸

Zum Katalog vorläufiger Maßnahmen gehört nicht nur die beispielhaft genannte Aussetzung des Vergabeverfahrens,²⁵⁹ da auch andere Regelungsverfügungen ergehen oder dem öffentlichen AG auch konkrete Handlungspflichten auferlegt werden können (zB Zulassung eines bestimmten Bewerbers zum Vergabeverfahren).²⁶⁰

Bei der Entscheidung darüber, ob vorläufige Maßnahmen zu ergreifen sind, können gemäß Art 2 Abs 4 (Sekt)RMRL „deren voraussehbare Folgen für alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit“ berücksichtigt werden. Überwiegen nachteilige Folgen der vorläufigen Maßnahme die damit verbundenen Vorteile,

²⁵⁴ *Pachnou*, Enforcement of the E.C. procurement rules: The standards required of national review systems under E.C. law in the context of the principle of effectiveness, PPLR 2000/2, 65, 66.

²⁵⁵ *Chojnacka*, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 328, 330.

²⁵⁶ 5. Erwägungsgrund RL 89/665/EWG.

²⁵⁷ EuGH 9.4.2003, Rs C-424/01, *CS Communications*, Rz 30.

²⁵⁸ EuGH 19.9.1996, Rs C-236/95, *Kommission gegen Griechenland*, Rz 11; EuGH 15.5.2003, Rs C-214/00, *Kommission gegen Spanien*, Rz 99.

²⁵⁹ EuGH 19.9.1996, Rs C-236/95, *Kommission gegen Griechenland*, Rz 11.

²⁶⁰ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 315, 316.

kann der Erlass vorläufiger Maßnahmen abgelehnt werden, wodurch jedoch die sonstigen Rechte des Antragstellers nicht beeinträchtigt werden dürfen. Mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung kann in den nationalen Rechtsordnungen festgelegt werden, dass im Rahmen der Interessensabwägung auch die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags in der Hauptsache berücksichtigt werden können oder müssen.²⁶¹

Gemäß Art 2 Abs 6 (Sekt)RMRL richtet sich die Wirkung vorläufiger Maßnahmen auf den nach Zuschlagserteilung geschlossenen Vertrag gleichfalls nach nationalem Recht, wobei definitionsgemäß keine endgültigen, irreversiblen Entscheidungen getroffen werden dürfen.²⁶²

3.1.2 Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der Begriff der „Entscheidung“ iSd Art 1 Abs 1 (Sekt)RMRL weit und ohne Beschränkung hinsichtlich der Natur oder des Inhalts auszulegen.²⁶³ Jede Maßnahme des öffentlichen AG ist grundsätzlich nachprüfbar, wenn sie im Zusammenhang mit einem den Vergaberichtlinien unterliegenden öffentlichen Auftrag getroffen wird, den interessierten Personen zur Kenntnis gelangt, Rechtswirkungen entfaltet und über rein interne Überlegungen des AG hinausgeht, *„unabhängig davon, ob diese Maßnahme außerhalb eines förmlichen Vergabeverfahrens oder im Rahmen eines solchen Verfahrens getroffen wurde“*.²⁶⁴ Unter dem Begriff „Entscheidung“ kann man entsprechend der weiten Auslegung durch den EuGH jede *„Handlung oder Unterlassung definieren, welche die Rechte eines an einem bestimmten Auftrag interessierten Unternehmens auf Einhaltung der Vergabevorschriften verletzt“*.²⁶⁵

Gemäß Art 2 Abs 1 lit b) (Sekt)RMRL sind rechtswidrige Entscheidungen des öffentlichen AG, einschließlich der Streichung diskriminierender Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten aufzuheben. Die nachprüfbare Entscheidung des AG kann verfahrenseinleitender Natur (zB Ausschlussentscheidung)²⁶⁶ sowie verfahrensbeendender Natur (zB Zuschlagsentscheidung²⁶⁷ oder Widerrufsentscheidung²⁶⁸) sein. Der frühestmögliche Anfechtungszeitpunkt liegt in der Entscheidung über die Durchführung eines Vergabeverfahrens oder über den Verzicht auf eine Ausschreibung. Nach der Rechtsprechung des EuGH gilt daher als die erste gerichtlich überprüfbare Entscheidung die rechtswidrige

²⁶¹ EuGH 9.4.2003, Rs C-424/01, *CS Communications*, Rz 29.

²⁶² *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 317.

²⁶³ EuGH 19.6.2003, Rs C-315/01, *GAT*, Rz 52; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure II*, Rz 49, 50; EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel Austria*, Rz 35.

²⁶⁴ EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 34, 39.

²⁶⁵ *Holoubek*, Vergaberechtsschutz im Spiegel der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs, *ÖZW* 1998, 82.

²⁶⁶ EuGH 19.6.2003, Rs C-249/01, *Hackermüller*, Rz 24.

²⁶⁷ EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel Austria*, Rz 43.

²⁶⁸ EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure II*, Rz 48.

Direktvergabe²⁶⁹ bzw die Festlegung diskriminierender Spezifikationen in den Ausschreibungsunterlagen²⁷⁰.

3.1.3 Zwangsgeld

Gemäß Art 2 Abs 1 lit c) SektRMRL können die Nachprüfungsinstanzen im Wege einer einstweiligen Verfügung oder im Hauptsacheverfahren eine „Aufforderung zur Zahlung eines Geldbetrags in bestimmter Höhe“ Fall erlassen, wenn der festgestellte Vergaberechtsverstoß nicht beseitigt oder verhindert wird. Dadurch wird dem Sektorenauftraggeber ermöglicht, das angefochtene Vergabeverfahren auch ohne Aussetzung oder Aufhebung der Ausschreibung durchzuführen. In den nationalen Rechtsordnungen kann entweder das Zwangsgeldverfahren oder das Nachprüfungsverfahren (Erlass vorläufiger Maßnahmen; Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen) umgesetzt werden.²⁷¹

Die Höhe des Zwangsgeldes soll gemäß Art 2 Abs 5 SektRMRL geeignet sein, den Sektorenauftraggeber davon abzuhalten, einen „Rechtsverstoß zu begehen oder darauf zu beharren“. Bei der Bemessung des Zwangsgeldbetrages kommt der Nachprüfungsinstanz ein relativ weiter Ermessensspielraum zu, wobei auch das Verhalten des Sektorenauftraggebers berücksichtigt werden kann.²⁷² Die Zahlung des Zwangsgeldbetrages kann davon abhängig gemacht werden, dass der Vergaberechtsverstoß in der Hauptsacheentscheidung tatsächlich festgestellt wird.

3.1.4 Schadenersatz

Gemäß Art 2 Abs 1 lit c) RMRL bzw Art 2 Abs 1 lit d) SektRMRL zielt die Zuerkennung von Schadenersatz an „durch den Rechtsverstoß geschädigte“ Personen hauptsächlich auf den Schutz einzelner beschwerter Unternehmer ab.²⁷³ Gemäß Art 2 Abs 5 RMRL bzw Art 2 Abs 1 lit d) SektRMRL kann vorgeschrieben werden, dass zunächst die zugrunde liegende rechtswidrige Entscheidung des öffentlichen AG aufzuheben ist.

Die Rechtsmittelrichtlinien enthalten nur knappe Formulierungen zum Schadenersatz: „*Schadenersatz muss unter allen Umständen geltend gemacht werden können*“.²⁷⁴ Die Rechtsmittelrichtlinien geben jedoch nicht vor, in welcher Höhe oder unter welchen Beweisanforderungen Schadenersatz zu gewähren ist.²⁷⁵ Unter Berücksichtigung des Effektivitätsgrundsatzes bleibt die nähere Ausgestaltung der Schadenersatzgewährung den

²⁶⁹ EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 33.

²⁷⁰ EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02, *Grossmann Air Service*, Rz 28.

²⁷¹ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 321.

²⁷² EuGH 19.5.1999, Rs C-225/97, *Kommission gegen Frankreich*, Rz 28.

²⁷³ *Pachnou*, Enforcement of the E.C. procurement rules: The standards required of national review systems under E.C. law in the context of the principle of effectiveness, PPLR 2000/2, 63.

²⁷⁴ 10. Erwägungsgrund RL 92/13/EWG.

²⁷⁵ *Leffler*, Damages liability for breach of EC procurement law: governing principles and practical solutions, PPLR 2003/4, 153.

mitgliedstaatlichen Gesetzgebern belassen. In den meisten EU-Mitgliedstaaten entscheidet über die Frage des Schadenersatzanspruchs und seines Umfangs das Kausalitätsprinzip.²⁷⁶

Die Anspruchsvoraussetzungen werden in Art 2 Abs 7 SektRMRL konkretisiert. Demnach gebühren Schadenersatzansprüche nicht nur dem rechtmäßigerweise bestplatzierten Bieter. Sie gebühren überhaupt jedem Teilnehmer des angefochtenen Vergabeverfahrens, der einen „Verstoß gegen die Gemeinschaftsvorschriften für die Auftragsvergabe oder gegen einzelstaatliche Vorschriften zur Umsetzung dieser Vorschriften [nachweist und eine] echte Chance gehabt hätte, den Zuschlag zu erhalten“. Eine restriktive Auslegung des Begriffs der echten Chance widerspricht dem Effektivitätsgrundsatz. Die Begrenzung des Schadenersatzes auf eine „nah zusammenliegende Spitzengruppe“ von Bietern oder auf Fälle, in denen eine „Zuschlagserteilung nicht mehr überprüfbar“ ist, ist daher unzulässig.²⁷⁷

Gemäß Art 2 Abs 7 SektRMRL kommt den Unternehmern bei der Geltendmachung von Schadenersatz eine Beweiserleichterung zugute, da sie die Kausalität zwischen dem behaupteten Vergaberechtsverstoß und dem Schaden nicht nachweisen müssen. Das verkürzte Beweiserfordernis ist praxisgerecht, da Bieter im Falle von Vergaberechtsverstößen im weiteren Verfahrensablauf bereits Vermögensaufwendungen für die letztlich unnütze Angebotserstellung getätigt haben und die Vermögensaufwendungen daher nicht erst kausal durch den Vergaberechtsverstoß verursacht wurden.²⁷⁸ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist es unzulässig, die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen aufgrund von Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht von der Voraussetzung des Verschuldens abhängig zu machen.²⁷⁹

Im Hinblick auf den Umfang des Schadenersatzanspruchs sind die Kosten der Angebotserstellung oder die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren zu ersetzen. Können übergangene Bieter nachweisen, dass sie beim rechtmäßigen Vorgehen des öffentlichen AG den Auftrag erhalten hätten, haben sie überdies auch Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns.²⁸⁰ Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH ist der gänzliche Ausschluss des Ersatzes des entgangenen Gewinns bei Verstößen gegen das Gemeinschaftsrecht unzulässig.²⁸¹ Der Ersatz des entgangenen Gewinns ist für die Effektivität des Rechtsschutzes von essentieller Bedeutung.²⁸² Der Schadenersatzumfang sollte überhaupt „ausreichend

²⁷⁶ *Öhler*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997) 201 ff.

²⁷⁷ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 413.

²⁷⁸ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 413 ff.

²⁷⁹ EuGH 8.11.1990, Rs C-177/88, *Dekker*, Rz 24; EuGH 8.10.1996, Rs C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 und C-190/94, *Dillenkofer*, Rz 28; EuGH 22.4.1997, Rs C-180/95, *Draehmpaehl*, Rz 19.

²⁸⁰ *Öhler*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997) 207, FN 837.

²⁸¹ EuGH 5.3.1996, Rs C-46/93 und C-48/93, *Brasserie du Pêcheur*, Rz 37.

²⁸² *Treumer*, Damages for breach of the EC Public Procurement Rules – Changes in European legislation and practice, PPLR 2006/4, 161.

„großzügig“ berechnet werden, um die Gefahr künftiger Benachteiligungen von Unternehmern aufgrund ihrer Schadenersatzklagen gegen den öffentlichen AG als ihren „potentiellen Kunden“ auszugleichen.²⁸³

3.2 Nachprüfungsverfahren nach Vertragsschluss

Gemäß Art 2 Abs 6 (Sekt)RMRL können die Befugnisse der Nachprüfungsinstanz nach dem Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagserteilung auf die Zuerkennung von Schadenersatz beschränkt werden. Es kann lediglich die Feststellung begehrt werden, dass die angefochtene Entscheidung des öffentlichen AG rechtswidrig war. Die Entscheidung selbst wird nicht aufgehoben, sondern nur Schadenersatz gewährt.²⁸⁴ Eine wirksame und rasche Nachprüfung kann damit nach dem Vertragsschluss unterbleiben, weil nach diesem Zeitpunkt allgemeine Rechtsgrundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit des Vertragspartners des öffentlichen AG in den Vordergrund treten.²⁸⁵ Entsprechend dem Grundsatz *pacta sunt servanda* wird daher nach dem Vertragsschluss das berechnete Vertrauen auf den Bestand geschlossener Verträge geschützt.²⁸⁶

Die EU-Mitgliedstaaten haben von der Möglichkeit zur Einführung von Sekundärrechtsschutz nach dem Vertragsschluss größtenteils Gebrauch gemacht, da sie erhebliche Verzögerungen von Projekten von politischer oder strategischer Bedeutung (zB Errichtung eines Krankenhauses oder eines Kraftwerks) durch oft langwierige Nachprüfungsverfahren verhindern wollen.²⁸⁷

3.2.1 Ineffektiver Sekundärrechtsschutz

Im Unterschied zum vergabespezifischen Primärrechtsschutz erweist sich der gerichtliche Sekundärrechtsschutz meist als ineffektiv, da Schadenersatzverfahren aufgrund der Beweislast, der langen Verfahrensdauer sowie der hohen Kosten nur selten zu einem positiven Ergebnis führen und kaum abschreckende Wirkung haben.²⁸⁸ Tatsächlich war bei der Geltendmachung

²⁸³ *Pachnou*, Enforcement of the E.C. procurement rules: The standards required of national review systems under E.C. law in the context of the principle of effectiveness, PPLR 2000/2, 63, FN 43.

²⁸⁴ EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*, Rz 90.

²⁸⁵ *Chojnacka*, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 330.

²⁸⁶ EuGH 10.4.2003, Rs C-20/01 und Rs C-28/01, *Kommission gegen Deutschland*, Rz 39.

²⁸⁷ *Henty*, Is the standstill a step forward? The proposed revision to the EC Remedies Directives, PPLR 2006/5, 254.

²⁸⁸ *Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, KOM (2006) 195, 2, 5.

von Schadenersatzansprüchen bis zu 60% der europäischen Unternehmen „überhaupt kein Erfolg“ beschert.²⁸⁹

Im Hinblick auf das Gemeinschaftsgrundrecht auf effektiven Rechtsschutz kann der Sekundärrechtsschutz den Primärrechtsschutz grundsätzlich nicht ersetzen, sondern lediglich ergänzen. Ein wirkungsvoller Rechtsschutz besteht nur dort, wo der Vergaberechtsverstoß tatsächlich beseitigt werden kann, indem der unterlegene Bieter die Zuschlagserteilung verhindern kann. Neben dem vergabespezifischen Primärrechtsschutz können eigenständig sekundärrechtliche Schadenersatzansprüche bestehen, wenn die eingetretenen Folgen des Vergaberechtsverstoßes des öffentlichen AG sie rechtfertigen.²⁹⁰ Aufgrund der Ineffektivität des Sekundärrechtsschutzes sollte Art 2 Abs 6 (Sekt)RMRL nach der Auffassung von *Timmermans/Gelders* überhaupt abgeschafft werden.²⁹¹

3.2.2 Mindeststillhaltefrist

Aufgrund der Ineffektivität des gerichtlichen Sekundärrechtsschutzes wurde oft auf eine sehr schnelle Vertragsunterzeichnung gedrängt („*race to signature*“).²⁹² Entsprechend dem Grundsatz *pacta sunt servanda* wurden die Rechtsfolgen strittiger Zuschlagsentscheidungen nach dem Vertragsschluss oft irreversibel gemacht. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist daher bereits seit dem Jahr 1999 eine angemessene Stillhaltefrist zwischen der Zuschlagsentscheidung und dem Vertragsschluss geboten.²⁹³ Nichtsdestotrotz haben nationale Gesetzgeber hinsichtlich des Umfangs und des Inhalts der Pflicht zur Einhaltung der Stillhaltefrist vor dem Vertragsschluss bislang unterschiedliche Ansätze verfolgt.

Zur Beseitigung dieser „*Rechtsunsicherheit und der schweren oder wiederholten Verstöße gegen die Vergaberichtlinien*“²⁹⁴ wird durch die RL 2007/66/EG eine gemeinschaftsweit einheitliche Mindeststillhaltefrist eingeführt. Gemäß Art 2a (Sekt)RMRL darf der Vertragsschluss im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung grundsätzlich nicht vor Ablauf von mindestens zehn Kalendertagen ab Eingang der Zuschlagsentscheidung samt

²⁸⁹ *Kommission*, European Business Test Panel – Fragebogen über öffentliches Auftragswesen – Rechtsschutz, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies_en.htm (17.10.2007).

²⁹⁰ *Braun*, Europarechtlicher Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, *VergabeR* 2007/1, 19, 23.

²⁹¹ *Timmermans/Gelders*, Standstill obligations in European and Belgian public procurement law, *PPLR* 2005/6, 272.

²⁹² *Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, *KOM* (2006) 195, 3. Erwägungsgrund.

²⁹³ EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel Austria*, Rz 37; EuGH 24.6.2004, Rs C-212/02, *Kommission gegen Österreich*, Rz 23.

²⁹⁴ *Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, *KOM* (2006) 195, 2 ff.

Zusammenfassung der einschlägigen Gründe und samt Angabe der konkreten Stillhaltefrist erfolgen. Im Hinblick auf die Dauer der Stillhaltefrist steht es den EU-Mitgliedstaaten frei, eine längere Frist als die gemeinschaftsweite Mindestfrist einzuführen oder beizubehalten. Die Stillhaltefrist sollte dem betroffenen Bieter bzw Bewerber genügend Zeit zur Prüfung der Zuschlagsentscheidung und zur Beurteilung geben, ob ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden sollte.²⁹⁵

Um schwere Verstöße gegen die obligatorische Stillhaltefrist zu vermeiden, sollten wirksame Sanktionen angedroht werden.²⁹⁶ Gemäß Art 2d Abs 1 lit b) (Sekt)RMRL sollen Verträge, die vor dem Ablauf der Stillhaltefrist und unter Verstoß gegen die materiellen Vergaberichtlinien abgeschlossen wurden, grundsätzlich als unwirksam gelten, falls der Vergaberechtsverstoß die Aussichten des Nachprüfungswerbers auf den Erhalt des Zuschlags beeinträchtigt hat.

3.2.3 Rechtswidrige Direktvergabe

Bei der Direktvergaben wird der öffentliche Auftrag formfrei (dh ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb) unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer vergeben. Es ist zwischen rechtmäßigen²⁹⁷ und rechtswidrigen Direktvergaben zu differenzieren. Der Transparenzgrundsatz steht nicht in jedem Fall einer Direktvergabe entgegen.²⁹⁸ Die rechtswidrige freihändige Vergabe stellt hingegen nach der Rechtsprechung des EuGH einen „ganz beträchtlichen Verstoß“ gegen das Gemeinschaftsvergaberecht dar.²⁹⁹

Diese krasse Umgehung der vergaberechtlichen Vorschriften wird in der deutschen Literatur als „De-facto-Vergabe“³⁰⁰ und im österreichischen Recht als „Direktvergabe“³⁰¹ bezeichnet. Sie ist rechtlich und faktisch schwer zu kontrollieren. Mangels Bekanntmachung der Auftragsvergabe erlangen die Konkurrenten des ausgewählten Unternehmers oft keine Kenntnis von der Direktvergabe. Das geflügelte Wort „*Wissen ist Macht*“³⁰² bekommt daher eine ganz neue Bedeutung: Das Nichtwissen ist rechtliche Ohnmacht.³⁰³

²⁹⁵ 5. und 6. Erwägungsgrund RL 2007/66/EG.

²⁹⁶ 18. Erwägungsgrund RL 2007/66/EG.

²⁹⁷ Mögliche Rechtfertigungen für eine Direktvergabe werden in Art 10-18, Art 31, Art 61 und Art 68 RL 2004/18/EG sowie in Art 21 RL 2004/17/EG normiert. Darüber hinaus wurden in der Rechtsprechung des EuGH maßgebliche Kriterien für die rechtmäßige In-House-Vergabe entwickelt.

²⁹⁸ *Stix-Hackl*, SA Rs C-507/03, 14.9.2006, *Kommission gegen Irland*, Rz 77, 79.

²⁹⁹ EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*, Rz 37.

³⁰⁰ *Schabel*, Vergaben ohne Ausschreibung – ihre Nachprüfung nach deutschem Recht, ZVB 2004/71, 259.

³⁰¹ § 41 BVergG 2006.

³⁰² Der Ausspruch „*Wissen ist Macht*“ wurde im Jahr 1597 Francis Bacon zugeschrieben.

³⁰³ *Chojnacka*, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 291, 292.

Die rechtswidrige Direktvergabe birgt die keinesfalls „irreale Gefahr“ in sich, dass durch einen schnellen und heimlichen Zuschlag der vergabespezifische Primärrechtsschutz ausgeschlossen wird.³⁰⁴ Gemäß Art 2d Abs 1 lit a) (Sekt)RMRL sollen Verträge, die aufgrund einer rechtswidrigen Direktvergabe abgeschlossen wurden, grundsätzlich als unwirksam gelten.

3.2.4 Unwirksamkeit des Vertrages

Gemäß Art 2 Abs 7 RMRL bzw Art 2 Abs 6 (Sekt)RMRL richten sich die Wirkungen der Befugnisausübung der Nachprüfungsinstanz iSd Art 2 Abs 1 (Sekt)RMRL auf den nach der Zuschlagsentscheidung geschlossenen Vertrag nach dem nationalen Recht. In diesem Sinne kann ein geschlossener Vertrag der Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung des öffentlichen AG entgegenstehen. Der Schutz des zu Recht auf den Vertrag vertrauenden Vertragspartners des öffentlichen AG geht diesfalls dem Schutz übergangener Mitbewerber vor. Wenn der Vertragspartner des öffentlichen AG jedoch vom Vergaberechtsverstoß weiß oder wissen müsste, wird in der Literatur (teilweise vor dem Hintergrund der nationalen Regelungen) eine Aufweichung der Bestandskraft des Vertrages gefordert.³⁰⁵

Gemäß Art 2d (Sekt)RMRL wird für bestimmte gravierende Vergaberechtsverstöße ausdrücklich die Unwirksamkeit des Vertrages als eine „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktion normiert. Nach der Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers ist die Unwirksamkeit des Vertrages „*das beste Mittel*“ zur Wiederherstellung des Wettbewerbs und zur Schaffung neuer Geschäftsmöglichkeiten für beeinträchtigte Wirtschaftsteilnehmer.³⁰⁶

Die Unwirksamkeitssanktion iSd Art 2d Abs 1 (Sekt)RMRL gilt nicht automatisch. Sie muss zuerst durch eine unabhängige Nachprüfungsinstanz festgestellt werden oder auf der Entscheidung einer unabhängigen Nachprüfungsinstanz beruhen. Zur Gewährleistung der Rechtssicherheit kann die Nachprüfung der Unwirksamkeit eines vergaberelevanten Vertrages an eine Verjährungsfrist iSd Art 2f Abs 1 (Sekt)RMRL geknüpft werden, die mindestens sechs Monate ab Vertragsschluss zu betragen hat. Da die Unwirksamkeitssanktion ziemlich erhebliche potentielle Kosten nach sich ziehen kann, wird ihre tatsächliche Inanspruchnahme erwartungsgemäß sehr gering sein.³⁰⁷

Gemäß Art 2d Abs 2 (Sekt)RMRL richten sich die Folgen der Unwirksamkeit des Vertrages nach dem nationalen Recht. In diesem Sinne kann die nationale Umsetzungsnorm vorsehen, dass alle vertraglichen Rechte und Pflichten rückwirkend aufgehoben werden (ex

³⁰⁴ Braun, Europarechtlicher Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte, VergabeR 2007/1, 23, 24.

³⁰⁵ Chojnacka, Effektiver Rechtsschutz unter besonderer Berücksichtigung der Direktvergabe, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 338.

³⁰⁶ 14. Erwägungsgrund RL 2007/66/EG.

³⁰⁷ Kommission, Impact Assessment Report – Remedies in the field of public procurement, SEC (2006) 557, 7, 34 ff.

tunc) oder dass die Aufhebung erst auf die noch zu erfüllenden Pflichten beschränkt wird (ex nunc). Wenn die vertraglichen Pflichten (fast) vollständig erfüllt wurden und die Nachprüfungsinstanz von der Nichtigerklärung des Vertrages absieht, hat sie zwingend sog alternative Sanktionen zu verhängen.

3.2.4.1 Alternative Sanktionen

Gemäß Art 2e Abs 2 (Sekt)RMRL gehören zu den alternativen Sanktionen die Verhängung von Geldbußen bzw –strafen über den öffentlichen AG sowie die Verkürzung der Vertragsdauer. Die alternativen Sanktionen müssen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein. Bei der Festlegung der alternativen Sanktion können die EU-Mitgliedstaaten der Nachprüfungsinstanz einen „weiten Ermessensspielraum“ einräumen. Im Rahmen des Ermessensspielraums kann die Nachprüfungsinstanz unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalles etwa die Schwere des Vergaberechtsverstoßes, das Verhalten des öffentlichen AG und den Umfang, in dem der Vertrag seine Gültigkeit behält, berücksichtigen. Aufgrund der oben erläuterten Ineffektivität des gerichtlichen Sekundärrechtsschutzes stellt die Zuerkennung von Schadenersatz nach der ausdrücklichen Erwähnung in Art 2e Abs 2 (Sekt)RMRL keine angemessene Sanktion dar.

Als erste alternative Sanktion nennt Art 2e Abs 2 (Sekt)RMRL die Verhängung von Geldbußen bzw -strafen über den öffentlichen AG. Die Geldbuße kann als „strafrechtliche Anklage“ iSd Art 6 EMRK qualifiziert werden, sodass bei ihrer Verhängung besondere Verfahrensgarantien zu beachten wären. Straftatbestände iSd Art 6 EMRK finden sich nicht nur im Justiz-, sondern auch im Verwaltungsstrafrecht. Nach der Rechtsprechung des EGMR ist der Strafrechtsbegriff iSd Art 6 EMRK autonom auszulegen.³⁰⁸ Für die Qualifikation eines Tatbestandes als „strafrechtliche Anklage“ iSd Art 6 EMRK sind drei alternative Kriterien heranzuziehen: die Zuordnung der betreffenden Vorschrift im nationalen Recht, die Natur des Vergehens sowie die Art und Schwere der Sanktion.³⁰⁹

Als zweite alternative Sanktion nennt Art 2e Abs 2 (Sekt)RMRL die Verkürzung der Vertragsdauer. Wenn die Nachprüfungsinstanz trotz des festgestellten Vergaberechtsverstoßes von der Nichtigerklärung des Vertrages absieht, werden dadurch einige oder alle zeitlichen Wirkungen des Vertrages anerkannt. Gemäß Art 2d Abs 3 (Sekt)RMRL muss die Ausnahme durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt werden. Allerdings dürfen wirtschaftliche Interessen im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Vertrag ausdrücklich nicht als Rechtfertigungsgrund für das Absehen von der Nichtigerklärung des Vertrages herangezogen werden.

³⁰⁸ Grabenwarter, Art 6 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007) Rz 25, 26.

³⁰⁹ EGMR Engel, 8.6.1976, Rz 83 ff = EuGRZ 1976, 221; EGMR Jussila, 23.11.2006, Rz 30 ff.

4. Geltungsbereich

Die primärrechtlichen Rechtsgrundlagen bilden „*Grundlage, Rahmen und Grenze*“ der sekundärrechtlichen Rechtsetzungsgewalt. Die sekundärrechtlichen Vergaberichtlinien dürfen daher den Geltungsbereich der primärrechtlichen Grundfreiheiten keinesfalls beschneiden. Sie sind im Licht der Bestimmungen und Ziele des EGV zu interpretieren. Alle Ausnahmen von den Grundfreiheiten in den Vergaberichtlinien sind (ebenfalls wie auf der Ebene des EGV) restriktiv auszulegen.³¹⁰

Der vergabespezifische Rechtsschutz hängt sowohl im Umfang als auch im Rechtsweg entscheidend davon ab, ob der Streitgegenstand eine öffentliche Auftragsvergabe innerhalb oder außerhalb des Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien betrifft. Die besonderen Garantien von Nachprüfungsverfahren als „*spezifische Rechtsschutzverfahren*“³¹¹ gelten nur für Auftragsvergaben im Geltungsbereich der materiellen Vergaberichtlinien, deren Grenze die sog Schwellenwerte markieren. Der Anwendungsbereich der RMRL ist daher mit jenem der materiellen Vergaberichtlinien deckungsgleich.³¹²

³¹⁰ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 22, 24.

³¹¹ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 307.

³¹² EuGH 15.5.2003, Rs C-214/00, *Kommission gegen Spanien*, Rz 49.

IV. Völkerrechtliche Rechtsgrundlagen

Im Bereich des öffentlichen Auftragswesens hat die EG aufgrund ihres „*stark wachsenden Enthusiasmus*“ ein Bündel bilateraler und multinationaler Abkommen geschlossen.³¹³

³¹³ *Schnitzer*, Zehn Jahre WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA), ZVB 2006, 5; *Kommission*, Pressemitteilung - Öffentliches Auftragswesen: WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen auf erweiterte EU ausgedehnt, IP/04/744 (15.6.2004).

1. GPA

Das plurilaterale WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen³¹⁴ hat den früheren multilateralen GATT-Beschaffungskodex³¹⁵ abgelöst.³¹⁶ Nach der Rechtsprechung des EuGH wurde die unmittelbare Anwendbarkeit des GATT verneint, da seine Bestimmungen durch sehr allgemeine Formulierungen und eine „große Geschmeidigkeit“ gekennzeichnet waren.³¹⁷ Der unmittelbaren Anwendung des GATT würde auch das weiche Streitbeilegungsverfahren „auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen“ entgegenstehen.³¹⁸

Hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit des GPA wird in der Literatur ein Abgehen von der strengen Rechtsprechung des EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit des GATT diskutiert.³¹⁹ Die neue Textierung des normenhierarchisch über den Vergaberichtlinien stehenden völkerrechtlichen Abkommens sei hinreichend klar, präzise und unbedingt formuliert.³²⁰ Obwohl seit der Reform des Streitschlichtungsverfahrens gute Gründe für die unmittelbare Anwendbarkeit des GPA sprechen, hat der EuGH sich noch nicht zu einer Neubewertung durchringen können.³²¹

Die Bedeutung des GPA wird als relativ gering eingestuft, da es durch komplizierte Regelungen und bürokratische Hürden gekennzeichnet ist. Die Zahl der Vertragsparteien des GPA erreicht kaum den zweistelligen Bereich, da es als optionales Abkommen nicht alle WTO-Mitglieder bindet.³²² Das GPA ist sowohl für Österreich³²³ als auch für die Slowakei³²⁴ rechtsverbindlich.

Die leitenden Grundsätze des GPA zielen auf den Abbau von Handelshindernissen zwischen den nationalen Beschaffungsmärkten, auf die Maximierung des Wettbewerbs und die Förderung des Welthandels ab. Entsprechend dem Inländergleichbehandlungsgebot iSd Art III Abs 2 GPA dürfen inländische Waren und Dienstleistungen aus einem Vertragsstaat

³¹⁴ Schlussakte über die Ergebnisse der multilateralen Handelsverhandlungen der Uruguay-Runde – Marrakesch am 15.4.1994 (WTO), ABl. 1994 L 336, S 253 – 272.

³¹⁵ GATT-Beschaffungskodex, ABl. 1980 L 71, S 44, geändert durch ABl. 1987 L 345, S 24; BGBl. I Nr. 452/1981 idF BGBl. I Nr. 38/1998, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 274/1995.

³¹⁶ *Handler*, Öffentliches Auftragswesen und Wettbewerb im gesamtwirtschaftlichen Zusammenhang, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 30.

³¹⁷ EuGH 12.12.1972, Rs C-21-24/72, *International Fruit Company*; EuGH 2.5.2001, Rs C-307/99, *OGT Fruchthandelsgesellschaft mbH*, Rz 24.

³¹⁸ EuGH 12.12.1995, Rs C-469/93, *Chiquita Italia*, Rz 26.

³¹⁹ *Dahlgard-Dingel*, Direct effect of the Government Procurement Agreement, PPLR 1996, 245 ff.

³²⁰ *Schnitzer*, Zehn Jahre WTO-Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA), ZVB 2006, 5 ff.

³²¹ *Prieß*, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 56.

³²² *Haagsma*, Gordian knots in relation to the GPA: Myth or Reality?, in *Gormley* (Hrsg), Gordian knots in European public procurement law (1997) 17.

³²³ Abkommen über die Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO-Abkommen) Anhang 4, BGBl. Nr 1/1995 und Nr 539/1995.

³²⁴ Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Anhang zum WTO-Abkommen, Gesetzessammlung Nr 152/2000 [Dohoda o vládnom obstarávaní, zákon č. 152/2000 Z. z.].

nicht günstiger als ausländische Waren und Dienstleistungen aus einem anderen Vertragsstaat behandelt werden.

Zur verfahrensrechtlichen Absicherung der Grundsätze des GPA ist ein relativ strenges Nachprüfungssystem einzurichten, das die unterschiedlichen Rechtstraditionen und Verwaltungsstrukturen der Vertragsstaaten berücksichtigt.³²⁵ Gemäß Art XX Abs 2 haben beschwerten Unternehmern „nicht-diskriminierende, rechtzeitige, transparente und effektive“ Nachprüfungsverfahren offen zu stehen.

³²⁵ *Arrowsmith*, The character and role of national challenge procedures under the Government Procurement Agreement, PPLR 2002/4, 260.

2. EMRK

Die EMRK stellt aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte als Vereinbarung zwischen den Mitgliedstaaten des Europarates einen multilateralen völkerrechtlichen Vertrag dar.³²⁶ In Österreich steht die EMRK seit der Verfassungsnovelle vom 4. März 1964 mit rückwirkender Kraft im Verfassungsrang.³²⁷ In der Tschechischen und Slowakischen Föderativen Republik stand sie seit 18. März 1992 in Kraft.³²⁸ Gemäß Art 153 slowak Verfassung wird ausdrücklich der Übergang von Rechten und Verpflichtungen aus internationalen Verträgen angeordnet, sodass die EMRK auch für die Slowakische Republik rechtsverbindlich ist.

Das Vergaberecht betrifft „unzweifelhaft“³²⁹ zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen iSd Art 6 Abs 1 EMRK.³³⁰ Im öffentlichen Auftragswesen steht beschwerten Unternehmern daher ein durchsetzbarer Anspruch darauf zu, dass ihre Rechtssache vor einem unabhängigen, unparteiischen und auf Gesetz beruhenden Gericht in billiger Weise, öffentlich und innerhalb einer angemessenen Frist gehört wird.

Für den vergabespezifischen Rechtsschutz spielt Art 6 EMRK als die wichtigste und am häufigsten angerufene Vorschrift der Konvention³³¹ eine sehr wichtige Rolle. Sie normiert institutionelle Garantien von Vergabekontrollbehörden, das Recht auf Zugang zum Gericht sowie besondere prozessuale Garantien im Nachprüfungsverfahren.

Nach der Rechtsprechung des EuGH gehören Verfahrensgrundrechte, die aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der EU-Mitgliedstaaten und aus den von ihnen abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen resultieren, zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts.³³² Daher weist Art 6 EMRK eine mehrfache Geltungsgrundlage auf und ist mittelbar auch im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts relevant. Die EMRK spielt eine große Rolle für die Konstituierung des transnationalen europäischen Rechts.³³³

³²⁶ *Wilfinger*, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention (1995) 128.

³²⁷ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. I 210/1958 idF BGBl. I 59/1964; zuletzt geändert durch BGBl. III 179/2002.

³²⁸ Gesetzessammlung Nr. 209/1992 und Nr. 102/1999 [Zákon č. 209/1992 Zb. a zákon č. 102/1999 Z. z.].

³²⁹ *Grabenwarter*, Art 6 EMRK, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007) Rz 54; vgl auch *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabeengesetz 2006 (2009), § 312 Rz 48; *Thienel*, Vergabekontrollkommission und Vergabeamt nach dem BundesvergabeG 1993, ÖZW 1993, 65.

³³⁰ EuGH 14.2.2008, Rs C-450/06, *Varec*, Rz 46 ff; VfSlg 15.507/1999; 15.997/2000; 16.334/2001.

³³¹ *Kley/Struller*, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt (1993) 3.

³³² EuGH 11.1.2001, Rs C-1/99, *Kofisa Italia Srl*, Rz 46; EuGH 11.1.2001, Rs C-226/99, *Siples Srl*, Rz 17.

³³³ *Tietje*, Die EMRK als Bestandteil einer transnationalen europäischen Rechtsordnung, in *Renzikowski* (Hrsg), Die EMRK im Privat-, Straf- und Öffentlichen Recht (2004) 182.

2.1 Tribunal

Der Begriff des „unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gerichts“ iSd Art 6 Abs 1 EMRK ist autonom auszulegen. Es kommt daher weder auf die Bezeichnung des betreffenden Spruchkörpers noch auf die rechtliche Einordnung nach dem nationalen Recht an. Aus den authentischen Sprachen hat sich für Spruchkörper, welche die Kriterien des Art 6 EMRK erfüllen, die Bezeichnung „Tribunal“ eingebürgert. Als Tribunale gelten alle Gerichte der ordentlichen Gerichtsbarkeit sowie jene Spruchkörper, die „*aufgrund eines geregelten und mit entsprechenden Garantien ausgestatteten Verfahrens nach rechtlichen Maßstäben*“ eine rechtsverbindliche Entscheidung treffen.³³⁴ Der Begriff des Tribunals deckt sich weitgehend mit dem Begriff des „Gerichts“ iSd Art 234 EGV.³³⁵

Ein Tribunal iSd Art 6 Abs 1 EMRK ist eine Entscheidungsinstanz mit voller Kognitionsbefugnis in Rechts- und Tatsachenfragen.³³⁶ Das Tribunal muss nicht zwingend in der Sache selbst entscheiden, sodass bei unbeschränkter Sachverhalts- und Rechtsprüfung die kassatorische Entscheidungsbefugnis genügt.³³⁷ Dem Verfahren vor dem Tribunal kann ein Administrativverfahren vor einer Verwaltungsbehörde vorgeschaltet sein.³³⁸

Das Tribunal muss gemäß Art 6 EMRK auf Gesetz beruhen. Dies bedeutet, dass es seine Grundlage in einer allgemein zugänglichen und ausreichend bestimmten Norm haben muss.³³⁹ Im öffentlichen Auftragswesen ist die Vergabekontrollbehörde auf der Grundlage einer abstrakten und generellen Vorschrift zu errichten, die mit einer erhöhten Bestandskraft ausgestattet ist und wodurch willkürliche Entscheidungen ausgeschlossen werden können.³⁴⁰

Das Tribunal muss gemäß Art 6 EMRK unabhängig sein. Die Unabhängigkeit ist nach der Art und Weise der Ernennung von Mitgliedern des betroffenen Spruchkörpers, nach ihrer Amtsdauer, nach ihrer grundsätzlichen Unabsetzbarkeit sowie Weisungsfreiheit, nach den Garantien gegen äußere Einflüsse und nach dem „*äußeren Anschein*“³⁴¹ zu beurteilen. Für die Unabhängigkeit ist das Verhältnis des Spruchkörpers zu den Parteien und der Exekutive³⁴² maßgeblich. Hinsichtlich der Amtsdauer müssen die Tribunalmitglieder ihr Amt für eine

³³⁴ Grabenwarter, Art 6 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007) Rz 42.

³³⁵ Kossuth, Das Verwaltungsrecht wird gerichtet, *ecolex* 2002, 554.

³³⁶ EGMR *Le Compte*, 23.6.1981, Rz 51; EGMR *Albert und Le Compte*, 10.2.1983, Rz 29; EGMR *Terra Woningen*, 17.12.1997 = ÖJZ 1998, 69.

³³⁷ EGMR *Zumtobel*, 21.9.1993, 12235/86, Rz 32.

³³⁸ Berka, Lehrbuch Grundrechte (2000) 178, Rz 451.

³³⁹ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) 786, Rz 1536.

³⁴⁰ Grabenwarter, Art 6 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007) Rz 48.

³⁴¹ EGMR *Campbell und Fell*, 28.6.1984, 10/19821/52/85-86, EuGRZ 1985, 534; EGMR *Sramek*, 22.10.1984, 8790/79, Rz 38, EuGRZ 1985, 336; EGMR *Hauschildt*, 24.5.1989, 11/1987/134/188, EuGRZ 1993, 122, ÖJZ 1990, 188.

³⁴² EGMR *Ettl*, 23.4.1987, 12/1985/98/146, Rz 34, ÖJZ 1988, 22; EGMR *Holm*, 25.11.1993, 44/1992/389/467, ÖJZ 1994, 522.

bestimmte Periode innehaben, die eine „gewisse Stabilität“ sicherstellt.³⁴³ Nach der Rechtsprechung des EGMR genügt eine Amtsperiode von drei Jahren.³⁴⁴ Eine vorzeitige Absetzung ist nur unter sehr begrenzten, sehr genau bestimmten Voraussetzungen und in einem besonderen Verfahren zulässig.³⁴⁵

Das Tribunal muss gemäß Art 6 EMRK unparteiisch sein. Die Unparteilichkeit betrifft die Objektivität und Einschätzung des Verhaltens der Tribunalmitglieder. Sie ist nach den tatsächlichen und verfahrensrechtlichen Umständen des konkreten Einzelfalls zu prüfen. In subjektiver Hinsicht ist zu beurteilen, ob das entscheidende Tribunalmitglied im konkreten Einzelfall voreingenommen oder befangen ist.³⁴⁶ In objektiver Hinsicht ist festzustellen, ob unabhängig vom persönlichen Verhalten des Tribunalmitglieds „berechtigte Zweifel“ an seiner Unparteilichkeit bestehen³⁴⁷ oder ob es ausreichende Garantien für den Ausschluss der Zweifel gibt.³⁴⁸

2.2 *Faires Verfahren*

Gemäß Art 6 Abs 1 EMRK stellt der Grundsatz des fairen Verfahrens den zentralen Kern der Verfahrensgarantien dar.³⁴⁹ Er enthält eine „schillernde Palette“ von Teilgewährleistungen, die auf einen Verfahrensablauf abzielen, in dem die Parteien unter gleichartigen Bedingungen ihren Prozessstandpunkt effektiv vertreten können.³⁵⁰ Zu den einzelnen Teilgarantien des fairen Verfahrens gehören die Waffengleichheit, das Recht auf Akteneinsicht, das Recht auf rechtliches Gehör, das Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer sowie das Recht auf Begründung von Entscheidungen. Nach der Rechtsprechung des EGMR wird nicht verlangt, dass die Teilgarantien des fairen Verfahrens in jedem Verfahrensstadium gewährleistet sind. Es genügt, wenn das Verfahren insgesamt fair gestaltet ist.³⁵¹

2.3 *Recht auf Zugang zum Tribunal*

In Art 6 Abs 1 EMRK fehlt eine ausdrückliche Garantie auf Zugang zum Tribunal. Trotzdem haben Rechtsschutzsuchende einen Anspruch auf einen nicht bloß „theoretischen oder

³⁴³ Grabenwarter, Art 6 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007) Rz 50, 52.

³⁴⁴ EGMR *Campbell und Fell*, 28.6.1984, 10/19821/52/85-86, EuGRZ 1985, 534; EGMR *Sramek*, 22.10.1984, 8790/79, Rz 38, EuGRZ 1985, 336.

³⁴⁵ Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht¹⁰ (2007) 787 Rz 1539.

³⁴⁶ EGMR *Vogl und Vogl*, 23.10.2001, 50171/99, ÖJZ 2002, 393.

³⁴⁷ EGMR *Bulut*, 22.2.1996, 59/1994/506/588, ÖJZ 1996, 430; EGMR *Pullar*, 10.6.1996, 20/1995/526/612, ÖJZ 1996, 874.

³⁴⁸ Grabenwarter, Art 6 EMRK in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007), Rz 60.

³⁴⁹ Peukert, Die Garantie des „fair trial“ in der Strassburger Rechtsprechung, EuGRZ 1980, 247.

³⁵⁰ Kossuth, Das Verwaltungsrecht wird gerichtet, *ecolex* 2002, 554.

³⁵¹ Grabenwarter, Art 6 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007) Rz 78.

illusorischen, sondern tatsächlich wirksamen und effektiven“ Rechtsschutz.³⁵² Der Zugang zum Tribunal darf nicht in unzumutbarer, sachlich nicht gerechtfertigter Weise verwehrt werden.³⁵³

Nach der Rechtsprechung des EuGH stellt die gerichtliche Überprüfbarkeit von Entscheidungen einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts dar, der sich aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der EU-Mitgliedstaaten ergibt und in den Art 6 und 13 EMRK verankert ist.³⁵⁴ Während gegen verwaltungsbehördliche Entscheidungen jedenfalls ein Tribunal anrufbar sein muss, besteht kein Recht auf einen mehrstufigen gerichtlichen Instanzenzug.³⁵⁵

Das Recht auf Zugang zum Tribunal verlangt *„seiner Natur nach eine Regelung durch den Staat, die nach Ort und Zeit wechseln kann, abhängig von den Bedürfnissen und Mitteln der Gemeinschaft und der Einzelpersonen“*. Das Recht auf Zugang zum Tribunal ist daher kein absolutes Recht, sondern unterliegt gewissen inhärenten Beschränkungen.³⁵⁶ Entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind solche Beschränkungen zulässig, sofern sie ein legitimes Ziel verfolgen und soweit ein vernünftiges Verhältnis zwischen den eingesetzten Mitteln und den damit angestrebten Zielen besteht. Bei der Normierung von Beschränkungen des Rechts auf Zugang zum Tribunal genießen die nationalen Gesetzgeber einen relativ weiten Ermessensspielraum. Der Wesensgehalt des Rechts darf jedoch nicht beeinträchtigt werden (*„the very essence“*). Nach der Rechtsprechung des EGMR wurden nationale Regelungen betreffend den Anwaltszwang und Gerichtsstand, Verjährungs- und Präklusionsfristen, Missbrauchsgebühren, Sicherheitsleistungen, Formvorschriften sowie das Erfordernis einer inländischen Zustelladresse für zulässig erachtet.³⁵⁷

³⁵² EGMR *Airey*, 9.10.1979, Rz 24 = EuGRZ 1979, 626; EGMR *Kreuz*, 19.6.2001, Rz 57 = ÖJZ 2002, 693.

³⁵³ *Wilfinger*, Das Gebot effektiven Rechtsschutzes in Grundgesetz und Europäischer Menschenrechtskonvention (1995) 9, 174.

³⁵⁴ EuGH 11.1.2001, Rs C-1/99, *Kofisa Italia Srl*, Rz 46; EuGH 11.1.2001, Rs C-226/99, *Siples Srl*, Rz 17.

³⁵⁵ *Kossuth*, Das Verwaltungsrecht wird gerichtet, *ecolex* 2002, 555; *Kley/Struller*, Art. 6 EMRK als Rechtsschutzgarantie gegen die öffentliche Gewalt (1993) 71.

³⁵⁶ EGMR *Golder*, 21.2.1975, Rz 38 = EuGRZ 1975, 91; EGMR *Ashingdane*, 28.5.1985, Rz 57 = EuGRZ 1986, 8; EGMR *Związek Nauczycielstwa Polskiego*, 21.9.2004, 42049/98, Rz 29.

³⁵⁷ *Peukert*, in *Frowein/Peukert* (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention² (1996) 202 ff.

V. Slowakische Rechtsgrundlagen

Zum besseren Verständnis des slowakischen Vergaberechtsschutzes ist in Kürze auf seine geschichtliche Entwicklung einzugehen. Die Tschechoslowakische Republik ČSR war als Rechtsvorgänger der Slowakischen Republik einer der ersten Staaten Mittel- und Osteuropas, der das Vergabewesen bereits im Jahre 1920 in der Regierungsverordnung über die Vergabe von staatlichen Lieferungen und Arbeiten³⁵⁸ auf die „*legistisch moderne Weise durch die Form der Ausschreibung*“ geregelt hat.³⁵⁹ Einzelne vergaberechtliche Aspekte wurden auch in den Allgemeinen Baubedingungen³⁶⁰ und im Wirtschaftsgesetzbuch³⁶¹ geregelt. Überdies war die Tschechoslowakische Republik einer der ursprünglichen Vertragsstaaten des GATT.³⁶²

Dem Zerfall der Tschechoslowakischen Republik³⁶³ ging ein langwieriger politischer, ökonomischer und kultureller Transformationsprozess voran. Die Dimension des Wandels der Eigentumsordnung in der europäischen Rechts- und Wirtschaftsgeschichte war einmalig. Für die Entwicklung des Vergaberechts waren das Eigentum und die ausschließliche Zuordnung von Sachherrschaft als „*systemkonstituierendes Rechtsinstitut der Wirtschaftsgesellschaft*“³⁶⁴ von großer Bedeutung.

Trotz anfänglicher Schwierigkeiten beim Umstrukturierungsprozess³⁶⁵ ist die slowakische Wirtschaft nunmehr durch eine marktwirtschaftliche Ordnung geprägt.³⁶⁶ Im öffentlichen Auftragswesen hat die mangelnde Erfahrung ein schwerwiegendes Problem dargestellt, da moderne Konzepte wie der freie Markt, der uneingeschränkte Wettbewerb oder die Dienstleistungsfreiheit in der traditionsreichen Planwirtschaft inexistent und undenkbar waren.³⁶⁷ In ausdrücklicher Abkehr vom sozialistischen Eigentumssystem enthält daher die

³⁵⁸ Regierungsverordnung Nr. 667/1920 über die Vergabe staatlicher Lieferungen und Arbeiten - Vergabeordnung [Nariadenie Vlády Československej republiky č. 667/1920 o zadávaní štátnych dodávok a prác - Zadávací poriadok].

³⁵⁹ Vavříková, Das öffentliche Vergabewesen unter Bedingungen in der Slowakischen Republik [Verejné obstarávanie v podmienkach Slovenskej republiky], Právny obzor 2001/4, 350.

³⁶⁰ Gesetz Nr. 42/1947 über einige Maßnahmen im Bauwesen im Zusammenhang mit dem zweijährigen Wirtschaftsplan [Zákon č. 42/1947 Z. z. o někteřých opatření ve stavebnictví souvisících s dvouletým hospodářským plánem].

³⁶¹ Wirtschaftsgesetzbuch Nr. 109/1964 [Hospodársky zákonník č. 109/1964 Z. z.].

³⁶² Carrier, The current state of public procurement in the Slovak Republic, PPLR 2003/2, 66.

³⁶³ Die Tschechische und Slowakische Republik wurden selbständige Republiken offiziell am 1. Jänner 1993. Gemäß Art 152 Abs 1 slowak Verfassung bleiben „Verfassungsgesetze, Gesetze und andere allgemein verbindliche Rechtsvorschriften in Kraft, wenn sie der Verfassung nicht widersprechen. Sie können durch zuständige Organe der Slowakischen Republik geändert und aufgehoben werden“.

³⁶⁴ Roggemann, Wandel der Eigentumsordnung in Osteuropa, in Roggemann/Kuss (Hrsg), Wirtschaften und Investieren in Osteuropa (1994) 12, 13.

³⁶⁵ Gärtner, Das Wirtschaftsverfassungsrecht Polens, Ungarns, der Tschechischen und Slowakischen Republik – Ein Vergleich, in Roggemann/Kuss (Hrsg), Wirtschaften und Investieren in Osteuropa (1994) 232.

³⁶⁶ Thanei, OECD lobt „slawischen Tiger“ Slowakei, Pressburger Zeitung 2007/5-6, 14.

³⁶⁷ Kanaras, Enlarging the scope of public procurement: The E.U.'s expansion into Central and Eastern Europe, PPLR 2000/3, 110, 114.

slowakische Verfassung³⁶⁸ eine umfassende Eigentumsgarantie iSd Art 20 Abs 1. Gemäß Art 35 Abs 1 wird ausdrücklich das Recht garantiert, unternehmerisch tätig zu sein und sonstige Erwerbstätigkeiten auszuüben.

Unter den dargestellten Rahmenbedingungen ist das erste Vergabegesetz aus der Schiede des slowakischen Gesetzgebers³⁶⁹ am 1. Jänner 1994 in Kraft getreten³⁷⁰. Während es aufgrund seiner bescheidenen Anzahl von 27 Paragraphen als „*die einfachste Gesetzesform mit Schwerpunkt auf die Grundsätze des Vergabewesens*“ angesehen wurde,³⁷¹ enthält das geltende slowakische Vergabegesetz nunmehr insgesamt 157 Paragraphen.

³⁶⁸ Verfassung der Slowakischen Republik, Gesetzessammlung Nr. 460/1992, zuletzt geändert durch Verfassungsgesetz Nr. 210/2006 [Ústava Slovenskej republiky č. 460/1992 Z. z. v znení Ústavného zákona č. 210/2006 Z. z.].

³⁶⁹ Nationalrat der Slowakischen Republik [Národná Rada Slovenskej republiky]; www.nrsr.sk (30.4.2009).

³⁷⁰ § 27 slowak VergG Nr. 263/1993 [Zákon č. 263/1993 Z. z. o verejnom obstarávaní tovarov, služieb a verejných prác].

³⁷¹ Erläuternder Bericht zum slowak VergG Nr. 25/2006 [Dôvodová správa k zákonu č. 25/2006 Z. z.] (28.9.2005) 1.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

In Art 46 Abs 1 slowak Verfassung wird das Recht auf effektiven Rechtsschutz garantiert: „Jeder kann seine Rechte auf die im Gesetz normierte Weise vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht geltendmachen und in den im Gesetz genannten Fällen vor einem anderen Organ der Slowakischen Republik.“. Gemäß Art 46 Abs 4 slowak Verfassung werden konkrete „Bedingungen und Einzelheiten des gerichtlichen und sonstigen Rechtsschutzes“ gesetzlich normiert. Für das Vergabewesen ist aus der allgemeinen verfassungsmäßigen Rechtsschutzgarantie abzuleiten, dass beschwerte Unternehmer sich bei der Ausübung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf das geltende slowakische Vergabegesetz Nr. 25/2006 zu berufen haben (arg: „auf die im Gesetz normierte Weise“).

Nach der Rechtsprechung des EGMR stellt das Recht auf wirksamen Rechtsschutz „*kein absolutes Recht*“ dar.³⁷² Es unterliegt gewissen immanenten Beschränkungen gemäß Art 1 Abs 1 slowak Verfassung (zB Fristen, Prozessfähigkeit, Anwaltszwang), damit die Rechtssicherheit und die „*ordentliche Ausübung der Gerechtigkeit*“ gewährleistet werden.³⁷³ Nach der Rechtsprechung des slowakischen Verfassungsgerichts ist der Rechtsschutz „*in den Schranken der Gesetze*“ zu gewähren.³⁷⁴ Das Rechtsschutzverfahren ist daher so zu regeln, dass subjektive Rechte der Rechtsschutzsuchenden nicht beeinträchtigt³⁷⁵ und Rechtsverletzer „*pazifiziert*“³⁷⁶ werden. Die rechtsstaatliche Rechtsordnung darf die Staatsgewalt keinesfalls vor den Rechtsunterworfenen schützen und abschirmen.³⁷⁷

³⁷² EGMR *Związek Nauczycielstwa Polskiego*, 21.9.2004, 42049/98, Rz 29.

³⁷³ *Fetková*, Recht auf Entscheidung in angemessener Frist in Verbindung mit dem Recht auf Rechtsschutz [Právo na prerokovanie veci bez zbytočných prieťahov v spojení s právom na súdnu ochranu], *Justičná revue* 2001/11, 1221.

³⁷⁴ Verfassungsgericht der Slowakischen Republik, GZ 331/04 [Ústavný Súd Slovenskej republiky, sp. zn. III. ÚS 331/04].

³⁷⁵ *Fetková*, Rechtzeitigkeit der erhobenen Berufung und das Recht auf Rechtsschutz [Včasnosť podaného odvolania a právo na súdnu ochranu], *Justičná revue* 2007/1, 120.

³⁷⁶ *Šmihula*, Doppeltes Antlitz des modernen Staates – Staat als Verletzer und Beschützer von Menschenrechten [Dvojaká tvár moderného štátu – Štát ako porušovateľ i ochranca ľudských práv], *Právny obzor* 2001/2, 113.

³⁷⁷ Verfassungsgericht der Slowakischen Republik, GZ 62/99 [Ústavný Súd Slovenskej republiky, sp. zn. II. ÚS 62/99].

2. Slowakisches Vergabeamt ÚVO

Das slowakische Vergabeamt³⁷⁸ hat seine Tätigkeit als „zentrales Organ der Staatsverwaltung für das öffentliche Auftragswesen und das Konzessionärswesen“ erstmals am 1. Jänner 2000 aufgenommen.³⁷⁹ Vor diesem Zeitpunkt wurde die Vergabeaufsicht durch das Ministerium für Transportwesen, Verkehrsverbindungen und öffentliche Arbeiten³⁸⁰ und später durch Kreisämter³⁸¹ ausgeübt.

Gemäß § 109 Abs 1 slowak VergG fungiert das ÚVO als das „zentrale Organ der Staatsverwaltung für das öffentliche Auftragswesen“. Seine Tätigkeit zielt auf die Forcierung der Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Wirtschaftlichkeit, Effektivität sowie auf die Entwicklung eines lautereren Wettbewerbs ab.³⁸² Da im öffentlichen Auftragswesen „große Probleme“ entstehen können,³⁸³ trägt das ÚVO die „Hauptlast für die Einführung und die konsequente Einhaltung“ des Vergaberechts.³⁸⁴ Es stellt einen wichtigen Garanten für die Effektivität und Transparenz bei der Verwendung von öffentlichen Mitteln, somit von Geldern der Steuerzahler dar.³⁸⁵

Durch die Veröffentlichung der „methodischen Anleitungen“ und der Entscheidungen gemäß § 112 lit k) slowak VergG trägt das ÚVO zur Beseitigung von Problemen bei der Gesetzesanwendung bei.³⁸⁶ Dadurch werden die öffentlichen AG sowie die Unternehmer auf wesentliche Vergaberechtsverstöße aufmerksam gemacht. Die wachsende Rechtsprechung gewährleistet „ohne Zweifel“ ein besseres Verständnis des slowakischen Vergaberechts.³⁸⁷

2.1 Organisation

Die innere Organisationsstruktur des ÚVO, seine Befugnisse, die Beziehungen der einzelnen Organisationseinheiten zueinander sowie der Umfang von Rechten und Pflichten der leitenden Angestellten des ÚVO werden in der Organisationsordnung geregelt.³⁸⁸ Diese

³⁷⁸ Slowakisches Vergabeamt [Úrad pre verejné obstarávanie]; www.uvo.gov.sk (30.4.2009).

³⁷⁹ § 80 Abs 1 slowak VergG Nr. 263/1999 [Zákon č. 263/1999 Z. z. o verejnom obstarávaní].

³⁸⁰ § 4 Abs 8 iVm § 21 Abs 1 slowak VergG Nr. 263/1993.

³⁸¹ § 3 Abs 1 lit 1 iVm § 6 Abs 1 slow Gesetz Nr. 222/1996 über die Organisation der örtlichen staatlichen Verwaltung [Zákon č. 222/1996 Z. z. o organizácii miestnej štátnej správy a o zmene a doplnení niektorých zákonov].

³⁸² ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2007 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2007] (2008) 1.

³⁸³ Šulaj, 52. Sitzung des slowak Nationalrates NRSR (7.12.2005) 53; Žitňanská, 28. Sitzung des slowak Nationalrates NRSR (22.10.2008) 798.

³⁸⁴ Kellová, Gesetz über das öffentliche Auftragswesen – Möglichkeit und Wirksamkeit des Rechtsschutzes von Bieterinnen [Zákon o verejnom obstarávaní – Možnosť a účinnosť súdnej ochrany uchádzačov], Justičná revue 2002/10, 1116.

³⁸⁵ Molnárová, Öffentliches Vergabewesen unter neuen Bedingungen [Verejné obstarávanie v nových podmienkach]; www.uvo.gov.sk/uvod.html, Unterpunkt „Archiv“ (8.2.2007).

³⁸⁶ ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2007 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2007] (2008) 1.

³⁸⁷ Carrier, The current state of public procurement in the Slovak Republic, PPLR 2/2003, 95.

³⁸⁸ Art 1 Abs 2 Organisationsordnung des ÚVO [Organizačný poriadok ÚVO] (1.2.2006).

grundlegende interne Organisationsvorschrift wird vom Vorsitzenden des ÚVO erlassen. Gemäß Art 1 Abs 3 Organisationsordnung des ÚVO ist diese für alle Arbeitnehmer des ÚVO verbindlich.

Gemäß § 109 Abs 1 slowak VergG befindet sich der Sitz des ÚVO in der slowakischen Hauptstadt Bratislava. Gemäß § 109 Abs 2 slowak VergG können zusätzlich ständige oder provisorische Arbeitsstätten außerhalb des Sitzes des ÚVO eingerichtet werden. Diese regionalen Arbeitsstätten ohne Rechtspersönlichkeit und mit einer sehr beschränkten örtlichen Zuständigkeit wurden in den Städten Nitra, Žilina und Košice errichtet. Gemäß Art 2 Abs 5 lit a–c) Organisationsordnung des ÚVO fungieren die regionalen Arbeitsstätten als Kontrollsektionen und dienen der Erhöhung der operativen Tätigkeit.³⁸⁹

Da die Materie des Vergabewesens einen ressortübergreifenden Charakter aufweist, kommt dem ÚVO eine umfassende örtliche Zuständigkeit für die gesamte Slowakei zu. Seine Aufgaben können daher „*rational und effektiv*“ bewältigt werden.³⁹⁰ Durch die Zuständigkeit eines zentralen Organs kann auch eine einheitliche Rechtsprechungslinie entwickelt werden.

2.1.1 Mitglieder

Die Mitglieder der Vergabekontrollbehörde sind in der slowakischen Regelung des § 110 und § 111 slowak VergG im Gegensatz zur österreichischen Regelung des § 292 Abs 1 BVergG nicht genau aufgezählt. Die slowakische Regelung beschränkt sich auf die Beschreibung der Funktion des Vorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden des ÚVO.

Gemäß § 110 Abs 1 slowak VergG steht an der Spitze des ÚVO der Vorsitzende, der von der slowakischen Regierung ernannt wird. Gemäß § 110 Abs 2 slowak VergG ernennt die Regierung auf Vorschlag des Vorsitzenden anschließend den stellvertretenden Vorsitzenden. Im Fall des Vorliegens eines in § 111 Abs 2 lit a) – lit d) slowak VergG taxativ aufgezählten Tatbestandes können der Vorsitzende und der stellvertretende Vorsitzende von der Regierung abberufen werden (rechtskräftige Verurteilung wegen vorsätzlich begangener Straftat; rechtskräftige Feststellung der Geschäftsunfähigkeit; Unvereinbarkeit;³⁹¹ keine Amtsausübung für die Dauer von mehr als sechs nacheinander folgenden Monaten). Gemäß § 111 Abs 3 slowak VergG kann die Regierung die Amtsausübung des Vorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden des ÚVO aussetzen, wenn gegen diese ein Strafverfahren im Zusammenhang mit der Amtsausübung eingeleitet wird.

³⁸⁹ Erläuternder Bericht zum slowak VergG Nr. 25/2006 [Dôvodová správa k zákonu č. 25/2006 Z. z.] (28.9.2005) 68.

³⁹⁰ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 161.

³⁹¹ Art 5 Verfassungsgesetz Nr. 357/2004 über den Schutz des öffentlichen Interesses bei der Ausübung von Funktionen öffentlicher Funktionäre [Ústavný zákon č. 357/2004 Z. z. o ochrane verejného záujmu pri výkone funkcií verejných funkcionárov].

2.1.2 Nachprüfungskommission

Gemäß § 140 Abs 5 slowak VergG werden vergabespezifische Einwendungsverfahren durch mehrgliedrige Kommissionen durchgeführt. Die genaue Anzahl der Kommissionsmitglieder richtet sich nach dem geschätzten Auftragswert. Während über sog Vergabeverfahren „über dem Limit“ iSd § 50 ff slowak VergG (klassischer Bereich) bzw § 72 ff slowak VergG (Sektorenbereich) eine fünfgliedrige Kommission entscheidet, ist bei sog Vergabeverfahren „unter dem Limit“ iSd § 91 ff slowak VergG (klassischer Bereich) eine bloß dreigliedrige Kommission zuständig. Im Jahr 2007 waren für die Behandlung der insgesamt 208 erhobenen Einwendungen vier Nachprüfungskommissionen zuständig.³⁹²

Gemäß § 140 Abs 9 slowak VergG werden der Kommissionsvorsitzende und die weiteren Kommissionsmitglieder vom Vorsitzenden des ÚVO ernannt. Hinsichtlich des vergabespezifischen Nachprüfungsverfahrens verfügt der Vorsitzende des ÚVO über die Kompetenz gemäß § 140 Abs 10 slowak VergG, ein Statut und eine Verhandlungsordnung zu erlassen. Während das Statut die Einzelheiten der Entstehung und der Tätigkeit von Nachprüfungskommissionen regelt, legt die Verhandlungsordnung das bei der Nachprüfung von Einwendungen iSd § 138 slowak VergG einzuhaltende Verfahren fest.³⁹³

2.2 Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit

Bei der Beurteilung der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit des ÚVO sind die Amtsdauer seiner Mitglieder, die Abberufungsgründe und allfällige Verflechtungen mit der Staatsgewalt zu untersuchen.

Gemäß § 110 Abs 3 slowak VergG beträgt die Amtsdauer des Vorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden des ÚVO fünf Jahre. Sie können ihre Funktion für höchstens zwei nacheinander folgende Funktionsperioden ausüben. Es fehlt jedoch eine ausdrückliche Garantie der Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit für die entscheidungsbefugten Mitglieder der Nachprüfungskommissionen. Gemäß Art 3 Abs 4 Statut der Nachprüfungskommissionen des ÚVO werden lediglich bestimmte Ausschlussgründe für ihre Ernennung aufgezählt (persönliche Teilnahme am angefochtenen Vergabeverfahren; gegenwärtige Ausübung einer Organfunktion bei einer Verfahrenspartei oder bei einer sonstigen in ihren Rechten oder rechtlich geschützten Interessen betroffenen Person; Eigenschaft als Arbeitnehmer bzw naher Angehöriger³⁹⁴ der genannten Personen).

³⁹² ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2007 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2007] (2008) 14, 16.

³⁹³ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 199.

³⁹⁴ § 116 slowak Zivilgesetzbuch, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 526/2002 [Občiansky zákonník č. 47/1992 Z. z. v znení zákona č. 526/2002 Z. z.].

Hinsichtlich der Verflechtungen der Vergabekontrollbehörde mit der Staatsgewalt ist anzumerken, dass die Einnahmen und Ausgaben des ÚVO unmittelbar mit dem staatlichen Budget verknüpft sind.³⁹⁵ Die häufig beklagte Knappheit der finanziellen Mittel könnte jedoch der effektiven Tätigkeitsausübung abträglich sein. Hinsichtlich der personellen Besetzung des ÚVO sei es aufgrund der spezifischen Fachmaterie des Vergabewesens „*sehr schwierig*“, geeignete Facharbeitskräfte zu finden.³⁹⁶ Die mangelnde Personalkapazität führe zur hohen Arbeitsbelastung, sodass eine zusätzliche Fortbildung „*sehr problematisch*“ sei.³⁹⁷

Trotz des Fehlens einer ausdrücklichen Garantie der Weisungsfreiheit für entscheidungsbefugte Mitglieder von Nachprüfungskommissionen wird in der Literatur zT die Unabhängigkeit des ÚVO behauptet. Erstens sei die fünfjährige Amtsdauer des Vorsitzenden und des stellvertretenden Vorsitzenden des ÚVO im Vergleich zur vierjährigen Amtsdauer der Regierungsmitglieder absichtlich unterschiedlich festgelegt, was als „*Garantie gegen die langfristige Besetzung dieser Funktionen auch im Hinblick auf die Wahrung der Objektivität und Unabhängigkeit*“ gelte.³⁹⁸ Zweitens können der Vorsitzende und der stellvertretende Vorsitzende des ÚVO die Funktionen in der Vergabekontrollbehörde nicht für eine übermäßig lange Dauer ausüben, da ihre Amtsdauer mit zwei aufeinander folgenden Funktionsperioden beschränkt ist (dh höchstens eine zehnjährige Amtsdauer). Drittens werde der Einfluss der Regierung durch die taxative Aufzählung der objektiven und sachlichen Abberufungstatbestände iSd § 111 Abs 2 lit a – d) slowak VergG beschränkt. Viertens können die Entscheidungen des ÚVO nicht durch andere Verwaltungsorgane aufgehoben werden,³⁹⁹ sodass auf den „*äußeren Anschein*“⁴⁰⁰ der Unparteilichkeit im Sinne der Rechtsprechung des EGMR geschlossen werden könnte.

Die theoretische Möglichkeit der Unterwerfung des ÚVO unter die Weisungsgewalt der Regierung wird in keiner Bestimmung des slowakischen Vergabegesetzes ausdrücklich ausgeschlossen. Der Vorsitzende und der stellvertretende Vorsitzende des ÚVO werden von der Regierung ernannt und abberufen. Die Rechtsposition der entscheidungsbefugten

³⁹⁵ ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2007 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2007] (2008) 21.

³⁹⁶ ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2006 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2006] (2007) 8.

³⁹⁷ ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2007 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2007] (2008) 7.

³⁹⁸ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 161.

³⁹⁹ Kellová, Gesetz über das öffentliche Auftragswesen – Möglichkeit und Wirksamkeit des Rechtsschutzes von Bietern [Zákon o verejnom obstarávaní – Možnosť a účinnosť súdnej ochrany uchádzačov], Justičná revue 2002/10, 1118.

⁴⁰⁰ Berka, Lehrbuch Grundrechte (2000) 179.

Mitglieder der Nachprüfungskommissionen wird allein durch das vom Vorsitzenden des ÚVO erlassene Statut der Nachprüfungskommissionen des ÚVO festgelegt.

Es darf nicht übersehen werden, dass der politische Druck auf das ÚVO häufig sehr groß ist. Im Zusammenhang mit einem „skandalösen“ Vergabeverfahren des Ministeriums für Ausbau und regionale Entwicklung hat das ÚVO ein Kontrollverfahren nach Vertragsschluss zwischen dem einzigen (angeblich regierungsnahen) Bieter und dem Ministerium eingeleitet. Hinsichtlich des Erfordernisses der angemessenen Bekanntmachung nach der Rechtsprechung des EuGH⁴⁰¹ ist besonders interessant, dass das gegenständliche Vergabeverfahren über nicht prioritäre Dienstleistungen mit dem geschätzten Auftragswert in der Höhe von EUR 119,5 Mio. lediglich auf einer schwer zugänglichen Amtstafel im inneren Bereich des Ministeriums veröffentlicht wurde. Hinsichtlich der Unabhängigkeit des ÚVO ist anzuführen, dass während des Kontrollverfahrens vor dem ÚVO wichtige Informationen „nach draußen gegangen“ seien. Überdies hat eine (ihres Amtes mittlerweile enthobene) Mitarbeiterin zum noch nicht abgeschlossenen Kontrollverfahren eine Stellungnahme abgegeben, die so verfasst sei, als ob das ÚVO „in der Position des kontrollierten Ministeriums, und nicht in der Position des Kontrollors auftreten würde“.⁴⁰²

Trotz der vereinzelten Behauptung der faktischen Unabhängigkeit der slowakischen Vergabekontrollbehörde durch einen Teil der Vergabeliteratur stellt das ÚVO aufgrund von Verquickungen und Verflechtungen mit der Exekutive weder ein Gericht im Sinne des nationalen Gerichtsverfassungsrechts noch ein Gericht iSd Art 234 EGV bzw Art 6 EMRK dar.⁴⁰³ Aufgrund der mangelnden Tribunalqualität ist das ÚVO nicht berechtigt, Vorabentscheidungsersuchen gemäß Art 234 EGV an den EuGH zu richten. Die gemeinschaftsrechtliche Konformität des slowakischen Vergaberechtsschutzes mit Art 2 Abs 8 RMRL bzw Art 2 Abs 9 SektRMRL wird daher nicht durch das Vergabeamt ÚVO, sondern erst durch die Möglichkeit der Anrufung der Zivilgerichte gemäß § 140 Abs 4 slowak VergG sichergestellt.

2.3 Zuständigkeit

Die Befugnisse des ÚVO werden in § 112 lit a – o) slowak VergG aufgezählt. Sie zielen auf die Erhöhung der Qualität von Vergabeverfahren, auf die Sicherstellung der erforderlichen Transparenz und die Beseitigung jeglicher Diskriminierungen von Bewerbern bzw Bietern

⁴⁰¹ EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria und Telefonadress*, Rz 62; EuGH 13.10.2005, Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 49.

⁴⁰² *SME*, Vergabeamt stellt Vergabeprotokoll fertig [Úrad pre verejné obstarávanie dokončuje protokol o tendri] (5.2.2009).

⁴⁰³ *Gyárfáš*, Slowakische Gerichte und das Vorabentscheidungsverfahren vor dem Europäischen Gerichtshof [Slovenské súdy a prejudiciálne konanie pred Európskym Súdny Dvorom], *Justičná revue* 2007/5, 657.

ab.⁴⁰⁴ Neben der methodischen, der Ausbildungs-, Veröffentlichungs- und Kontrolltätigkeit des ÚVO spielt seine Revisionstätigkeit iSd § 135 slowak VergG die zentrale Rolle. Gemäß Art 2 Abs 4 lit g) iVm Art 16 Organisationsordnung des ÚVO wird die Revisionstätigkeit durch die Sektion für Einwendungsentscheidungen ausgeübt.

Hinsichtlich der Revisionstätigkeit sind Vergaberechtsverstöße insbesondere auf der Gemeindeebene ziemlich häufig,⁴⁰⁵ weshalb weiterhin Voraussetzungen für die richtige Anwendung des Vergaberechts geschaffen werden müssen. Da das öffentliche Auftragswesen zu den am meisten Beobachteten Rechtsbereichen gehört,⁴⁰⁶ ist der vergabespezifische Rechtsschutz von entscheidender Bedeutung.

⁴⁰⁴ *UNIKA* (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov s komentárom] (2006) 8.

⁴⁰⁵ *Carrier*, The current state of public procurement in the Slovak Republic, PPLR 2003/2, 92.

⁴⁰⁶ Erläuternder Bericht zum slowak VergG Nr. 25/2006 [Dôvodová správa k zákonu č. 25/2006 Z. z.] (28.9.2005) 4.

3. Vergabespezifischer Rechtsschutz

Gemäß § 135 slowak VergG wird der Vergaberechtsschutz durch zwei Gruppen von Revisionsverfahren gewährleistet. Die erste Gruppe von Revisionsverfahren findet vor demselben Subjekt statt, das die angefochtene Vergabe durchführt. Gemäß § 135 lit a) slowak VergG haben daher beschwerte Unternehmer ein sog. „Verbesserungersuchen“ an den öffentlichen AG, an den Sektorenauftraggeber bzw. an eine Person iSd § 7 slowak VergG zu richten. Die zweite Gruppe von Revisionsverfahren findet vor dem Vergabeamt ÚVO statt. Gemäß § 135 lit b) slowak VergG hat das ÚVO die „Aufsicht über das öffentliche Auftragswesen“ auszuüben.

Die Revisionsverfahren verfolgen mehrere Zielsetzungen. Erstens dienen sie der Korrektur von rechtswidrigen Handlungen bzw. Unterlassungen des öffentlichen AG im Stadium bis zum Abschluss des Leistungsvertrages bzw. der Rahmenvereinbarung. Zweitens dienen die Revisionsverfahren der Sanktion durch die Auferlegung von Geldbußen über den öffentlichen AG. Drittens dienen die Revisionsverfahren auch der generellen Prävention und Vorbeugung von Vergaberechtsverstößen.⁴⁰⁷

3.1 Dreistufige Nachprüfungsverfahren

Der slowakische vergabespezifische Primärrechtsschutz ist dreistufig gestaltet. In der ersten Nachprüfungsstufe können beschwerte Unternehmer zunächst ein Verbesserungersuchen an den öffentlichen AG gemäß § 136 slowak VergG richten. In der zweiten Nachprüfungsstufe können beschwerte Unternehmer sog. Einwendungen an das Vergabeamt ÚVO gemäß § 138 slowak VergG erheben. Gemäß § 138 Abs 1 slowak VergG stellt das Verbesserungersuchen an den öffentlichen AG (in der ersten Stufe) grundsätzlich eine obligatorische Voraussetzung für die Erhebung von Einwendungen beim ÚVO (in der zweiten Stufe) dar. In der dritten Nachprüfungsstufe können beschwerte Unternehmer schließlich eine Klage an das Zivilgericht gemäß § 140 Abs 4 slowak VergG erheben.

Die jüngste Gesetzesnovelle sieht eine Ausnahme von der obligatorischen Stellung eines Verbesserungersuchens an den AG (in der ersten Nachprüfungsstufe) vor der Erhebung von Einwendungen an das ÚVO (in der zweiten Nachprüfungsstufe) vor. Mit Wirkung vom 15. November 2008⁴⁰⁸ sind Einwendungen gegen eine sog. „sonstige“ Handlung des AG iSd § 138 Abs 2 lit g) slowak VergG unmittelbar an das ÚVO zu erheben (dh ohne vorheriges

⁴⁰⁷ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 186.

⁴⁰⁸ Art II Gesetz Nr. 442/2008, mit welchem das Gesetz über das öffentliche Beschaffungswesen Nr. 25/2006 geändert und ergänzt wird [Zákon č. 442/2008 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov].

Verbesserungsersuchen an den AG). Die neue Ausnahme soll die missbräuchliche Stellung von Verbesserungsersuchen gegen „sonstige“ Handlungen des öffentlichen AG und damit die künstliche Verzögerung von Vergabeverfahren verhindern.⁴⁰⁹ Die Novelle ist eine Reaktion auf das verzögerte Vergabeverfahren hinsichtlich der Einführung der elektronischen Maut, wo übergangene Bieter insgesamt elf Verbesserungsersuchen gestellt und den Vertragsabschluss erheblich hinausgezögert haben.⁴¹⁰ Da der Slowakischen Republik jährlich Mauteinnahmen von bis zu EUR 133 Mio. entgehen⁴¹¹ und dadurch große wirtschaftliche Schäden entstehen können⁴¹², wurde die aktuelle Novelle im verkürzten Gesetzgebungsverfahren verabschiedet.

Das Vergabeamt ÚVO stellt aufgrund der fehlenden expliziten Weisungsfreistellung seiner entscheidungsbefugten Mitglieder und aufgrund von Verquickungen mit der Exekutive weder ein Gericht iSd Art 234 EGV noch ein Tribunal Art 6 EMRK dar. Die Konformität der slowakischen Rechtsschutzkonzeption mit Art 2 Abs 8 RMRL bzw Art 2 Abs 9 SektRMRL wird erst durch die mögliche Anfechtung der Entscheidung des ÚVO beim Zivilgericht gemäß § 140 Abs 4 slowak VergG (in der dritten Nachprüfungsstufe) sichergestellt.

Im Jahr 2007 wurden gegen Entscheidungen der slowakischen AG insgesamt 208 Einwendungen an das ÚVO erhoben. Hinsichtlich des Verfahrensausgangs hat das ÚVO fast 45% der Einwendungen stattgegeben, etwa 9% der Einwendungen abgewiesen und relativ häufig die Verfahrenseinstellung angeordnet.⁴¹³

⁴⁰⁹ Erläuternde Bemerkungen zum Gesetzesvorschlag über die Änderung und Ergänzung des Gesetzes Nr 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen, Druck Nr 798, 2 [Dôvodová správa k vládnemu návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, tlač 798, 2].

⁴¹⁰ *SME*, Gegen das Maut-Vergabeverfahren gibt es erneut eine Einwendung, es beklagt sich Slovakpass [Proti mýtnemu tendru je opäť námietka, sťažuje sa Slovakpass] (31.10.2008).

⁴¹¹ *SME*, [Premier] Fico: Maut kommt ein Jahr später [Fico: Mýto bude o rok neskôr] (25.9.2008).

⁴¹² *Vážny*, 28. Sitzung des slowak Nationalrates NRSR (28.10.2008) 798.

⁴¹³ *ÚVO*, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2007 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2007] (2008) 14.

4. Erste Nachprüfungsstufe: Verbesserungsverfahren vor dem Auftraggeber

Entsprechend der Konzeption des slowakischen Vergaberechtsschutzes können beschwerte Unternehmer in der ersten Nachprüfungsstufe ein Verbesserungsersuchen iSd § 136 slowak VergG an den öffentlichen AG richten. Durch das Institut des Verbesserungsersuchens als „*eigenständige Form von Schlichtungsverfahren*“ zwischen dem AG und dem beschwerten Bewerber bzw Bieter können zügige und effektive Vergabeverfahren gewährleistet werden. In der ersten Nachprüfungsstufe können Vergaberechtsverstöße rasch durch den öffentlichen AG selbst beseitigt werden (dh ohne Eingriff des ÚVO, anderer Kontrollorgane oder Gerichte).

Da die Vornahme der gewünschten „Verbesserung“ allein in der Kompetenz des AG liegt⁴¹⁴ und das ÚVO über keine Befugnis zur Entscheidung über Verbesserungsersuchen verfügt, wäre eine (zusätzliche) Zustellung von Verbesserungsersuchen an das ÚVO „*überflüssig*“⁴¹⁵.

4.1 Antragslegitimation

In der ersten Nachprüfungsstufe gehören zum Kreis der antragslegitimierte Personen gemäß § 136 Abs 1 slowak VergG beschwerte Bieter iSd § 12 slowak VergG, Bewerber iSd § 13 slowak VergG, Wettbewerbsteilnehmer iSd § 103 Abs 4 slowak VergG sowie alle anderen Personen, die durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß in ihren Rechten oder rechtlich geschützten Interessen nachteilig beeinträchtigt wurden oder nachteilig beeinträchtigt werden könnten.

Im Verbesserungsersuchen ist als Antragsgegner der öffentliche AG iSd § 6 slowak VergG, der Sektorenauftraggeber iSd § 8 slowak VergG oder eine Person iSd § 7 slowak VergG zu bezeichnen. In der ersten Nachprüfungsstufe gehören zu den Verfahrensparteien daher der „Antragsteller“ iSd § 136 Abs 1 slowak VergG und der „Antragsgegner“ iSd § 136 Abs 2 lit b) slowak VergG.

4.2 Form und Inhalt

Gemäß § 136 Abs 3 slowak VergG ist das Verbesserungsersuchen zwingend schriftlich zu stellen. Es hat den gesetzlichen Mindestinhalt iSd § 136 Abs 2 lit a – g) slowak VergG aufzuweisen (arg: „muss enthalten“): Identifikationsangaben über den Antragsteller und den Antragsgegner; Bezeichnung des angefochtenen Vergabeverfahrens; Bezeichnung des behaupteten Vergaberechtsverstoßes iSd § 136 Abs 1 lit a) – lit g) slowak VergG; Darstellung

⁴¹⁴ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 188, 189.

⁴¹⁵ www.uvo.gv.sk (23.7.2007).

des maßgeblichen Sachverhalts und Bezeichnung der Beweismittel; Begehren des Antragstellers; Unterschrift des Antragstellers oder seines Vertretungsbefugten.

Weist das gestellte Verbesserungsersuchen nicht den gesetzlichen Mindestinhalt auf, hat der öffentliche AG den Antragsteller zur Mängelbehebung gemäß § 136 Abs 4 slowak VergG aufzufordern. Die Aufforderung zur Mängelbehebung hat innerhalb von drei Tagen ab Zustellung des mangelhaften Verbesserungsersuchens zu erfolgen. Nach der Aufforderung hat der Antragsteller das ergänzte Verbesserungsersuchen innerhalb von drei Tagen ab Zustellung der Aufforderung an den AG zuzustellen. In der Vergabepaxis weisen jedoch viele AG mangelhafte Verbesserungsersuchen ohne Aufforderung zur Mängelbehebung zurück. Durch die Zurückweisungsentscheidung „entledigen“ sie sich der Möglichkeit zur schnellen und effektiven Vornahme der begehrten Verbesserung.⁴¹⁶ Bei einer Zurückweisungsentscheidung des AG ohne Aufforderung zur Behebung des mangelhaften Verbesserungsersuchens ist der beschwerte Unternehmer zur Erhebung von Einwendungen in der zweiten Nachprüfungsstufe legitimiert.

4.2.1 Anfechtbare Entscheidungen

In der ersten Nachprüfungsstufe gehören zum Kreis der anfechtbaren Entscheidungen des AG die in § 136 Abs 1 lit a) – lit f) slowak VergG ausdrücklich aufgezählten Entscheidungen. Im Verbesserungsersuchen können daher folgende Entscheidungen des AG angefochten werden: Festlegungen in der Bekanntmachung, in den Ausschreibungsunterlagen, in sonstigen Dokumenten während der Angebotsfrist, in den Wettbewerbsunterlagen, in der Aufforderung zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten; Entscheidung über die Bieterauswahl im nicht offenen Verfahren, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder im nicht offenen Wettbewerb; Ausscheidensentscheidung und Zuschlagsentscheidung.

In der zweiten Nachprüfungsstufe ist der Kreis der anfechtbaren Entscheidungen des AG größer und umfasst neben den ausdrücklich aufgezählten Entscheidungen iSd § 138 Abs 2 lit a) – lit f) slowak VergG zusätzlich auch alle „sonstigen Handlungen“ des AG iSd § 138 Abs 1 lit g) slowak VergG. Seit der Gesetzesnovelle mit Wirkung vom 15. November 2008⁴¹⁷ kann eine sonstige Handlung des AG nicht mehr im Verbesserungsersuchen (in der ersten Nachprüfungsstufe) angefochten werden. Vielmehr ist die sonstige Handlung des AG gemäß dem novellierten § 138 Abs 1 slowak VergG nur direkt vor dem ÚVO (in der zweiten Stufe) anfechtbar.

Die weite Formulierung des Kreises der anfechtbaren Entscheidungen des AG (arg: „jede sonstige Handlung“) entspricht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben iSd Art 2 Abs 1

⁴¹⁶ www.uvo.gov.sk (23.7.2007).

⁴¹⁷ Gesetz Nr 442/2008 über die Änderung und Ergänzung des Gesetzes Nr 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen in der geltenden Fassung [Zákon, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov].

lit b) (Sekt)RMRL. Der weite Kreis der antragslegitimierten Personen und der anfechtbaren Entscheidungen stellt eine „maximale Möglichkeit der Geltendmachung einer Verbesserung“ sicher.⁴¹⁸

4.3 Fristen

Gemäß § 136 Abs 3 slowak VergG hängt die konkrete Dauer der Frist zur Stellung des Verbesserungsersuchens von der Art der angefochtenen Entscheidung des AG ab. In der ersten Nachprüfungsstufe ist das Verbesserungsersuchen gegen einen in § 136 Abs 1 lit a) – lit f) slowak VergG ausdrücklich genannten Vergaberechtsverstoß innerhalb der Frist von sieben Tagen ab Kenntnis der Entscheidung des AG zu stellen. In der zweiten Stufe können Einwendungen gegen eine sonstige Handlung des AG iSd § 138 Abs 1 lit g) slowak VergG jederzeit vor Abschluss des Leistungsvertrages erhoben werden.

Bei den gesetzlich normierten Fristen zur Stellung des Verbesserungsersuchens bzw zur Erhebung von Einwendungen handelt es sich um Präklusionsfristen. Gemäß § 138 Abs 1 slowak VergG sind beschwerte Unternehmer grundsätzlich zur obligatorischen Stellung des Verbesserungsersuchens an den AG (in der ersten Nachprüfungsstufe) vor der Erhebung von Einwendungen an das ÚVO (in der zweiten Nachprüfungsstufe) verpflichtet. Das Recht zur Erhebung von Einwendungen erlischt, wenn das Verbesserungsersuchen überhaupt nicht oder nicht rechtzeitig gestellt wird oder wenn es trotz Aufforderung zur Mängelbehebung an einem formellen oder inhaltlichen Mangel leidet. Die Präklusionsfolge gemäß § 136 Abs 5 slowak VergG ist gerechtfertigt, da dem AG durch die Nachlässigkeit des Antragstellers eine rasche Korrektur des Vergaberechtsverstoßes in der ersten Nachprüfungsstufe unmöglich gemacht wird.⁴¹⁹

Die Fristen zur Stellung des Verbesserungsersuchens an den AG iSd § 136 Abs 3 slowak VergG sind materiellrechtlicher Natur. Demgegenüber sind die Fristen zur Erhebung von Einwendungen an das ÚVO iSd § 138 Abs 5 slowak VergG verfahrensrechtlicher Natur. Während das Verbesserungsersuchen innerhalb der materiellrechtlichen Frist beim AG bereits eingelangt sein muss, genügt es bei den Einwendungen an das ÚVO, wenn sie gemäß § 144 Abs 2 slowak VergG innerhalb der verfahrensrechtlichen Frist bei der Post aufgegeben werden.⁴²⁰ Der Unterschied zwischen der materiellrechtlichen Frist in der ersten Stufe und der verfahrensrechtlichen Frist in der zweiten Nachprüfungsstufe ist damit zu erklären, dass in der

⁴¹⁸ UNIKA (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen in der geltenden Fassung² [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s komentárom²] (2008) 157.

⁴¹⁹ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 189.

⁴²⁰ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 189, 202.

ersten Stufe trotz Stellung eines Verbesserungsersuchens an den AG die festgelegten Fristen weiterlaufen. Das Verbesserungsverfahren ist daher rascher abzuwickeln. Demgegenüber werden die Fristen nach der Erhebung von Einwendungen an das ÚVO in der zweiten Stufe gemäß § 138 Abs 13 slowak VergG aufgrund der grundsätzlich aufschiebenden Wirkung von Einwendungen gehemmt.⁴²¹

4.4 Entscheidung

Erfüllt das Verbesserungsersuchen die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen iSd § 136 Abs 2 und Abs 3 slowak VergG, steht dem Antragsteller ein Anspruch auf Nachprüfung der angefochtenen Entscheidung des AG zu.⁴²² Der AG kann auf das Verbesserungsersuchen auf dreierlei Weise reagieren. Erstens kann der AG eine Zurückweisungsentscheidung iSd § 136 Abs 5 slowak VergG treffen. Zweitens kann der AG eine Abweisungsentscheidung iSd § 136 Abs 6 lit b) slowak VergG treffen. Drittens kann der AG die begehrte Verbesserung iSd § 136 Abs 6 lit a) slowak VergG vornehmen (durch sog „Bekanntmachung des Ergebnisses über die Erledigung des Verbesserungsersuchens“).

Nach der Konzeption des slowakischen Vergaberechtsschutzes haben beschwerte Unternehmer bei der Anfechtung einer Entscheidung des öffentlichen AG gemäß § 138 Abs 1 slowak VergG grundsätzlich zunächst obligatorisch ein Verbesserungsersuchen an den AG zu stellen. Erst nach der Ausschöpfung der ersten Stufe kann der Antragsteller in der zweiten Nachprüfungsstufe Einwendungen an das Vergabeamt ÚVO erheben. Die Anrufung des ÚVO ist nur zulässig, wenn der Antragsteller zunächst ein formell und inhaltlich vollständiges Verbesserungsersuchen an den AG gestellt hat. Außer bei der Zurückweisungsentscheidung ist der Antragsteller bei allen Entscheidungsformen des AG sowie bei der Untätigkeit des AG zur Anrufung des ÚVO legitimiert.

4.4.1 Zurückweisung

Wird das Verbesserungsersuchen nicht innerhalb der materiellrechtlichen Frist gestellt oder trotz Aufforderung zur Mängelbehebung nicht verbessert, hat der AG eine schriftliche Zurückweisungsentscheidung samt Begründung zu treffen. Die Zurückweisungsentscheidung ist innerhalb von fünf Tagen ab Zustellung des Verbesserungsersuchens oder ab ungenütztem Verstreichen der Mängelbehebungsfrist von drei Tagen zuzustellen.

⁴²¹ UNIKA (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen² [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s komentárom²] (2008) 157.

⁴²² ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 189.

4.4.2 Abweisung

Da die Vornahme der begehrten Verbesserung im freien Ermessen des AG liegt, kann das Verbesserungsersuchen gemäß § 136 Abs 6 lit b) slowak VergG selbst im Falle seiner formellen und inhaltlichen Vollständigkeit abgewiesen werden. Die Abweisungsentscheidung ist innerhalb von sieben Tagen ab Zustellung des Verbesserungsersuchens schriftlich samt Begründung zuzustellen. Im Unterschied zur Vornahme der begehrten Verbesserung ist die Abweisungsentscheidung lediglich dem Antragsteller zuzustellen, da andere Teilnehmer des angefochtenen Vergabeverfahrens nicht in ihren Rechten oder Verpflichtungen beeinträchtigt würden.⁴²³

Es ist darauf aufmerksam zu machen, dass das slowakische Vergabegesetz keine verbale Unterscheidung zwischen der Zurückweisungs- und der Abweisungsentscheidung trifft. Beide Entscheidungsarten werden undifferenziert als „Zurückweisung“ bezeichnet (arg: „zamietnutie“).

4.4.3 Vornahme der Verbesserung

In der ersten Nachprüfungsstufe kann der AG die vom beschwerten Antragsteller begehrte Verbesserung nach seinem freien Ermessen vornehmen. Durch die rechtzeitige Verbesserung von Vergaberechtsverstößen kann ein Nachprüfungsverfahren vor dem Vergabeamt ÚVO verhindert werden. In der Vergabepraxis akzeptieren slowakische AG Verbesserungsersuchen öfter als allgemein angenommen.⁴²⁴ Bei der Vornahme einer Verbesserung im angefochtenen Vergabeverfahren hat der AG gemäß § 136 Abs 6 lit a) slowak VergG ein schriftliches „Ergebnis über die Erledigung des Verbesserungsersuchens“ mitzuteilen. Darin sind die Verbesserungsmaßnahme sowie die Frist für ihre Vornahme samt Begründung anzugeben. Die schriftliche Mitteilung der positiven Erledigung des Verbesserungsersuchens ist im Unterschied zur negativen Abweisungsentscheidung nicht nur dem Antragsteller zuzustellen, sondern überdies auch allen Teilnehmern des angefochtenen Vergabeverfahrens.

Gemäß § 136 Abs 8 slowak VergG ist der Antragsteller selbst im Falle der positiven, jedoch für ihn unbefriedigenden Erledigung des Verbesserungsersuchens zur Erhebung von Einwendungen an das ÚVO legitimiert.

⁴²³ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 190.

⁴²⁴ ÚVO 9.5.2005, GZ 1463-944-7000/2005; ÚVO 9.6.2006, GZ 711-235-7000/2006 und 711-236-7000/2006; ÚVO 15.11.2006, GZ 1187-343-7000/2006; ÚVO 1.10.2007, GZ 1021-139-7000/2007, 4; ÚVO 27.1.2009, GZ 1550-221-7000/2008.

5. Zweite Nachprüfungsstufe: Verfahren vor dem Vergabeamt ÚVO

Hinsichtlich der Zuständigkeit hat das ÚVO gemäß § 137 Abs 2 slowak VergG die „Aufsicht über das öffentliche Auftragswesen“ auszuüben. Unter dem umfassenden Begriff der Aufsicht sind Einwendungsverfahren iSd § 137 Abs 2 lit a) und lit b) slowak VergG, Kontrollverfahren iSd § 137 Abs 2 lit c) slowak VergG, Geldbußenverfahren iSd § 137 Abs 2 lit d) slowak VergG und die Ausübung sonstiger Tätigkeiten iSd § 137 Abs 2 lit e) slowak VergG zu verstehen.

5.1 Einwendungsverfahren

Gemäß § 138 slowak VergG wird das Einwendungsverfahren in der umfassendsten Vorschrift von stolzen 18 Absätzen geregelt. Der Zugang zum Nachprüfungsverfahren vor dem ÚVO ist antragsbedürftig. Er hängt von der Erfüllung strenger gesetzlicher Voraussetzungen ab, womit das Ziel der raschen Durchführung von Vergabeverfahren verfolgt wird.⁴²⁵

Gemäß § 138 Abs 2 slowak VergG können Einwendungen stets nur im Stadium vor dem Abschluss des Leistungsvertrages oder der Rahmenvereinbarung erhoben werden. Nach diesem Stadium kann nur noch das sog Kontrollverfahren iSd § 146 Abs 3 slowak VergG von Amts wegen eingeleitet oder seine Einleitung von einem beschwerten Subjekt „angeregt“ werden (dh ohne Anspruch des beschwerten Subjektes auf die tatsächliche Durchführung des Kontrollverfahrens).

In § 140 Abs 1 slowak VergG wird der Ausschluss des Vergaberechtsschutzes durch das ÚVO normiert. Demnach ist der Zugang zum vergabespezifischen Einwendungsverfahren vor dem ÚVO bei bestimmten Vergabeverfahren generell ausgeschlossen: bei der Vergabe von „Unterschwellenaufträgen“ iSd § 99 ff slowak VergG, bei der Vergabe von Aufträgen „mit einem niedrigen Auftragswert“ iSd § 102 slowak VergG und bei der Anfechtung des „Ablaufs einer elektronischen Auktion und ihrer automatischen Angebotsprüfung“ iSd § 43 slowak VergG. Durch den Ausschluss des Vergaberechtsschutzes hat der Gesetzgeber eine Vereinfachung von wirtschaftlich geringfügigen Auftragsvergaben beabsichtigt und hat sich dabei auf die Praxis der meisten europäischen Staaten im Rahmen der EU gestützt.⁴²⁶

Bei der elektronischen Auktion wird der Ausschluss des Vergaberechtsschutzes durch die Unmöglichkeit der rückwirkenden Überprüfung des Ablaufs der elektronischen Auktion und durch die Unmöglichkeit nachträglicher Korrekturen gerechtfertigt. Die Erhebung von Einwendungen gegen (behauptete) Vergaberechtsverstöße vor Einleitung der elektronischen

⁴²⁵ Entscheidungsbesprechung Oberstes Gericht der Slowakischen Republik, GZ 1 SŽ 56/2004 [Najvyšší Súd Slovenskej republiky, Einwendungsentscheidung - Rozhodnutie o námietkach, sp.zn. 1 SŽ 56/2004], Zo súdnej praxe 2006/1, 37.

⁴²⁶ Erläuternder Bericht zum slowak VergG Nr. 25/2006 [Dôvodová správa] (28.9.2005) 76.

Auktion ist selbstverständlich zulässig (zB Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen; Ausscheidensentscheidung).⁴²⁷

Der generelle Ausschluss des Vergaberechtsschutzes im Unterschwellenbereich ist auf seine Konformität mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu untersuchen. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die öffentliche Vergabe von Aufträgen „mit geringem Wert [keineswegs] vom Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts ausgenommen“. Vielmehr sind im Unterschwellenbereich die Grundregeln des EGV und insbesondere das allgemeine Diskriminierungsverbot zu beachten.⁴²⁸ Entsprechend dem Effektivitätsgrundsatz betont die *Kommission*, dass „zumindest Entscheidungen mit ungünstigen Auswirkungen für Personen, die ein Interesse am Auftrag haben oder hatten, [...] auf etwaige Verstöße gegen die aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht abgeleiteten Grundanforderungen“ nachprüfbar sein müssen.⁴²⁹

5.1.1 Antragslegitimation

In der zweiten Nachprüfungsstufe gehören zum Kreis der antragslegitimierten Personen gemäß § 138 Abs 2 slowak VergG beschwerte Bieter iSd § 12 slowak VergG, Bewerber iSd § 13 slowak VergG, Wettbewerbsteilnehmer iSd § 103 Abs 4 slowak VergG, alle anderen Personen, die durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß in ihren Rechten oder rechtlich geschützten Interessen nachteilig beeinträchtigt wurden oder nachteilig beeinträchtigt werden könnten sowie Organe der Staatsverwaltung iSd § 137 Abs 2 lit b) slowak VergG⁴³⁰.

In den Einwendungen ist als „Kontrollierter“ der öffentliche AG iSd § 6 slowak VergG, der Sektorenauftraggeber iSd § 8 slowak VergG oder eine Person iSd § 7 slowak VergG zu bezeichnen. In der zweiten Nachprüfungsstufe gehören zu den Verfahrensparteien daher lediglich der „Antragsteller“ iSd § 138 Abs 2 slowak VergG und der „Kontrollierte“ iSd § 137 Abs 1 slowak VergG.

⁴²⁷ UNIKA (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen in der geltenden Fassung² [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s komentárom²] (2008) 164.

⁴²⁸ EuGH 20.10.2005, Rs C-264/03, *Kommission gegen Frankreich*, Rz 33; EuGH 21.7.2005, Rs C-231/03, *Coname*, Rz 16; EuGH 3.12.2001, Rs C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, Rz 19.

⁴²⁹ *Kommission*, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, ABl. 2006 C 179, S 7.

⁴³⁰ Gemäß § 137 Abs 2 lit b) slowak VergG können Einwendungsverfahren von „Organen der Staatsverwaltung“ eingeleitet werden, wenn an Kontrollierte Finanzmittel der EG für die Lieferung von Waren, Ausführung von Bauarbeiten oder Erbringung von Dienstleistungen gewährt wurden. Zur Sicherstellung höherer Transparenz bei der Förderungsverwendung sind Staatsorgane als Antragsteller von der Pflicht zur vorrangigen Stellung von Verbesserungersuchen iSd § 138 Abs 1 slowak VergG und zum Kautionserlag iSd § 138 Abs 16 slowak VergG befreit.

5.1.2 Form und Inhalt

Gemäß § 138 Abs 5 slowak VergG sind Einwendungen zwingend schriftlich zu erheben. Sie haben den gesetzlichen Mindestinhalt iSd § 138 Abs 6 lit a – lit i) slowak VergG aufzuweisen (arg: „müssen enthalten“): Identifikationsangaben über den Antragsteller und den Kontrollierten; Bezeichnung des angefochtenen Vergabeverfahrens; Bezeichnung des behaupteten Vergaberechtsverstoßes iSd § 138 Abs 2 lit a – lit g) slowak VergG; Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts und Bezeichnung der Beweismittel; Begehren des Antragstellers; schriftliche Antwort des AG auf das Verbesserungsersuchen in der ersten Nachprüfungsstufe bzw Bestätigung über die Zustellung des Verbesserungsersuchens im Falle der Untätigkeit des AG als Beilage;⁴³¹ Unterschrift des Antragstellers oder seines Vertretungsbefugten; Bestätigung des Kautionserlags⁴³².

Nach der Spruchpraxis des ÚVO sind erhobene Einwendungen nicht nach ihrer formellen Bezeichnung durch den Antragsteller, sondern nach ihrem materiellen Inhalt zu beurteilen. Stimmt der materielle Wesensgehalt der Einwendungen nicht mit der formellen Bezeichnung durch den Antragsteller überein, nimmt das ÚVO eine „Requalifikation“ der erhobenen Einwendungen vor.⁴³³ Über die Requalifikation der Einwendungen nach ihrem materiellen Gehalt werden sowohl der Antragsteller als auch der AG benachrichtigt.⁴³⁴

5.1.2.1 Anfechtbare Entscheidungen

Der Kreis der anfechtbaren Entscheidungen in der zweiten Nachprüfungsstufe iSd § 138 Abs 2 lit a – lit f) slowak VergG entspricht dem Kreis der anfechtbaren Entscheidungen in der ersten Nachprüfungsstufe iSd § 136 Abs 1 lit a – lit f) slowak VergG. In der zweiten Nachprüfungsstufe kann zusätzlich auch „jede sonstige Handlung des AG“ angefochten werden.

Gemäß § 138 Abs 1 slowak VergG haben beschwerte Unternehmer vor der Anrufung des ÚVO (in der zweiten Stufe) grundsätzlich zwingend zunächst ein Verbesserungsersuchen an den AG (in der ersten Stufe) zu stellen. Im Einwendungsverfahren prüft daher das ÚVO in jedem Einzelfall, ob der in den Einwendungen behauptete Vergaberechtsverstoß inhaltlich mit

⁴³¹ Es wird eine selbständige Beilage verlangt, da die bloße Wiedergabe des Inhalts der erforderlichen Schriftstücke in Einwendungen als nicht ausreichend angesehen wird.; www.uvo.gov.sk (23.7.2007).

⁴³² Als Bestätigung des Kautionserlags auf das Konto des ÚVO iSd § 136 Abs 6 lit i) slowak VergG gelten zB Überweisungsaufträge, Kontoauszüge und Bankbestätigungen über die Kautionszahlung.

⁴³³ ÚVO 7.5.2009, GZ 362-44-7000/2009. Hier hat das ÚVO die erhobenen Einwendungen gegen eine „sonstige“ Entscheidung des AG nach ihrem inhaltlichen Wesensgehalt in Einwendungen gegen Bedingungen in sonstigen, innerhalb der Angebotsfrist zur Verfügung gestellten Dokumenten requalifiziert.

⁴³⁴ ÚVO 14.9.2007, GZ 995-134-7000/2007. Hier hat das ÚVO die erhobenen Einwendungen gegen eine „sonstige“ Entscheidung des AG nach ihrem inhaltlichen Wesensgehalt in Einwendungen gegen die Zuschlagsentscheidung requalifiziert.

dem zunächst im Verbesserungsersuchen behaupteten Vergaberechtsverstoß übereinstimmt.⁴³⁵ Nach der Spruchpraxis des ÚVO ist eine Erweiterung behaupteter Vergaberechtsverstöße erst in den Einwendungen (in der zweiten Stufe) unzulässig. Macht der Antragsteller daher in den Einwendungen zusätzliche Vergaberechtsverstöße des AG geltend, die nicht bereits Inhalt des Verbesserungsersuchens (in der ersten Stufe) waren, werden die zusätzlichen Teile der Einwendungen vom ÚVO nicht berücksichtigt.⁴³⁶

Seit der Gesetzesnovelle mit Wirkung vom 15. November 2008 kann in der zweiten Nachprüfungsstufe auch jede „sonstige Handlung“ des AG iSd § 138 Abs 2 lit g) slowak VergG angefochten werden, die nicht ausdrücklich in § 138 Abs 2 lit a) – lit f) slowak VergG aufgezählt ist.⁴³⁷ Die sonstige Handlung des AG ist ausnahmsweise unmittelbar vor dem ÚVO anzufechten, ohne dass zunächst ein Verbesserungsersuchen an den AG (in der ersten Stufe) zu stellen wäre. Nach der Spruchpraxis des ÚVO kann als eine "sonstige Handlung" iSd § 138 Abs 2 lit g) slowak VergG auch eine Unterlassung angefochten werden: zB Unterlassung der Berücksichtigung der Erklärung eines Bieters über den Angebotspreis;⁴³⁸ Unterlassung der Beantwortung von Aufklärungsersuchen betreffend die Ausschreibungsunterlagen innerhalb der gesetzlich normierten Frist;⁴³⁹ Unterlassung des Ausschlusses eines Bieters aufgrund der Nichterfüllung von Eignungskriterien^{440, 441}.

Im Jahr 2006 wurden insgesamt 388 Einwendungen an das ÚVO gestellt, wobei 28 Einwendungen von ausländischen Antragstellern erhoben wurden. Hinsichtlich der Art der angefochtenen Entscheidung des AG in 35,8% der Fälle die Ausscheidensentscheidung und in 24,5% der Fälle die Zuschlagsentscheidung anfochten.⁴⁴²

5.1.2.2 Mängelbehebungsauftrag

In der zweiten Nachprüfungsstufe ist kein Institut des Mängelbehebungsauftrags vorgesehen. Schriftliche Ergänzungen mangelhafter Einwendungen sind daher nur in der gesetzlichen Frist iSd § 138 Abs 5 slowak VergG zulässig. In der ersten Nachprüfungsstufe wird das Institut des Mängelbehebungsauftrags hingegen in der Form der „Aufforderung zur

⁴³⁵ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 194.

⁴³⁶ ÚVO 19.1.2009, GZ 1351-197-7000/2009.

⁴³⁷ Gesetz Nr 442/2008 über die Änderung und Ergänzung des Gesetzes Nr 25/2006 über öffentliches Vergabewesen in der geltenden Fassung.

⁴³⁸ ÚVO 24.7.2007, Nr 753-93-7000/2007.

⁴³⁹ ÚVO 6.6.2006, Nr 691-233-7000/2006; ÚVO 18.7.2007, Nr 770-122-7000/2008-Z; ÚVO 12.8.2007, Nr 765-119, 120-7000/2008-Z; ÚVO 22.8.2007, Nr 855-128-7000/2008-Z; ÚVO 22.8.2008, Nr 856-129-7000/2008.

⁴⁴⁰ ÚVO 9.10.2008, Nr 1038-158-7000/2008.

⁴⁴¹ Páleníková, Vergaberechtsschutz in der Slowakei – neue Struktur nach zwei Novellen, Eastlex 2009/4, 98.

⁴⁴² ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2006 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2006] (2007) 15, 16.

Mängelbehebung“ des Verbesserungsersuchens in § 136 Abs 4 slowak VergG gesetzlich geregelt.

Aufgrund des fehlenden Instituts des Mängelbehebungsauftrags in der zweiten Stufe führt die Erhebung mangelhafter Einwendungen zur sofortigen Verfahrenseinstellung gemäß § 139 Abs 1 lit c) slowak VergG. Das ÚVO kann daher aufgrund „häufiger kleiner Fehler und Unaufmerksamkeiten“ der Antragsteller keine meritorische Sachentscheidung treffen.⁴⁴³ Nach der Spruchpraxis des ÚVO stellen mangelhafte Einwendungen ein "unüberwindbares Hindernis [dar], das die Entscheidung im Einwendungsverfahren hindert".⁴⁴⁴

Die nachträgliche schriftliche Ergänzung von per Telefax erhobenen Einwendungen innerhalb von drei Tagen gemäß § 19 Abs 1 slowak Verwaltungsverfahren⁴⁴⁵ findet im vergabespezifischen Einwendungsverfahren vor dem ÚVO keine Anwendung. Aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in § 153 slowak VergG⁴⁴⁶ ist im Einwendungsverfahren die Geltung der Verwaltungsverfahren generell ausgeschlossen.

Die formalistische Vorgangsweise des ÚVO bei der prozessualen Behandlung von Einwendungen und das Fehlen des Mängelbehebungsauftrags im Einwendungsverfahren sind auf ihre Konformität mit dem Recht auf Zugang zum Tribunal iSd Art 6 Abs 1 EMRK zu untersuchen. Nach der Rechtsprechung des EGMR wurden Formvorschriften als zwingende Bedingungen für die Zulässigkeit von Klagen und Rechtsmitteln „unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit“ als zulässig erachtet.⁴⁴⁷ Die frühere Europäische Kommission für Menschenrechte hat in der Zurückweisung einer Klage aufgrund der nur geringfügig unzureichenden Erfüllung eines Mängelbehebungsauftrags keine Verletzung des Rechts auf Zugang zum Tribunal erblickt. Nach der Rechtsprechung des EGMR wird das Recht auf Zugang zum Tribunal hingegen durch einen sehr strengen Formalismus des entscheidenden Spruchkörpers verletzt, wenn das erhobene Rechtsmittel wegen eines solchen Formmangels zurückgewiesen wird, für den der Rechtsmittelwerber nicht verantwortlich gemacht werden kann.⁴⁴⁸

⁴⁴³ www.uvo.gv.sk (23.7.2007).

⁴⁴⁴ ÚVO 9.6.2006, GZ 727-244-7000/2006; ÚVO 14.2.2007, GZ 41-9-7000/2007; ÚVO 7.5.2007, GZ 483-54-7000/2007; ÚVO 5.9.2008, GZ 937-134-7000/2008.

⁴⁴⁵ Gesetz Nr. 71/1967 über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrenordnung), zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 527/2003 - Zákon č. 71/1967 Z. z. o správnom konaní (Správny poriadok) v znení zákona č. 527/2003 Z. z.; wiederverlautbart im Gesetz Nr. 138/2004 - úplné znenie v Zákone č. 138/2004 Z. z..

⁴⁴⁶ Der Geltungsausschluss betrifft nicht die in § 153 slowak VergG ausdrücklich aufgezählten Kompetenzen des ÚVO (Führung der Liste von besonders befähigten Personen und der Liste von Unternehmern; Geldbußenverfahren).

⁴⁴⁷ Grabenwarter, Art 6 EMRK, in Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007) Rz 71.

⁴⁴⁸ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) Art 6 EMRK Rz 51; EGMR *Sotiris und Nikos Koutras ATTEE*, 16.11.2000, Rz 22; EGMR *Zwiazek Nauczycielstwa Polskiego*, 21.09.2004, Rz 37 ff.

Die kritische Auffassung der Lehre⁴⁴⁹ über den strengen Formalismus kann auch auf die slowakische Rechtslage übertragen werden. Die sofortige Einstellung durch das ÚVO bei der Erhebung mangelhafter Einwendungen (ohne Erlassung eines Mängelbehebungsauftrags) erscheinen unvertretbar.

5.1.3 Fristen

Gemäß § 138 Abs 5 slowak VergG sind Einwendungen innerhalb von sieben Tagen ab Zustellung der Entscheidung des AG über das Verbesserungsersuchen (in der ersten Stufe) bzw ab Ablauf der Entscheidungsfrist im Falle der Untätigkeit des AG zu erheben. Nach der Spruchpraxis des ÚVO dürfen die „*strikten Fristen zur Geltendmachung von Revisionsverfahren*“ durch den öffentlichen AG nicht verkürzt werden. Zur Erhebung von Einwendungen muss den beschwerten Unternehmern die volle Fristendauer zur Verfügung stehen.⁴⁵⁰

Gemäß § 144 Abs 2 slowak VergG genügt es zur Wahrung der verfahrensrechtlichen Frist zur Erhebung von Einwendungen, wenn die Einwendungen am letzten Tag der Frist bei der Post aufgegeben und anschließend an das ÚVO *und* an den kontrollierten AG zugestellt werden.

Im Unterschied zur früheren Regelung des § 107 Abs 5 lit h) slowak VergG Nr. 523/2003 wird nicht mehr ausdrücklich verlangt, dass Einwendungen eine Bestätigung über die (gleichzeitige) Zustellung an den kontrollierte AG zu enthalten haben.⁴⁵¹ Nach der neuen Rechtslage iSd § 139 Abs 1 lit f) slowak VergG sind Einwendungsverfahren sofort einzustellen, wenn sie nicht sowohl an das ÚVO *und* an den kontrollierten AG zugestellt werden (arg: „und“).

5.1.4 Kautio

Gemäß § 138 Abs 1 slowak VergG stellt der Kautionserlag eine obligatorische Voraussetzung für den Zugang zum Einwendungsverfahren dar. Gemäß § 138 Abs 16 slowak VergG ist die Kautio gleichzeitig mit der Erhebung von Einwendungen zu erlegen. Sie muss spätestens am letzten Tag der Frist zur Erhebung von Einwendungen iSd § 138 Abs 5 slowak VergG dem Konto des ÚVO gutgeschrieben werden. Die genaue Höhe der Kautio hängt von der Art der angefochtenen Entscheidung des AG, von der konkreten Vergabeverfahrens- und Auftragsart ab.

⁴⁴⁹ Pfersmann, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, AnwBl 1986/10, Nr 2475-2477; Peukert, in Frowein/Peukert (Hrsg), Europäische Menschenrechtskonvention² (1996), Art 6 EMRK, Rz 61.

⁴⁵⁰ ÚVO 27.1.2009, GZ 1550-221-7000/2008.

⁴⁵¹ vgl Oberstes Gericht der Slowakischen Republik, GZ 1 Sž 56/2004 [Najvyšší Súd Slovenskej republiky, sp.zn. 1 Sž 56/2004].

Die Kautionshöhe beträgt bei der Anfechtung von Entscheidungen des AG iSd § 138 Abs 2 lit a) – lit e) und lit g) slowak VergG eine fixe Summe zwischen EUR 600 und EUR 7.500. Bei der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung iSd § 138 Abs 2 lit f) slowak VergG und der „sonstigen“ Handlung des AG nach der Angebotsöffnung iSd § 138 Abs 2 lit g) slowak VergG ist die Kautionshöhe mit 1% des Angebotspreises⁴⁵² festgelegt (unabhängig von der Vergabeverfahrens- und Auftragsart) und darf „höchstens“ den astronomischen Wert von EUR 600.000 erreichen. Kann die Kautionshöhe nicht gemäß § 138 Abs 17 lit a) oder lit b) slowak VergG ermittelt werden (dh anhand der Art der angefochtenen Entscheidung, der Auftragsart und des geschätzten Auftragswertes), wird die Kautionshöhe mit EUR 3.000 gemäß § 138 Abs 17 lit c) slowak VergG festgelegt. Werden in den erhobenen Einwendungen mehrere Entscheidungen des AG angefochten, ist die Kautionshöhe für jede einzelne angefochtene Entscheidung gesondert zu erlegen.⁴⁵³

Die „*riesige*“ Kautionshöhe war Gegenstand heftiger Diskussionen im Nationalrat. Ein Vorschlag über die Reduktion der Kautionshöhe wurde letztlich nicht angenommen. Die Einführung des Instituts des Kautionserlags zur Anrufung des ÚVO sei grundsätzlich richtig, da rechtmäßig ausgeschlossene Bieter oft aus bloßer Enttäuschung gänzlich unberechtigte und schikanöse Einwendungen erhoben hätten, um dem AG eins auszuwischen, ihn „*zumindest zu treten ... [und ihm] das Leben unangenehm zu machen*“. Viele Vergabeverfahren würden dadurch unnötig verlängert und „*zunichtegemacht*“.⁴⁵⁴

Die Kautionshöhe ist im Hinblick auf ihre Konformität mit den gemeinschafts- und völkerrechtlichen Vorgaben zu untersuchen. Grundsätzlich kann die Beschränkung des Rechts auf Zugang zum Tribunal iSd Art 6 Abs 1 EMRK durch den Schutz vor missbräuchlichen und wiederholten Klagen gerechtfertigt werden.⁴⁵⁵ Nach der Rechtsprechung des EGMR haben die Behörden bei der Festlegung der Gebührenhöhe ein angemessenes Verhältnis zwischen dem Interesse des Staates an der Gebühreneinhebung und dem Interesse des Einzelnen an der Rechtsverteidigung sicherzustellen. Dabei ist die Gebühr in der Höhe des durchschnittlichen Jahresgehalts jedenfalls „*überhöht, unzweifelhaft beträchtlich*“ und unverhältnismäßig.⁴⁵⁶ Bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist neben der Gebührenhöhe im Verhältnis zur tatsächlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Rechtsschutzsuchenden maßgeblich, ob die Gebühr der Sicherung von Kosten der gegnerischen Partei dient oder ob sie ausschließlich der Staatskasse zugute kommt. Die

⁴⁵² Als „Angebotspreis“ iSd § 138 Abs 17 lit b) slowak VergG ist der im Angebot des betreffenden Antragstellers angegebene Preis samt Umsatzsteuer zu verstehen. Aufgrund der ausdrücklichen Anordnung gilt als Angebotspreis auch der Nettogegenwartswert der einmaligen oder wiederholten Zahlung, was für PPP-Projekte relevant ist.

⁴⁵³ www.uvo.gv.sk, Unterpunkt „Kautionserlag“ - Zloženie kaucie (10.1.2008).

⁴⁵⁴ *Vážny*, 52. Sitzung des slowak Nationalrates NRSR (13.12.2005) 118.

⁴⁵⁵ EGMR *Ashingdane*, 28.5.1985, Rz 58 = EuGRZ 1986, 8.

⁴⁵⁶ EGMR *Kreuz*, 19.6.2001, Rz 62, 66 = ÖJZ 2002, 693.

Beschränkung des Rechts auf Zugang zum Gericht wiegt schwerer, wenn sie vollkommen unabhängig vom Gegenstand und von den Erfolgsaussichten der Klage allein finanzieller Natur ist.⁴⁵⁷

Vor diesem Hintergrund erscheint die slowakische Regelung der Kautionshöhe von „1% des Angebotspreises, höchstens EUR 600.000“ iSd § 138 Abs 2 lit f) slowak VergG als unverhältnismäßig.⁴⁵⁸ Im Oberschwellenbereich beträgt die Kautionshöhe bei der Anfechtung der Vergabe eines Bauauftrags (unter Zugrundelegung des Mindestauftragswertes von EUR 5.150.000) mindestens EUR 51.500 und höchstens die gesetzlich festgelegte Summe von EUR 600.000. Da der durchschnittliche Jahresgehalt in der Slowakei EUR 8.025 beträgt,⁴⁵⁹ widerspricht die nationale Kautionshöhe nach der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR offenbar dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Das neue Institut des zwingenden Kautionserlags wurde im Jahr 2006 eingeführt. Durch die Kautioneinführung hat der Gesetzgeber auf die *„sehr häufige und unbegründete Erhebung von Einwendungen [reagiert], selbst wenn das Vergabeverfahren des Auftraggebers offenkundig im Einklang mit dem Gesetz war“*. Der Gesetzgeber hat damit die Schaffung eines *„Raumes für wirtschaftlichen Wettbewerb, auf die Entwicklung des Unternehmensmilieus und nicht zuletzt auf die Effektivität des öffentlichen Auftragswesens“* bezweckt.⁴⁶⁰

Aus einer Analyse des ÚVO geht hervor, dass die Einführung des zwingenden Kautionserlags tatsächlich zur Erhöhung der Qualität, der Genauigkeit und Bestimmtheit von Einwendungen geführt hat.⁴⁶¹ Die Antragsteller würden sich in ihren Einwendungen immer häufiger auf die Spruchpraxis des ÚVO, auf seine methodischen Anleitungen und auf die Rechtsprechung des EuGH berufen. Viele *„hoch qualifizierte und relevante“* Argumente seien auf die wachsenden Erfahrungen der Antragsteller und nicht zuletzt auf ihre Zusammenarbeit mit renommierten Rechtsanwaltskanzleien zurückzuführen.

5.1.4.1 Rückerstattung

Das Schicksal der erlegten Kaution hängt vom Spruch der Einwendungsentscheidung des ÚVO iSd § 145 Abs 2 slowak VergG ab. Die Kaution wird dem Antragsteller entweder in voller Höhe rückerstattet oder für verfallen erklärt.

Gemäß § 138 Abs 18 slowak VergG ist die Kaution innerhalb von 30 Tagen rückzuerstatten, wenn eine stattgebende Sachentscheidung getroffen oder das Verfahren aus

⁴⁵⁷ Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention³ (2008) Art 6 EMRK Rz 51.

⁴⁵⁸ Páleníková, Vergaberechtsschutz in der Slowakei – neue Struktur nach zwei Novellen, Eastlex 2009/4, 97.

⁴⁵⁹ Laut Angaben des Statistischen Amtes der Slowakischen Republik betrug der durchschnittliche Monatsgehalt eines Berufstätigen in der Slowakei im Jahr 2008 EUR 723; <http://portal.statistics.sk/showdoc.do?docid=12553> (5.4.2009).

⁴⁶⁰ Csáky, 51. Sitzung des slowak Nationalrates NRSR (26.10.2005) 5.

⁴⁶¹ ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2006 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2006] (2007) 17.

prozessualen Gründen eingestellt wird (zB Erhebung mangelhafter Einwendungen oder Antragsrückziehung).

Die Kautionsleistung ist dem Antragsteller überdies auch dann in voller Höhe rückzuerstatten, wenn die Einwendungen des Antragstellers zwar nur teilweise begründet sind, das ÚVO jedoch aufgrund der erhobenen Einwendungen im Einwendungsverfahren von Amts wegen einen wesentlichen Vergaberechtsverstoß feststellt und den Widerruf des angefochtenen Vergabeverfahrens anordnet.⁴⁶²

5.1.4.2 Verfall

Gemäß § 138 Abs 18 slowak VergG verfällt die Kautionsleistung bei Rechtskraft einer abweisenden Entscheidung des ÚVO und „wird zur Einnahme des staatlichen Budgets“.

Nach der alten Rechtslage wurde die Kautionsleistung auch im Fall der Verfahrenseinstellung für verfallen erklärt. Durch diese Sanktion wurde eine größere Sorgfalt der Antragsteller beim Verfassen von Einwendungsschriftsätzen, bei der Vervollständigung von Beilagen und bei der Einhaltung gesetzlicher Fristen bezweckt.⁴⁶³ Nach der neuen Rechtslage wird die strenge Sanktion des Kautionsverfalls bei Nichterfüllung der Prozessvoraussetzungen aufgehoben. Die Kautionsleistung ist nunmehr auch im Fall der Verfahrenseinstellung rückzuerstatten. In der Praxis haben die AG oft rechtswidrige Ausscheidensentscheidungen getroffen, wobei das ÚVO die erhobenen Einwendungen aus rein prozessualen Gründen nicht meritorisch behandeln und den rechtswidrigen Zustand nicht beseitigen konnte.⁴⁶⁴

5.1.4.3 Unrichtige Höhe

Wird eine niedrigere als die gemäß § 138 Abs 16 slowak VergG erforderliche Kautionsleistung erlegt, werden die erhobenen Einwendungen nicht berücksichtigt, das Verfahren eingestellt und die Kautionsleistung rückerstattet. Wird hingegen eine höhere als die gesetzlich erforderliche Kautionsleistung erlegt, ist die überschüssige Summe jedenfalls rückzuerstatten. Die richtige Kautionsleistungshöhe wird dann abhängig vom Spruch der Einwendungsentscheidung des ÚVO rückerstattet oder für verfallen erklärt.⁴⁶⁵

⁴⁶² ÚVO 30.10.2008, GZ 1161-177-7000/2008; ÚVO 3.11.2008, GZ 1151-171-7000/2008.

⁴⁶³ UNIKA (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s komentárom] (2006) 193.

⁴⁶⁴ Erläuternde Bemerkungen zum Gesetzesvorschlag über die Änderung und Ergänzung des Gesetzes Nr 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen und des Gesetzes Nr 581/2004 über Krankenversicherungen, die Aufsicht über die medizinische Versorgung, Druck Nr 555, 12, 13 - Dôvodová správa k vládnemu návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov a o zmene zákona č. 581/2004 Z. z. o zdravotných poisťovníach, dohľade nad zdravotnou starostlivosťou a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov, tlač 555, 12, 13.

⁴⁶⁵ www.uvo.gv.sk, Unterpunkt „Kautionsleistung“ - Zloženie kaucie (10.1.2008).

5.1.5 Verfahren

Gemäß § 138 Abs 4 slowak VergG wird der Beginn des Einwendungsverfahrens mit dem Tag der Zustellung der Einwendungen an das ÚVO festgelegt. Gemäß § 138 Abs 8 slowak VergG ist der AG innerhalb von zwei Werktagen nach der Zustellung der Einwendungen verpflichtet, eine schriftliche Äußerung samt Angabe des geschätzten Auftragswertes und die komplette Dokumentation des angefochtenen Vergabeverfahrens im Original an das ÚVO zu übermitteln. Kommt der AG dieser Pflicht nicht nach, ist das Einwendungsverfahren unter Anordnung der Übermittlung der notwendigen Unterlagen innerhalb einer zusätzlichen, vom ÚVO festgelegten Frist zu unterbrechen. Bis zur Zustellung der schriftlichen Äußerung und der kompletten Vergabedokumentation durch den AG wird die Entscheidungsfrist des ÚVO gemäß § 139 Abs 5 slowak VergG gehemmt.

Gemäß § 138 Abs 9 slowak VergG kann das Einwendungsverfahren auch zwecks Einholung einer „fachkundigen Stellungnahme“ eines unabhängigen Sachverständigen unterbrochen werden. In dieser Hinsicht betreffen viele Vergabeverfahren sehr spezifische und technische Fragen. Das Aufsuchen eines geeigneten fachkundigen Sachverständigen, die richtige Formulierung der Fachfragen und die Erstellung der fachlichen Stellungnahme selbst nehmen regelmäßig eine längere Zeit in Anspruch. Bei der Verfahrensunterbrechung zur Einholung des Sachverständigengutachtens wird daher die Entscheidungsfrist des ÚVO iSd § 139 Abs 5 slowak VergG gehemmt, höchstens jedoch für die Dauer von 30 Tagen. Der Nachteil aus der Verzögerung von Vergabeverfahren „in besonders komplizierten Fällen“ kann durch den Vorteil der genauen Sachverhaltsfeststellung ausgeglichen werden, was im Interesse der Antragsteller, der kontrollierten AG und nicht zuletzt im öffentlichen Interesse an der Rechtmäßigkeit von Vergabeverfahren liegt.⁴⁶⁶

Gemäß § 138 Abs 12 slowak VergG werden die von AG einzuhaltenden Fristen durch die Einleitung eines Einwendungsverfahrens gehemmt. Die Fristhemmung dauert von der Erhebung von Einwendungen bis zur Zustellung der Einwendungsentscheidung des ÚVO bzw für die Dauer der erlassenen einstweiligen Verfügung iSd § 138 Abs 11 slowak VergG und für die Dauer der Verfahrensunterbrechung iSd § 138 Abs 8 und Abs 9 slowak VergG.

5.1.5.1 Aufschiebende Wirkung

Während der Dauer des Nachprüfungsverfahrens drängen viele kontrollierte AG auf einen raschen Vertragsschluss mit ihrem bevorzugten „Bestbieter“. Dadurch kann die Entscheidung der Vergabekontrollbehörde durch unumkehrbare Handlungen des AG untergraben werden.

⁴⁶⁶ UNIKA (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen in der geltenden Fassung² [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s komentárom²] (2008) 161.

Zwecks Bekämpfung des unerwünschten Phänomens „*race to signature*“⁴⁶⁷ wird in § 138 Abs 10 slowak VergG bei der Anfechtung der ausdrücklich aufgezählten Entscheidungen des AG iSd § 138 Abs 2 lit a–f) slowak VergG der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung der erhobenen Einwendungen auf das „Handeln des Kontrollierten [AG]“ normiert. Da bereits durch die aufschiebende Wirkung eine Beeinträchtigung von Interessen des Antragstellers verhindert werden kann, ist die Erlassung der einstweiligen Verfügung daher grundsätzlich nicht notwendig.

Die aufschiebende Wirkung kann durch das ÚVO jedoch aberkannt werden, wenn ihre „negativen Folgen das öffentliche Interesse bedrohen“. Die Entscheidung über die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung der erhobenen Einwendungen kann etwa getroffen werden, wenn der aus der Verfahrensverzögerung drohende Schaden „*unvergleichbar größer*“ wäre als der aus dem Vergaberechtsverstoß drohende Schaden sowie bei Vergabeverfahren, die „*keinen Aufschub dulden*“.⁴⁶⁸

Gemäß § 138 Abs 10 slowak VergG kann gegen die Entscheidung des ÚVO über die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung kein Rechtsmittel erhoben werden. Für den Vergaberechtsschutz spielt die Aberkennung der aufschiebenden Wirkung eine große Rolle, da der Vertragsschluss mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger gemäß § 45 Abs 6 slowak VergG grundsätzlich (bereits) am Tag nach der Zustellung der Aberkennungsentscheidung an den AG zulässig ist. Wird die aufschiebende Wirkung der Einwendungen hingegen nicht aberkannt, ist der Vertragsschluss erst nach Ablauf der 14-tägigen Stillhaltefrist ab Zustellung der Einwendungsentscheidung des ÚVO iSd § 45 slowak VergG zulässig.

5.1.5.2 Einstweilige Verfügung

In § 138 Abs 10 slowak VergG wird eine Ausnahme vom Grundsatz der aufschiebenden Wirkung normiert. Das Nachprüfungsverfahren muss gemäß Art 2 Abs 3 (Sekt)RMRL „nicht notwendigerweise“ einen automatischen Suspensiveffekt auf das Vergabeverfahren haben. Gemäß § 138 Abs 10 slowak VergG entfaltet die Anfechtung einer sog „sonstigen“ (nicht ausdrücklich aufgezählten) Entscheidung des AG iSd § 138 Abs 2 lit g) slowak VergG keine aufschiebende Wirkung. Entsprechend dem Provisorialrechtsschutz „kann“ das ÚVO eine vorläufige Maßnahme iSd § 138 Abs 11 slowak VergG erlassen, längstens bis zur Zustellung der Einwendungsentscheidung des ÚVO.⁴⁶⁹

⁴⁶⁷ *Kommission*, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates zwecks Verbesserung der Wirksamkeit von Nachprüfungsverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, KOM (2006) 195, 3. Erwägungsgrund.

⁴⁶⁸ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 195.

⁴⁶⁹ ÚVO 19.1.2009, GZ 1351-197-7000/2009.

Aus der Sicht des Vergaberechtsschutzes ist es bedenklich, dass für die Ausübung des Ermessens des ÚVO bei der Entscheidung über die vorläufige Maßnahme keine gesetzlichen Vorgaben normiert sind. Im slowakischen Vergaberecht fehlt überdies auch die ausdrückliche Normierung des Instituts des Antrags auf Erlassung einer vorläufigen Maßnahme.

Gemäß § 138 Abs 11 slowak VergG kann gegen die Entscheidung des ÚVO über die Nichterlassung der vorläufigen Maßnahme kein Rechtsmittel erhoben werden. Wird keine vorläufige Maßnahme erlassen, hat das ÚVO dies den Verfahrensparteien mitzuteilen. Für den Vergaberechtsschutz spielt diese Mitteilung eine große Rolle, da der Vertragsschluss mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger gemäß § 45 Abs 7 slowak VergG grundsätzlich (bereits) am Tag nach der Zustellung der Mitteilung des ÚVO über die Nichterlassung der vorläufigen Maßnahme an den AG zulässig ist. Wird hingegen eine vorläufige Maßnahme erlassen, ist der Vertragsschluss erst nach Ablauf der 14-tägigen Stillhaltefrist ab Zustellung der Einwendungsentscheidung des ÚVO iSd § 45 slowak VergG zulässig.

5.1.6 Entscheidung in materieller Hinsicht

Gemäß § 139 Abs 5 slowak VergG hat das ÚVO unterschiedliche Entscheidungsfristen in der Dauer von 30 Tagen, 14 Tagen bzw. „unverzüglich“ einzuhalten. Im Falle der Rückziehung der erhobenen Einwendungen durch den Antragsteller vor der Sachentscheidung des ÚVO hat das ÚVO unverzüglich die Verfahrenseinstellung anzuordnen. Die Entscheidungsfrist von 14 Tagen ab Zustellung der Einwendungen an das ÚVO wird hingegen bei Tatbeständen für eine Verfahrenseinstellung iSd § 138 Abs 1 lit a) – lit c) und lit e) – lit g) slowak VergG normiert. Die Entscheidungsfrist von 30 Tagen wird für die Fällung einer meritorischen Entscheidung bei prozessual zulässigen Einwendungen normiert.

Das verfassungsmäßig garantierte Recht auf eine angemessene Verfahrensdauer iSd Art 48 Abs 2 slowak Verfassung zielt nach der ständigen Rechtsprechung des slowakischen Verfassungsgerichts auf die „*Beseitigung des Zustandes der Rechtsunsicherheit*“ ab. Der Zustand der Rechtssicherheit wird nicht bereits mit der Verhandlung über die Rechtssache vor dem zuständigen Organ, sondern erst mit Rechtskraft der Entscheidung erreicht.⁴⁷⁰ Gemäß § 140 Abs 3 slowak VergG wird die Einwendungsentscheidung des ÚVO bereits am Tag der Zustellung an die Verfahrenspartei rechtskräftig.

⁴⁷⁰ Verfassungsgericht der Slowakischen Republik, GZ II. 26/95; GZ I. 47/96; GZ I. 10/98 [Ústavný Súd Slovenskej republiky, sp. zn. II. ÚS 26/95; sp. zn. I. ÚS 47/96; sp. zn. I. ÚS 10/98].

5.1.6.1 Verfahrenseinstellung

In § 139 Abs 1 lit a) – lit g) slowak VergG werden die Gründe für die Verfahrenseinstellung taxativ aufgezählt. Ihr Vorliegen ist von Amts wegen zu prüfen.⁴⁷¹ Die Verfahrenseinstellung resultiert meist aus der objektiven Unmöglichkeit der Verfahrensdurchführung, aus der Unzweckmäßigkeit der Entscheidungsfindung oder aus der Sanktion für die Nichterfüllung von Prozessvoraussetzungen: zB mangelnde Antragslegitimation; verspätete Erhebung von Einwendungen; Nichterfüllung formeller Voraussetzungen; Rückziehung von Einwendungen vor der Sachentscheidung; Widerruf des Vergabeverfahrens oder des Wettbewerbs durch den AG; Anordnung des Widerrufs des angefochtenen Vergabeverfahrens durch das ÚVO.⁴⁷²

Gemäß § 139 Abs 1 lit f) slowak VergG ist das Einwendungsverfahren überdies dann einzustellen, wenn die an das ÚVO erhobenen Einwendungen nicht gleichzeitig auch an den kontrollierten AG zugestellt wurden. Gemäß § 138 Abs 5 slowak VergG sind Einwendungen nämlich dem ÚVO *und* dem kontrollierten AG zuzustellen, da der AG sich sonst gegen ihm unbekannte Einwendungen nicht zur Wehr setzen und auch nicht seiner Äußerungspflicht iSd § 138 Abs 8 slowak VergG nachkommen könnte.

Gemäß § 139 Abs 1 lit g) slowak VergG ist das Einwendungsverfahren auch dann einzustellen, wenn in derselben Sache bereits eine rechtskräftige Entscheidung des ÚVO vorliegt.

5.1.6.2 Stattgebende Entscheidung

Gemäß § 139 Abs 2 lit a) – lit e) slowak VergG hat das ÚVO eine stattgebende Entscheidung zu treffen, wenn im Einwendungsverfahren ein Verstoß gegen „dieses Gesetz“ festgestellt wurde und der Vergaberechtsverstoß von einem wesentlichen Einfluss auf das angefochtene Vergabeverfahren war. Nach der Spruchpraxis des ÚVO sind Vergaberechtsverstöße über den geltendgemachten Vergaberechtsverstoß hinaus von Amts wegen aufzugreifen.⁴⁷³

Zwecks Beseitigung des festgestellten Vergaberechtsverstoßes hat das ÚVO in der stattgebenden Entscheidung bestimmte, gesetzlich festgelegte Anordnungen zu treffen: zB Anordnung des Widerrufs des angefochtenen Vergabeverfahrens oder des Wettbewerbs; Anordnung der Streichung diskriminierender Bedingungen in der Bekanntmachung, in den Ausschreibungsunterlagen oder in sonstigen Dokumenten; Aufhebung der Entscheidung des

⁴⁷¹ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 197.

⁴⁷² UNIKA (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen in der geltenden Fassung² [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s komentárom²] (2008) 163.

⁴⁷³ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 197.

AG über den Ausschluss des Antragstellers und Anordnung der erneuten Auswahl von Bietern; Aufhebung der Ausscheidensentscheidung und Anordnung der erneuten Angebotsprüfung.

Zwecks Sicherstellung der Effektivität von Entscheidungen des ÚVO normiert § 149 Abs 1 lit f) slowak VergG die Auferlegung von Geldbußen über den AG als Sanktion für die Nichteinhaltung von Anordnungen des ÚVO iSd § 139 slowak VergG.

5.1.6.3 Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes

Gemäß § 139 Abs 3 slowak VergG kann das ÚVO die „Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes“ anordnen, wenn im Einwendungsverfahren ein Verstoß gegen „dieses Gesetz“ festgestellt wurde, der „das Ergebnis des angefochtenen Vergabeverfahrens nicht beeinflussen konnte“. Im Unterschied zu den anderen Entscheidungsbefugnissen des ÚVO iSd § 139 Abs 1, Abs 2 und Abs 4 slowak VergG steht die Anordnung der Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes im Ermessen des ÚVO (arg: „kann“).

Nach der Spruchpraxis des ÚVO wurde die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes etwa zur Berichtigung des Protokolls über die Angebotsbewertung iSd § 41 slowak VergG sowie zur Berichtigung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung iSd § 44 slowak VergG angeordnet.⁴⁷⁴

5.1.6.4 Abweisende Entscheidung

Gemäß § 139 Abs 3 slowak VergG hat das ÚVO die erhobenen Einwendungen abzuweisen, wenn kein wesentlicher Vergaberechtsverstoß festgestellt und auch nicht die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes iSd § 139 Abs 3 slowak VergG angeordnet wurde.

5.1.7 Entscheidung in formeller Hinsicht

In § 145 Abs 1 slowak VergG wird der Mindestinhalt der Einwendungsentscheidung des ÚVO normiert, was „*im Interesse der Erhöhung von Transparenz, Verständlichkeit und Überzeugungskraft*“ liegt.⁴⁷⁵ Hinsichtlich des Mindestinhalts hat die Entscheidung einen Spruch, die Begründung und die Rechtsmittelbelehrung zu enthalten. Die Entscheidung muss schriftlich begründet werden, da das ÚVO nicht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben an die Nachprüfungsinstanz iSd Art 2 Abs 8 RMRL bzw Art 2 Abs 9 SektRMRL entspricht. Die gemeinschaftsrechtliche Konformität wird vielmehr erst durch die Möglichkeit der Anrufung des Zivilgerichts gegen die Entscheidung des ÚVO gemäß § 140 Abs 4 slowak VergG gewährleistet.

⁴⁷⁴ ÚVO 16.1.2009, GZ 1566-222-7000/2008.

⁴⁷⁵ UNIKA (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen in der geltenden Fassung² [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s komentárom²] (2008) 167.

5.1.7.1 Spruch

Gemäß § 145 Abs 2 slowak VergG kann der Spruch vier verschiedene Entscheidungsarten aufweisen. Erstens hat das ÚVO gemäß § 139 Abs 1 slowak VergG die Verfahrenseinstellung anzuordnen. Zweitens hat das ÚVO bei einem wesentlichen Vergaberechtsverstoß gemäß § 139 Abs 2 slowak VergG eine stattgebende Entscheidung zu treffen. Drittens kann das ÚVO bei einem unwesentlichen Vergaberechtsverstoß gemäß § 139 Abs 3 slowak VergG die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes anordnen. Viertens hat das ÚVO gemäß § 139 Abs 4 slowak VergG eine abweisende Entscheidung zu treffen.

5.1.7.2 Begründung

Gemäß § 145 Abs 3 slowak VergG hat die Begründung der Einwendungsentscheidung des ÚVO einen gesetzlichen Mindestinhalt aufzuweisen: die entscheidungserheblichen Tatsachen, die Beweiswürdigung, die Angaben der Verfahrensparteien, die vom ÚVO angewendeten Rechtsvorschriften und die berücksichtigten Beweismittel. Nach der Rechtsprechung des slowakischen Verfassungsgerichts genügt der pauschale Hinweis, dass die Entscheidung „in Übereinstimmung mit den geltenden Rechtsvorschriften“ getroffen wurde, keinesfalls dem Erfordernis der rechtmäßigen Entscheidungsbegründung.⁴⁷⁶

5.1.7.3 Rechtsmittelbelehrung

Gemäß § 145 Abs 4 slowak VergG ist in der Rechtsmittelbelehrung anzugeben, dass die Einwendungsentscheidung des ÚVO „endgültig“ ist und dagegen kein Rechtsbehelf erhoben werden kann. In der Rechtsmittelbelehrung ist ferner anzugeben, dass die Entscheidung einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist und dass die Klage an das Zivilgericht innerhalb von zehn Tagen ab Zustellung der Entscheidung erhoben werden muss.

5.1.7.4 Zustellung

Gemäß § 139 Abs 6 slowak VergG ist die Einwendungsentscheidung des ÚVO zu eigenen Händen der Verfahrensparteien zuzustellen.⁴⁷⁷ Die stattgebende Entscheidung iSd § 139 Abs 2 slowak VergG ist überdies allen amtsbekannten Bewerbern bzw Bietern des angefochtenen Vergabeverfahrens und allen Teilnehmern des angefochtenen Wettbewerbs zuzustellen. Der Adressatenkreis ist bei der stattgebenden Entscheidung weiter als bei anderen Entscheidungen des ÚVO, da durch die Anordnung der Beseitigung des festgestellten Vergaberechtsverstoßes bei der stattgebenden Entscheidung die subjektiven Rechte der Wirtschaftsteilnehmer berührt werden.

5.1.8 Rechtskraft und Vollstreckbarkeit

Gemäß § 140 Abs 2 slowak VergG kann gegen die Einwendungsentscheidung des ÚVO kein Rechtsbehelf erhoben werden. Gemäß § 140 Abs 4 slowak VergG ist die Entscheidung jedoch einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich.⁴⁷⁸ Gemäß § 140 Abs 3 slowak VergG wird die Entscheidung mit dem Tag ihrer Zustellung rechtskräftig und mit Ablauf der Leistungsfrist vollstreckbar.

⁴⁷⁶ Verfassungsgericht der Slowakischen Republik 4.1.2007, GZ 300/06 [Ústavný Súd Slovenskej republiky, sp.zn. ÚS 300/06].

⁴⁷⁷ Das Zustellverfahren wird detailliert in §§ 142, 143 slowak VergG geregelt. Die Zustellregeln stimmen wörtlich mit §§ 24, 25 slowak Verwaltungsverfahrenordnung überein.

⁴⁷⁸ Der zivilgerichtliche Rechtsschutz wird unter Punkt 6. erläutert.

Hinsichtlich der Leistungsfrist hat das ÚVO im Spruch der Entscheidung gemäß § 144 Abs 1 slowak VergG notwendigenfalls eine angemessene Frist zur Beseitigung des festgestellten Vergaberechtsverstoßes festzusetzen, wenn die Frist nicht gesetzlich festgelegt ist. Zwecks Sicherstellung der Effektivität von Entscheidungen des ÚVO wird die Missachtung der Leistungsfrist durch den AG gemäß § 149 Abs 1 lit f) slowak VergG mit einer Geldbuße bis zu EUR 15.000 sanktioniert.

5.2 Kontrollverfahren

In § 146 slowak VergG wird die sog „Kontrolle der Einhaltung von Vergabeverfahren“ geregelt. Im Unterschied zum Einwendungsverfahren iSd § 138 slowak VergG wird das Kontrollverfahren vom ÚVO auch nach dem Abschluss des Leistungsvertrages bzw der Rahmenvereinbarung durchgeführt. Zu den häufigsten, im Kontrollverfahren festgestellten Vergaberechtsverstößen gehören die Diskriminierung von Unternehmern, unangemessene Anforderungen in den Ausschreibungsunterlagen, die Bewertung von Eignungskriterien im Widerspruch zur Bekanntmachung sowie die rechtswidrige Ausscheidensentscheidung. Viele Vergaberechtsverstöße sind auf die unzureichende Vorbereitung des Vergabeverfahrens durch den AG zurückzuführen.⁴⁷⁹

5.2.1 Kontrolle vor Vertragsschluss

Gemäß § 146 Abs 1 slowak VergG können Kontrollverfahren im Stadium vor dem Abschluss des Leistungsvertrages bzw der Rahmenvereinbarung und vor der Beendigung des Wettbewerbs nur von Amts wegen durchgeführt werden. Seit dem Jahr 2006 hat das ÚVO jedoch kein einziges Kontrollverfahren von Amts wegen durchgeführt.⁴⁸⁰ Vielmehr wurden Kontrollverfahren vor dem Vertragsschluss auf der Grundlage von Anregungen "aus der externen Umwelt" eingeleitet, da das ÚVO die Anregungen aufgegriffen hat.⁴⁸¹

Durch die aktuelle Gesetzesnovelle soll der Kreis von anregungsbefugten Personen erweitert werden. Gemäß dem neuen § 146 Abs 1 lit a) - lit d) slowak VergG idF der geplanten Novelle 2009 wird das ÚVO Kontrollverfahren vor dem Vertragsschluss nicht nur von Amts wegen durchführen können, sondern überdies auch zwingend auf Anregung des AG, des Amtes der slowakischen Regierung und des Obersten Kontrollamtes.

Das Kontrollverfahren beginnt mit der Zustellung der Bekanntmachung über die Verfahrenseinleitung an den AG. Hinsichtlich der Verfahrensregeln sind gemäß § 146 Abs 2 slowak VergG im Kontrollverfahren die Regeln des Einwendungsverfahrens iSd §§ 138 - 145 slowak VergG sinngemäß anzuwenden. Wird daher im Kontrollverfahren ein wesentlicher Vergaberechtsverstoß festgestellt, hat das ÚVO eine meritorische Entscheidung samt

⁴⁷⁹ ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2007 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2007] (2008) 17.

⁴⁸⁰ SME, Regierung will erneute Amtstafel-Vergabeverfahren verhindern [Vláda chce zabrániť opakovaniu nástenkových tendrov] (9.2.2009).

⁴⁸¹ Pelegrini/Madej, Erläuternder Bericht zum Gesetzesvorschlag über die Änderung und Ergänzung des Gesetzes Nr 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen in der geltenden Fassung [Dôvodová správa k návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov] (5.2.2009) 1.

Anordnung der Beseitigung des Vergaberechtsverstößes iSd § 139 Abs 2 slowak VergG zu treffen.⁴⁸²

Aus der Sicht des Vergaberechtsschutzes spielt das Kontrollverfahren vor dem Vertragsschluss eine besonders wichtige Rolle, da das ÚVO nach dem Vertragsschluss nicht mehr ins (formal abgeschlossene) Vergabeverfahren „eingreifen“ kann.⁴⁸³ Nach der geltenden Rechtslage (dh vor der Umsetzung der RL 2007/66/EG) verfügt das ÚVO über keine Befugnis zur Nichtigklärung eines vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrages. Vielmehr kann das ÚVO gemäß § 148 slowak VergG lediglich einen Antrag auf Nichtigklärung des Vertrages an das Zivilgericht stellen.

5.2.2 Kontrolle nach Vertragsschluss

Gemäß § 146 Abs 3 slowak VergG können Kontrollverfahren im Stadium nach dem Abschluss des Leistungsvertrages bzw der Rahmenvereinbarung und vor der Beendigung des Wettbewerbs sowohl von Amts wegen als auch auf „Anregung“ natürlicher und juristischer Personen eingeleitet werden. Im Jahr 2008 hat das ÚVO insgesamt 173 Anregungen zur Einleitung eines Kontrollverfahrens erhalten. Auf der Grundlage der Anregungen wurden in den meisten Fällen wichtige Vergaberechtsverstöße festgestellt.⁴⁸⁴

Zu den anregungsbefugten Personen gehören jene natürliche und juristische Personen, denen keine Antragslegitimation im Einwendungsverfahren iSd § 138 Abs 2 slowak VergG zukommt. Der Mindestinhalt einer Anregung zur Einleitung eines Kontrollverfahrens ist nicht gesetzlich normiert. Nach der Auffassung des ÚVO „sollte“ die Anregung zumindest die Identifikationsangaben der anregenden Person, die Angaben über den zu kontrollierenden AG, das zu kontrollierende Vergabeverfahren und den maßgeblichen Sachverhalt enthalten.⁴⁸⁵

Der Vergaberechtsschutz der anregungsbefugten Personen im Kontrollverfahren ist im Unterschied zu den antragslegitimierte Personen im Einwendungsverfahren relativ schwach. Die anregungsbefugten Personen im Kontrollverfahren haben nach der geltenden Rechtslage keinen subjektiven Anspruch auf eine meritorische Entscheidung des ÚVO zu. Sie können mit ihrer Anregung die Einleitung des Kontrollverfahrens rechtlich nicht erzwingen. Die tatsächliche Durchführung des Kontrollverfahrens steht in der Entscheidungsbefugnis des

⁴⁸² ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 204.

⁴⁸³ SME, Vergabeamt legte im vergangenen Jahr Geldbußen in Höhe von 365 Tausend Euro auf [Úrad pre verejné obstarávanie vlani udelil pokuty 365 tisíc eur] (8.1.2009).

⁴⁸⁴ SME, Vergabeamt legte im vergangenen Jahr Geldbußen in Höhe von 365 Tausend Euro auf [Úrad pre verejné obstarávanie vlani udelil pokuty 365 tisíc eur] (8.1.2009).

⁴⁸⁵ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 205.

ÚVO. Daher ist im Kontrollverfahren im Unterschied zum Einwendungsverfahren iSd § 139 Abs 5 slowak VergG keine Entscheidungsfrist normiert.

Hinsichtlich der Verfahrensregeln im Kontrollverfahren sind gemäß § 146 Abs 4 slowak VergG die „Grundregeln der Kontrolltätigkeit außer der Kontrolltätigkeit im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit, Effektivität und Wirtschaftlichkeit der Aufgabenerfüllung“⁴⁸⁶ anzuwenden. Im Rahmen des Kontrollverfahrens ist das „gesamte“ Vergabeverfahren zu kontrollieren (von der Vorbereitungsphase einschließlich der Berechnung des geschätzten Auftragswertes, über die Bekanntmachung bis zum Vertragsschluss)⁴⁸⁷.

Gemäß § 149 Abs 1 bzw Abs 2 slowak VergG verfügt das ÚVO über die Befugnis zur Auferlegung von Geldbußen über den AG, wenn die Anordnungen des ÚVO zur Beseitigung festgestellter Vergabeverstöße nicht erfüllt werden.

5.2.3 Interne Kontrolle

Gemäß § 140 Abs 1 slowak VergG wird der Zugang zum Vergaberechtsschutz vor dem ÚVO bei der Vergabe von sog „Unterschwelenaufträgen“ und von sog „Aufträgen mit niedrigen Auftragswerten“ ausgeschlossen. Da in diesen Vergabeverfahren keine Einwendungen an das ÚVO erhoben werden können, sind hier Kontrollverfahren durch sog „Organe der internen Kontrolle“ iSd § 147 Abs 1 slowak VergG durchzuführen. Gemäß § 147 Abs 2 slowak VergG sind interne Kontrollorgane der AG zur Zusammenarbeit mit dem ÚVO verpflichtet. Die Befugnisse des ÚVO und anderer staatlicher Kontrollorgane bleiben dabei durch die interne Kontrolle iSd § 147 Abs 1 slowak VergG unberührt.

Gemäß § 6 Abs 2 Gesetz über die Kontrolle in der Staatsverwaltung⁴⁸⁸ sind Organe der Staatsverwaltung zur Ausübung von Kontrolltätigkeiten in ihrem Zuständigkeitsbereich nach Maßgabe besonderer Vorschriften⁴⁸⁹ verpflichtet. Gemäß § 14 Abs 2 leg cit haben die Verwaltungsorgane die im Rahmen ihrer Kontrolltätigkeit festgestellten „Unzulänglichkeiten, insbesondere Verstöße gegen allgemein verbindliche Rechtsvorschriften [...] den zuständigen Organen“ mitzuteilen.

⁴⁸⁶ §§ 8 bis 16 slowak Gesetz Nr. 10/1996 über die Kontrolle in der Staatsverwaltung [Zákon č. 10/1996 Z. z. o kontrole v štátnej správe v znení neskorších predpisov].

⁴⁸⁷ ÚVO, Ausbildungsmethodologie für Bewerber für die Erlangung von Fachkompetenzen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens [Školiaca metodológia pre žiadateľov o získanie odbornej spôsobilosti na verejné obstarávanie] (2006) 205.

⁴⁸⁸ slowak Gesetz Nr. 10/1996 über die Kontrolle in der Staatsverwaltung [Zákon č. 10/1996 Z. z. o kontrole v štátnej správe].

⁴⁸⁹ zB slowak Gesetz Nr. 347/1990 über die Organisation von Ministerien und anderen zentralen Organen staatlicher Verwaltung [Zákon č. 347/1990 Z. z. o organizácii ministerstiev a iných ústredných orgánov štátnej správy]; § 13 Gesetz Nr. 322/1992 über die staatliche Statistik [Zákon č. 322/1992 Z. z. o štátnej štatistike]; § 11 Gesetz Nr. 188/1994 über den Schutz des Wirtschaftswettbewerbs [Zákon č. 188/1994 Z. z. o ochrane hospodárskej súťaže].

5.3 Geldbußenverfahren

Gemäß § 112 lit 1) slowak VergG kommt dem ÚVO die Befugnis zur Auferlegung von Geldbußen über den AG als Sanktion für Verwaltungsdelikte zu. Es handelt sich um keine umfassende Sanktionsbefugnis, da die Geldbußen iSd § 149 slowak VergG lediglich über den öffentlichen AG und über den Sektorenauftraggeber verhängt werden. Demgegenüber kann das ÚVO über Bieter keine Geldbuße verhängen, obwohl unzulässige Bieterabsprachen einen ähnlichen volkswirtschaftlichen Schaden wie Vergaberechtsverstöße der AG verursachen können. Eine dem österreichischen § 168b StGB vergleichbare Regelung über unzulässige Submissionskartelle ist dem slowakischen Strafgesetz⁴⁹⁰ fremd.

Gemäß § 149 Abs 4 slowak VergG sind Geldbußenverfahren von Amts wegen einzuleiten. Für die Verfahrenseinleitung gelten eine objektive Frist von drei Jahren ab Begehung des Vergaberechtsverstoßes durch den AG und eine subjektive Frist von einem Jahr ab Kenntnis des ÚVO vom Vergaberechtsverstoß.

Die eingehobenen Geldbußen gehören gemäß § 149 Abs 5 slowak VergG zu den Einnahmen des staatlichen Budgets. Im Jahr 2007 wurden Geldbußen in insgesamt 32 Fällen und in der Höhe von EUR 446.085 verhängt. Unter den bestraften AG waren etwa eine Wärmegesellschaft, die Nationalagentur für die Entwicklung des kleinen und mittleren Unternehmertums, die Nationale Autobahngesellschaft sowie das Ministerium für Inneres.⁴⁹¹

In § 149 slowak VergG werden die mit einer Geldbuße belegten Vergabeverstöße taxativ aufgezählt. Die Sanktionshöhe wird entweder gesetzlich normiert oder erst durch das ÚVO im Rahmen eines (relativ weiten) Ermessensspielraums bestimmt.⁴⁹²

5.3.1 Gesetzlich bestimmte Strafhöhe

Gemäß § 149 Abs 1 lit a) – lit c) slowak VergG ist eine Geldbuße in der Höhe von 5% des Vertragspreises aufzuerlegen, wenn ein Leistungsvertrag unter Umgehung des slowakischen Vergabegesetzes oder ungerechtfertigterweise nach einem Verhandlungsverfahren mit oder ohne vorherige Bekanntmachung geschlossen wurde. Dieselbe Geldbuße wird ferner für die Missachtung der vom AG bekanntgegebenen Zuschlagskriterien und für die unzulässige Aufteilung des Auftragsgegenstandes angedroht.

Gemäß § 149 Abs 1 lit d) und lit e) slowak VergG beträgt die Geldbuße eine fixe Summe von EUR 15.000, wenn ein Leistungsvertrag im Oberschwellenbereich („über dem Limit“) ohne Bekanntmachung und eine Rahmenvereinbarung im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung abgeschlossen wurden.

⁴⁹⁰ Strafgesetz Nr. 300/2005 [Trestný zákon č. 300/2005 Z. z.].

⁴⁹¹ ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2007 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie v roku 2007] (2008) 19, Anhang 5.

⁴⁹² Páleníková, Novelle des Vergabegesetzes mit Wirkung vom 15. November 2008 [Novela zákona o verejnom obstarávaní s účinnosťou od 15. novembra 2008], Justičná Revue 2009/61, 135.

5.3.2 Strafhöhe im Ermessen des ÚVO

Gemäß § 149 Abs 3 slowak VergG ist der Ermessensspielraum des ÚVO bei der Festsetzung der Sanktionshöhe nicht uferlos, sondern durch gesetzliche Kriterien determiniert. Demnach hat das ÚVO bei der Festsetzung der Sanktionshöhe die Natur, die Schwere, die Art und Weise der Begehung sowie die Folgen des Vergaberechtsverstoßes zu berücksichtigen.

Gemäß § 149 Abs 1 lit f) slowak VergG beträgt die Geldbuße bis zu EUR 15.000, wenn der AG eine Anordnung des ÚVO in einer rechtskräftigen Entscheidung missachtet.

Gemäß § 149 Abs 2 slowak VergG beträgt die Geldbuße zwischen EUR 600 und EUR 15.000, wenn der AG die Eignungskriterien im Widerspruch zu § 33 Abs 1 und Abs 2 slowak VergG bewertet; wenn der AG beim Abschluss eines Leistungsvertrages oder einer Rahmenvereinbarung die Voraussetzungen iSd § 45 Abs 2 - Abs 6 slowak VergG nicht einhält (zB Mindeststillhaltefrist von 14 Tagen ab Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an alle betroffenen Bieter); wenn der AG seine Informationspflichten gegenüber dem ÚVO verletzt; wenn der AG bei der Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrags die zwingende elektronische Kommunikationsform iSd § 18 slowak VergG nicht beachtet.

6. Dritte Nachprüfungsstufe: Zivilgerichtliches Verfahren

Im Rahmen des zivilgerichtlichen Rechtsschutzes können beschwerte Bewerber bzw Bieter die Einwendungsentscheidung des ÚVO mittels einer Klage an das Zivilgericht gemäß § 140 Abs 4 slowak VergG anfechten. Die gemeinschaftsrechtliche Konformität der slowakischen Konzeption des Vergaberechtsschutzes mit Art 2 Abs 8 RMRL bzw Art 2 Abs 9 SektRMRL wird erst durch die Möglichkeit der Anrufung des Zivilgerichtes sichergestellt. Das ÚVO stellt nämlich aufgrund der mangelnden ausdrücklichen Garantie für die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit seiner entscheidungsbefugten Mitglieder und aufgrund von Verquickungen mit der Exekutive kein Gericht iSd Art 234 EGV bzw Art 6 EMRK dar.

Im Jahr 2008 wurden insgesamt 23 Klagen gegen Entscheidungen des ÚVO beim zuständigen Kreisgericht in Bratislava und insgesamt zwei Berufungen gegen erstinstanzliche gerichtliche Entscheidungen eingebracht.⁴⁹³

6.1 Klage an Zivilgericht

Gemäß § 140 Abs 4 slowak VergG kann die Entscheidung des ÚVO mittels Klage an das Zivilgericht angefochten werden. Gemäß § 244 Abs 1 slowak Zivilprozessordnung⁴⁹⁴ wird die „Gesetzmäßigkeit von Entscheidungen und Verfahren von Verwaltungsorganen aufgrund von Klagen oder Rechtsmitteln durch Gerichte überprüft“.

Hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit werden rechtskräftige Verwaltungsakte in der ersten Instanz durch das Kreisgericht und in der zweiten Instanz durch das Oberste Gericht der Slowakischen Republik überprüft. Die Parteien des zivilgerichtlichen Verfahrens sind der beschwerte Unternehmer als „Kläger“ iSd § 250 Abs 2 slowak ZPO und das ÚVO als das „belangte Verwaltungsorgan“ iSd § 250 Abs 4 slowak ZPO.

6.1.1 Frist

Gemäß § 250b Abs 1 slowak ZPO ist die zivilgerichtliche Klage gegen die Entscheidung eines Verwaltungsorgans innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu stellen, „wenn kein besonderes Gesetz anderes normiert“. Im öffentlichen Auftragswesen gilt hinsichtlich der Frist zur Erhebung der zivilgerichtlichen Klage gegen die Entscheidung des ÚVO die Norm des § 140 Abs 4 slowak VergG als *lex specialis*. Dementsprechend ist die Klage gegen die Entscheidung des ÚVO innerhalb einer Frist von zehn Tagen ab Zustellung der Entscheidung

⁴⁹³ ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2008 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie za rok 2008] (2009) 19.

⁴⁹⁴ Zivilprozessordnung Nr. 99/1963, zuletzt wiederverlautbart im Gesetz Nr. 40/2006, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 273/2007 [Občiansky súdny poriadok č. 99/1963 Z. z., úplne znenie v zákone č. 40/2006 Z. z. v znení zákona č. 273/2007 Z. z.].

des ÚVO zu erheben. Es handelt sich um eine verfahrensrechtliche Frist, da sie die Vornahme einer prozessrechtlichen Handlung (Klagshebung) regelt.⁴⁹⁵

Die „*relativ kurze*“ Frist von zehn Tagen wird mit der Rechtssicherheit und der Effektivität von Vergabeverfahren begründet.⁴⁹⁶ Die kurze Frist steht jedoch als inhärente Beschränkung des Rechts auf Zugang zum Tribunal in einem Spannungsverhältnis zu Art 6 Abs 1 EMRK.

6.1.2 Verfahren

Gemäß § 250c Abs 1 slowak ZPO hat die Klage grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung auf die Vollstreckbarkeit des angefochtenen Verwaltungsakts. Auf Antrag einer Partei kann die Vollstreckbarkeit jedoch durch Beschluss des zuständigen Zivilgerichts gehemmt werden, „wenn ein ernster Schaden droht“.

Gemäß § 250j Abs 1 slowak ZPO ist die Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes lediglich nach den geltendgemachten Klagsgründen zu prüfen (arg: „in den Schranken der Klage“). Daher sollte der klagserhebende Unternehmer in seiner Klage alle Rechtswidrigkeiten anführen, die seine subjektiven Rechte beeinträchtigen.⁴⁹⁷ Gemäß § 250i Abs 2 slowak ZPO ist das Zivilgericht nicht an den im angefochtenen Verwaltungsverfahren festgestellten Sachverhalt gebunden und kann ein (erneutes) Beweisverfahren durchführen.

6.1.3 Entscheidung

Hinsichtlich der zivilgerichtlichen Entscheidung kommen eine kassatorische sowie eine meritorische Entscheidung in Betracht. Gemäß § 250j Abs 1 slowak ZPO kann das Zivilgericht die Klage durch ein Urteil abweisen, „wenn die Entscheidung und das Verfahren des belangten Verwaltungsorgans in den Schranken der Klage gesetzmäßig“ waren.

Gemäß § 250j Abs 5 slow ZPO kann das Zivilgericht eine meritorische Entscheidung über „Schadenersatz, die finanzielle Erfüllung oder die Geldbuße“ treffen.

Gemäß § 250j Abs 2 lit a) – lit e) slowak ZPO hat das Zivilgericht die angefochtene Entscheidung kassatorisch aufzuheben und an das belangte Verwaltungsorgan zurückzuverweisen. Zwischen der aufhebenden Entscheidung und dem Rechtsverstoß hat ein „*Verhältnis gewisser Proportionalität*“ zu bestehen, sodass eine verwaltungsbehördliche Entscheidung bei einem Rechtsverstoß von einem „*nicht zu vernachlässigenden Ausmaß*“

⁴⁹⁵ Verfassungsgericht der Slowakischen Republik GZ IV. 62/03-39 [Ústavný Súd Slovenskej republiky, sp. zn. IV. 62/03-39]; *Slávik*, Gründe für die Aufhebung angefochtener Entscheidungen eines Verwaltungsorgans durch das Gericht im Verfahren nach dem fünften Kopf und zweiten Teil der Zivilprozessordnung [Dôvody zrušenia napadnutého rozhodnutia správneho orgánu súdom v konaní podľa druhej časti piatej hlavy O.s.p.], *Justičná revue* 2006/2, 212, FN 3.

⁴⁹⁶ *Carrier*, The current state of public procurement in the Slovak Republic, PPLR 2003/2, 94.

⁴⁹⁷ *Kellová*, Gesetz über das öffentliche Auftragswesen – Möglichkeit und Wirksamkeit des Rechtsschutzes von Bieterinnen [Zákon o verejnom obstarávaní – Možnosť a účinnosť súdnej ochrany uchádzačov], *Justičná revue* 2002/10, 1118.

aufzuheben ist.⁴⁹⁸ Im Vergabewesen tritt das Einwendungsverfahren vor dem ÚVO durch die aufhebende Entscheidung des Zivilgerichts in ein solches Stadium zurück, als ob über die Einwendungen des beschwerten Unternehmers noch nicht entschieden worden wäre. Gemäß § 139 Abs 5 slowak VergG gilt im Einwendungsverfahren erneut die Entscheidungspflicht des ÚVO, das unter Bindung an die Rechtsauffassung des Zivilgerichtes iSd § 250j Abs 6 slowak ZPO zu entscheiden hat. Dabei sind die subjektiven Rechte des beschwerten Unternehmers zu „restituieren“.⁴⁹⁹

6.2 Antrag auf Nichtigkeitklärung des Leistungsvertrages

Gemäß § 148 slowak VergG kann das ÚVO innerhalb eines Jahres ab Abschluss eines vergaberechtswidrigen Leistungsvertrages bzw einer Rahmenvereinbarung einen Antrag auf Erklärung seiner Unwirksamkeit an das Zivilgericht stellen. Nach dem Vertragsschluss kann das ÚVO von Vergaberechtsverstößen lediglich im Kontrollverfahren iSd § 146 Abs 3 slowak VergG Kenntnis erlangen. Das Kontrollverfahren ist von Amts wegen einzuleiten oder kann von anderen Personen angeregt werden. Der vergaberechtswidrige Leistungsvertrag bzw die Rahmenvereinbarung bleiben bis zur rechtskräftigen zivilgerichtlichen Nichtigkeitklärung grundsätzlich gültig.

Die aktuelle Gesetzesnovelle⁵⁰⁰ legt eine Ausnahme von der einjährigen Regelfrist für die Beantragung der Nichtigkeitklärung eines vergaberechtswidrigen Vertrages fest. Gemäß § 148a Abs 1 slowak VergG beträgt die Frist für die Beantragung der Nichtigkeitklärung des Konzessionsvertrages bzw einer Zusatzvereinbarung zum Konzessionsvertrag ausnahmsweise nur 30 Tage ab Bekanntmachung des Abchlusses des Konzessionsvertrages im Amtsblatt der EU bzw ab Bekanntmachung des Abchlusses seiner Zusatzvereinbarung im slowakischen Ausschreibungsblatt. In § 148a Abs 3 slowak VergG wird ausdrücklich normiert, dass die Frist für die Beantragung der Nichtigkeitklärung des Konzessionsvertrages bzw seiner Zusatzvereinbarung verfahrensrechtlicher Natur ist (arg: „muss dem Gericht zugestellt werden“). Die jüngste Gesetzesnovelle zielt auf eine raschere Abwicklung von PPP-Projekten ab, deren Finanzierung durch die Banken auch aufgrund der relativ langen einjährigen Regelfrist für die Beantragung der Nichtigkeitklärung eines vergaberechtswidrigen Vertrages

⁴⁹⁸ *Slávik*, Gründe für die Aufhebung angefochtener Entscheidungen eines Verwaltungsorgans durch das Gericht im Verfahren nach dem fünften Kopf und zweiten Teil der Zivilprozessordnung [Dôvody zrušenia napadnutého rozhodnutia správneho orgánu súdom v konaní podľa druhej časti piatej hlavy O.s.p.], *Justičná revue* 2006/2, 214.

⁴⁹⁹ *Kellová*, Gesetz über das öffentliche Auftragswesen – Möglichkeit und Wirksamkeit des Rechtsschutzes von Bieterinnen [Zákon o verejnom obstarávaní – Možnosť a účinnosť súdnej ochrany uchádzačov], *Justičná revue* 2002/10, 1118.

⁵⁰⁰ Gesetzesvorschlag über die Ergänzung des Gesetzes über das öffentliche Auftragswesen Nr 25/2006 [Návrh zákona, ktorým sa dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov]; beschlossen im Nationalrat der Slowakischen Republik am 30.6.2009.

verweigert wurde. Durch die Verkürzung der einjährigen Regelfrist auf nur 30 Tage bei Konzessionsverträgen bzw ihren Zusatzvereinbarungen soll eine „effektive Verwirklichung von Konzessionsverträgen bzw PPP-Projekten“⁵⁰¹ erreicht werden.⁵⁰²

6.3 Schadenersatz

Hinsichtlich des Schadenersatzes erwähnt das slowakische Vergabegesetz an keiner Stelle, ob und zu welchem Umfang beschwerte Unternehmer Schadenersatz erlangen können.⁵⁰³ Die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben iSd Art 2 Abs 1 lit c) RMRL bzw Art 2 Abs 1 lit d) SektRMRL fordern jedoch die Zuerkennung von Schadenersatz an „durch den Rechtsverstoß geschädigte“ Personen.

⁵⁰¹ Erläuternder Bericht zum Gesetzesvorschlag über die Ergänzung des Gesetzes Nr 25/2006 in der geltenden Fassung [Dôvodová správa k návrhu zákona, ktorým sa dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov] (30.6.2009).

⁵⁰² SME, Parlament beschloss Änderungen, die den Autobahnbau beschleunigen sollen [Parlament schválil zmeny, ktoré majú urýchliť stavbu diaľnic] (30.6.2009).

⁵⁰³ Carrier, The current state of public procurement in the Slovak Republic, PPLR 2003/2, 94.

VI. Österreichische Rechtsgrundlagen

Im österreichischen Vergabewesen wurde seit den 1950er Jahren als Richtlinie die ÖNORM A 2050 herangezogen. Die erste gesetzliche Regelung des öffentlichen Auftragswesens wurde durch das BVergG 1993⁵⁰⁴ im Rahmen des Beitritts zum EWR bzw zur EU verwirklicht.⁵⁰⁵ Das erste Vergabegesetz hat nur für AG im Bundesbereich gegolten⁵⁰⁶ und lediglich 108 Paragraphen enthalten. Aufgrund vieler Novellierungen wird das Vergaberecht neuerdings als eine „*besonders unübersichtliche bzw komplexe, jedenfalls schwierige Materie*“ qualifiziert.⁵⁰⁷

Das geltende BVergG 2006 enthält insgesamt 361 Paragraphen. Zwecks Umsetzung des gemeinschaftsrechtlichen Richtlinienpaketes wurde es neu strukturiert und vereinfacht. Während der materielle Teil des BVergG 2006 sowohl im Bundesbereich als auch im Landesbereich gilt, findet der Rechtsschutzteil nur im Bundesbereich Anwendung.

Aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlagen ist die Organisation des österreichischen Vergabewesens „*erstaunlich bunt*“.⁵⁰⁸ Im Landesbereich gelten neun eigene Landesvergaberechtschutzgesetze, die inhaltlich weitgehend dem BVergG entsprechen. In der gegenständlichen Dissertationsarbeit werden auch allfällige landesgesetzliche Abweichungen bzw Besonderheiten dargestellt.

⁵⁰⁴ Bundesvergabegesetz, BGBl. I Nr 462/1993.

⁵⁰⁵ *Bachmann*, Vergaberecht, in *Bachmann* (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht⁶ (2007) 321.

⁵⁰⁶ § 6 BVergG 1993.

⁵⁰⁷ *Holoubek*, Überlegungen zur Struktur eines neuen BVergG, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 164.

⁵⁰⁸ *Pesendorfer*, Der VwGH als nationale Rechtsschutzinstanz im Vergaberecht, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 352.

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben

1.1 Kompetenzgrundlagen

Im österreichischen Vergabewesen lässt sich die Forderung nach einer gesetzlichen Regelung und nach der Einräumung von subjektiven Rechten an Unternehmer bis ins 19. Jahrhundert zurückverfolgen. Der zündende Auslöser für die gesetzliche Regelung und die Anpassung der nationalen Rechtslage an das Gemeinschaftsrecht war jedoch erst der Beitritt Österreichs zum EWR und zur EU.⁵⁰⁹

Hinsichtlich der Kompetenzverteilung gilt im Vergabewesen seit 1. Jänner 2003 ein neues Modell gemäß Art 14b B-VG⁵¹⁰. Durch die Neuregelung konnte die unbefriedigende Rechtszersplitterung und Unübersichtlichkeit beseitigt und "*die seit Jahrzehnten angestrebte [...] Vereinheitlichung der materiellen Basis des Vergaberechts*"⁵¹¹ erreicht werden.

Bei der Regelung des Vergabewesens war es von Anfang an sehr strittig, welchem verfassungsrechtlichen Kompetenztatbestand die Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien zuzuordnen ist. Die Meinungen in der Lehre gingen von der umfassenden Kompetenz des Bundes auf der Kompetenzgrundlage "Zivilrechtswesen" iSd Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG,⁵¹² über die Adhäsionskompetenz des jeweiligen Materiengesetzgebers⁵¹³ bis hin zur als Ausfluss der Organisationshoheit verstandenen, geteilten Kompetenz auseinander.⁵¹⁴ Durch die Rechtsprechung des VfGH wurde die Meinung über die zwischen dem Bund und den Ländern geteilte Kompetenz bestätigt.⁵¹⁵

Die Kompetenzverteilung iSd Art 14b B-VG räumt dem Bund eine umfassende und ausschließliche Kompetenz zur Regelung des materiellen Vergaberechts ein. Demgegenüber ist die Nachprüfung zwischen dem Bund und den Ländern geteilt. Die Kompetenzverteilung spiegelt den „*sehr verständlichen Wunsch [wider], das jeweils eigene Beschaffungswesen nicht aus der Hand [geben zu wollen]*“.⁵¹⁶

Hinsichtlich der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung ist die richtige Umsetzung des Gemeinschaftsrechts besonders zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des EuGH kann sich nämlich ein EU-Mitgliedstaat nicht auf "*Bestimmungen, Übungen oder Umstände seiner internen Rechtsordnung einschließlich solcher, die sich aus seinem bundesstaatlichen*

⁵⁰⁹ Kleiser, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht: Ein Modell zur einfach(er)en Umsetzung von EG-Richtlinien im Bundesstaat, ÖJZ 2003/25, 44.

⁵¹⁰ Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. I Nr 1/1930, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 31/2009.

⁵¹¹ Fruhmann, Das BVergG 2002 – ein einheitliches Vergaberecht für Österreich, ZVB 2002/82.

⁵¹² Thienel, Bundesvergaberecht und Zivilrechtswesen, ÖJZ 1993, 609 ff.

⁵¹³ Korinek/Schwarzer, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Auftragsvergabe (1981) 70.

⁵¹⁴ Pernthaler, Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG aus der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich, in Funk/Marko/Pernthaler (Hrsg), Die innerstaatliche Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG (1992) 70 ff, 109.

⁵¹⁵ VfSlg 15.286/1998.

⁵¹⁶ Pesendorfer, Der VfGH als nationale Rechtsschutzinstanz im Vergaberecht, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 350.

Aufbau ergeben, berufen [...], um die Nichteinhaltung der in einer Richtlinie festgelegten Verpflichtungen und Fristen zu rechtfertigen".⁵¹⁷ Die Kompetenzverteilung iSd Art 14b B-VG stellt daher ein Modell zur einheitlichen und raschen Umsetzung der Gemeinschaftsrichtlinien dar, durch das die Länderinteressen ausreichend gewahrt werden können.⁵¹⁸

1.1.1 Kompetenztatbestand "öffentliches Auftragswesen"

Der neue Kompetenztatbestand "öffentliches Auftragswesen" iSd Art 14b B-VG ist dem Gemeinschaftsrecht entlehnt. Nach den parlamentarischen Materialien handelt es sich beim Begriff des öffentlichen Auftragswesens um einen "offenen Begriff, als er nicht nur zur Umsetzung des derzeit geltenden abgeleiteten Gemeinschaftsrechts [...], sondern auch zur innerstaatlichen Umsetzung künftiger Rechtsakte und der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften auf diesem Gebiet ermächtigen soll".⁵¹⁹ Die Abgrenzung des gegenständlichen Kompetenztatbestands ist daher entsprechend der Versteinerungstheorie aus dem gemeinschaftlichen Primärrecht, aus den sekundärrechtlichen Vergaberichtlinien, aus den nationalen Bestimmungen des BVergG 2002⁵²⁰ sowie aus seinen Vorgängerregelungen⁵²¹ abzuleiten.⁵²²

Der Kompetenztatbestand "öffentliches Auftragswesen" iSd Art 14b B-VG umfasst zwei Regelungskomplexe, sodass terminologisch zwischen dem Vergabeverfahren und der Vergabekontrolle zu unterscheiden ist.⁵²³ Bei der Abgrenzung zwischen dem materiellen Vergabeverfahren und der formellen Vergabekontrolle ergeben sich oft Unschärfen. Während der Materiengesetzgeber inhaltliche Regelungen normiert und subjektive Rechte einräumt, regelt der Verfahrensgesetzgeber nähere Modalitäten und prozessrechtliche Vorkehrungen zur Geltendmachung der materiellrechtlich eingeräumten Ansprüche.⁵²⁴

Der erste Regelungskomplex des Kompetenztatbestandes iSd Art 14b B-VG umfasst das Vergabeverfahren. Zu dieser materiellen Rechtsmaterie gehören inhaltliche Vorgaben für die öffentliche Auftragsvergabe von der Ausschreibung bis zur Zuschlagserteilung (zB Festlegung der Vergabekriterien; Schriftlichkeitsgebot beim Abschluss des privatrechtlichen Leistungsvertrages; vergaberelevante Statistiken und ähnliche flankierende Maßnahmen).⁵²⁵

⁵¹⁷ EuGH 14.6.2001, Rs C-473/99, *Kommission/Österreich*, Rz 12.

⁵¹⁸ *Kleiser*, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht: Ein Modell zur einfach(er)en Umsetzung von EG-Richtlinien im Bundesstaat, ÖJZ 2003/25, 44.

⁵¹⁹ AB 1118 BlgNR 21. GP 9.

⁵²⁰ Bundesvergabegesetz, BGBl. I Nr 99/2002, aufgehoben durch BGBl. I Nr 17/2006.

⁵²¹ Bundesvergabegesetz, BGBl. I Nr 462/1993, idF BGBl. I Nr 917/1993; Bundesvergabegesetz, BGBl. I Nr 56/1997, idF BGBl. I Nr 27/1998.

⁵²² *Rill*, Art 14b B-VG, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (2007), Rz 5 ff.

⁵²³ *Korinek/Schwarzer*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Auftragsvergabe (1981) 64.

⁵²⁴ *Rill*, Art 14b B-VG, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (2007), Rz 32.

⁵²⁵ *Rill*, Art 14b B-VG, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (2007), Rz 19 ff.

Der zweite Komplex des Kompetenztatbestandes iSd Art 14b B-VG umfasst die Vergabekontrolle. Zu dieser formellrechtlichen Materie gehören kontrollverfahrens- sowie organisationsrechtliche Regelungen (zB Rechtsschutz; Organisation von Schlichtung und behördlicher Nachprüfung; Verwaltungsvollstreckungsrecht).⁵²⁶

Das Vergaberecht umfasst neben dem materiellen Vergabeverfahrensrecht und der formellen Vergabekontrolle noch einen dritten Regelungskomplex, der zivilrechtliche Fragen regelt (zB Schadenersatzansprüche übergangener Unternehmer; Schiedsgerichtsbarkeit). In diesem Zusammenhang stellen die "Zivilrechtlichen Bestimmungen" iSd §§ 338-343 BVerG Regelungen des Zivilrechtswesens auf der Kompetenzgrundlage iSd Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG dar.⁵²⁷

Die Kompetenz zur Regelung der Behördenorganisation und des Dienstrechts in den Vergabekontrollbehörden beruht hingegen auf Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG im Bundesbereich und auf Art 15 Abs 1 B-VG im Landesbereich.⁵²⁸

1.1.2 Gesetzgebungskompetenz

Entsprechend der Generalklausel des Art 14b Abs 1 B-VG ist für die Gesetzgebung in den "Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens" grundsätzlich der Bund zuständig. Diese Generalklausel ist der Schlüssel zur materiellrechtlichen Vereinheitlichung des Vergaberechts für den Bund und die Länder.⁵²⁹ Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist umfassend, da sie sich auf das materielle Vergaberecht, das Vergabekontrollverfahren, die Vollstreckung sowie auf das Verwaltungsstrafverfahren bezieht. Entsprechend dem Adhäsionsprinzip zieht die Materienkompetenz auch die Kompetenz zur Regelung des Verfahrensrechtes nach sich.

Nur als Ausnahme von der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes weist Art 14b Abs 3 B-VG die Gesetzgebungskompetenz "in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Abs 2 Z 2" den Ländern zu. Die Gesetzgebungskompetenz der Länder iSd Art 14b Abs 3 B-VG knüpft an ihre in Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG umschriebene Vollzugskompetenz an.⁵³⁰ Im Landesbereich sind daher neun eigene Landesvergaberechtschutzgesetze zu beachten.⁵³¹

⁵²⁶ Rill, Art 14b B-VG, in *Rill/Schäffer* (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (2007), Rz 25 ff.

⁵²⁷ Denk, Art 14 B-VG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007) Rz 26.

⁵²⁸ AB 1118 BldNR 21. GP 9.

⁵²⁹ Kleiser, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht: Ein Modell zur einfach(er)en Umsetzung von EG-Richtlinien im Bundesstaat, ÖJZ 2003/25, 44.

⁵³⁰ Die zwischen dem Bund und den Ländern geteilte Vollzugskompetenz iSd Art 14b Abs 2 B-VG wird unter Punkt VI.1.1.3 dargestellt.

⁵³¹ Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz, LGBl. Nr 66/2006 (im Folgenden: "Bgl. VergRSG"); Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, LGBl. Nr 17/2003 idF LGBl. Nr 74/2006 (im Folgenden: "K-VergRG"); Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl. Nr 122/2006 (7200-1) (im Folgenden: "Nö. Verg-NG"); Oberösterreichisches Vergaberechtsschutzgesetz, LGBl. Nr 130/2006 (im Folgenden: "Oö. VergRSG"); Salzburger Vergabekontrollgesetz, LGBl. Nr 28/2007,

Die materielle Vereinheitlichung des Vergaberechts wird durch Art 14b Abs 5 B-VG bestärkt. Demnach sind Durchführungsverordnungen zu den Bundesgesetzen iSd Art 14b Abs 1 B-VG ebenfalls grundsätzlich vom Bund zu erlassen, "soweit in diesen Bundesgesetzen nicht anderes bestimmt ist". Durch die Ausnahme können länderspezifische Regelungen getroffen werden, die aufgrund der Besonderheit des Einzelfalls sachgerecht erscheinen (zB Ermächtigung von Landesregierungen zur Erlassung einer Verordnung über die Veröffentlichung von Bekanntmachungen in länderspezifischen Publikationsmedien gemäß §§ 52 Abs, 55 Abs 1, 216 Abs 1, 219 Abs 2 BVergG).⁵³²

1.1.2.1 Mitwirkung der Länder

Die umfassende und ausschließliche Bundeskompetenz zur Regelung des materiellen Vergaberechts wird durch zwei "Fesseln" iSd Art 14b Abs 4 B-VG beschränkt.⁵³³ Die Kompetenzübungsschranken für den Bund stellen zwei Facetten der Länderbeteiligung dar, die von der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben des Bundes bis zu ihrer Kundmachung andauern.

Die erste Kompetenzübungsschranke besteht darin, dass der Bund den Ländern Gelegenheit zur Mitwirkung an der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben zu geben hat. Nach den parlamentarischen Materialien wird durch die Kompetenzausübungsschranke bezweckt, "*den Ländern Gelegenheit zu geben, ihre in der Vollziehungspraxis gemachten Erfahrungen bereits im Stadium der Erarbeitung von entsprechenden Gesetzentwürfen einzubringen. Die Mitwirkung soll dabei in der Form erfolgen, wie sie aus Anlass der Erarbeitung des BVergG [2002] von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Vereinheitlichung des Vergaberechtes praktiziert worden ist*"⁵³⁴. Eine bloße Anhörung der Länder reicht dabei nicht aus.⁵³⁵ Vielmehr sind die Länder bereits in der frühen Phase der legislativen Gestaltung von Gesetzesvorhaben einzubinden (dh vor der Aussendung zur Begutachtung). Aus Ländersicht ist dadurch eine "*echte, konstruktive Mitgestaltung*" möglich.⁵³⁶ Das Mitwirkungsrecht der Länder besteht unverständlicherweise auch bei der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben betreffend

zuletzt geändert durch LGBl. Nr 24/2009 (im Folgenden: "S.VKG"); Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz, LGBl. Nr 154/2006 (im Folgenden: "Stmk. VergRG"); Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz, LGBl. Nr 70/2006 (im Folgenden: "Tir. Verg-NG"); Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz, LGBl. Nr 1/2003 idF LGBl. Nr 53/2006 (im Folgenden: "Vlbg. Verg-NG"); Wiener Vergaberechtsschutzgesetz, LGBl. Nr 65/2006, zuletzt geändert durch LGBl. Nr 18/2009 (im Folgenden: "WVRG").

⁵³² Kleiser, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht: Ein Modell zur einfach(er)en Umsetzung von EG-Richtlinien im Bundesstaat, ÖJZ 2003/25, 44.

⁵³³ Rill, Art 14b B-VG, in Rill/Schäffer (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (2007), Rz 52.

⁵³⁴ AB 1118 BlgNR 21. GP 10.

⁵³⁵ Klaushofer, Art 14b B-VG, ZfV 2003/1406, 641.

⁵³⁶ Kleiser, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht: Ein Modell zur einfach(er)en Umsetzung von EG-Richtlinien im Bundesstaat, ÖJZ 2003/25, 44.

Bundesvergabekontrolle, wobei das Mitwirkungsrecht jedoch auf die bloße Einbindung in das Gesetzgebungsverfahren beschränkt ist.⁵³⁷

Die zweite Kompetenzausübungsschranke bildet das Zustimmungsrecht der Länder bei der Kundmachung von Bundesgesetzen und Durchführungsverordnungen iSd Art 14b Abs 1 bzw Abs 5 B-VG, deren Vollziehung Landessache ist. Die zwingende Zustimmung der Länder bedeutet, dass die Berücksichtigung von Länderinteressen ausreichend sichergestellt werden kann. Von den Ländern ist daher ein verantwortungsbewusstes Umgehen mit diesem Instrument zu verlangen, umso mehr wenn es sich um die notwendige Umsetzung des Gemeinschaftsrechts handelt.⁵³⁸

1.1.3 Vollziehungskompetenz

Gemäß Art 14b Abs 2 B-VG ist die Vollziehungskompetenz zwischen dem Bund und den Ländern aufgeteilt (im Unterschied zu der nur im Bereich der Nachprüfung eingeschränkten Gesetzgebungskompetenz des Bundes). Unter dem Begriff "Vollziehung" ist nicht die Abwicklung von Vergabeverfahren bzw die Anwendung des Vergaberechts durch den AG zu verstehen. Bei der Vollziehung iSd Art 14b Abs 2 B-VG handelt es sich vielmehr um die Besorgung der Vergabekontrolle durch die zuständigen Behörden.⁵³⁹ Zur Vollziehung zählt auch die Erlassung von Durchführungsverordnungen durch den Bund und die Länder iSd Art 14b Abs 5 B-VG.

Die Teilung der Vollziehungskompetenz erfolgt anhand der betroffenen AG in einer sehr detaillierten Aufzählung iSd Art 14b Abs 2 Z 1 lit a) – lit g) und Z 2 lit a) – lit f) B-VG. Abweichend von der Terminologie der gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien und des BVergG unterscheidet der Kompetenztatbestand nicht zwischen den Sektorenauftraggebern und den öffentlichen AG, sondern stellt generell auf einen "Auftraggeber" ab. Entsprechend der weiten Auslegung umfasst der Begriff auch die Vertragspartner von Dienstleistungs- und Baukonzessionären, die Veranstalter von Wettbewerben und die Veräußerer von Grundstücken.⁵⁴⁰ Die verfassungsrechtliche Teilung der Vollziehungskompetenz sieht – vereinfacht dargestellt – vor, dass Auftragsvergaben durch AG im Bundesbereich iSd Art 14b Abs 2 Z 1 lit a) – lit e) und lit g) B-VG der Vergabekontrolle des Bundes vorbehalten sind und Auftragsvergaben durch AG im Landesbereich iSd Art 14b Abs 2 Z 2 lit a) – lit e) B-VG der Vergabekontrolle des betreffenden Landes unterliegen. Aus Ländersicht ist die Aufteilung

⁵³⁷ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 40.

⁵³⁸ Kleiser, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht: Ein Modell zur einfach(er)en Umsetzung von EG-Richtlinien im Bundesstaat, ÖJZ 2003/25, 44.

⁵³⁹ Rill, Art 14b B-VG, in Rill/Schäffer (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (2007), Rz 41.

⁵⁴⁰ Rill, Art 14b B-VG, in Rill/Schäffer (Hrsg), Bundesverfassungsrecht Kommentar (2007), Rz 10.

der Vollziehung in Art 14b Abs 2 B-VG vom Gedanken des Schwergewichts der Vollziehung bei den Ländern getragen. Dadurch wird der sog "Vollzugföderalismus" gestärkt.⁵⁴¹

In der Vergabepaxis werden die starren Kompetenzgrenzen häufig überschritten und öffentliche Aufträge gemeinsam durch mehrere AG aus verschiedenen Kompetenzbereichen vergeben. Bei diesen kompetenzüberschreitenden Auftragsvergaben ist nach dem Anteil am geschätzten Gesamtauftragswert zu bestimmen, ob für die Vergabekontrolle der Bund gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit f) B-VG oder ein Land gemäß Art 14b Abs 2 Z 2 lit f) B-VG zuständig ist.⁵⁴²

1.1.4 Zwingendes Recht

Die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde richtet sich ex lege nach Art 14b B-VG. Sie kann nicht durch eine anderslautende Festlegung des AG in den Ausschreibungsunterlagen begründet werden. Das Rechtsschutzregime sowie der Geltungs- und Anwendungsbereich des BVergG sind als zwingendes Recht zu qualifizieren, das nicht durch Parteienvereinbarung abbedungen werden kann.⁵⁴³

Die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde hängt gemäß Art 14b B-VG von der Vorfrage ab, ob der AG iSd § 2 Z 8 BVergG tatsächlich dem Bund oder einem Land zuzurechnen ist. Nach der Rechtsprechung des VfGH ist es für die Frage der Zuständigkeit „*allein maßgebend, von wem die zu überprüfende Entscheidung stammt, nicht aber ob in einem anderen Stadium des Verfahrens eine andere Person als öffentlicher Auftraggeber bezeichnet wurde*“.⁵⁴⁴ Die Bekanntgabe einer unzuständigen Vergabekontrollbehörde in den Ausschreibungsunterlagen hat daher keine Auswirkungen auf die gesetzliche Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde.

Wird der Nachprüfungsantrag bei einer fälschlich bekanntgegebenen, unzuständigen Behörde eingebracht, hat die unzuständige Behörde den Antrag ohne unnötigen Aufschub iSd § 6 Abs 1 AVG⁵⁴⁵ an die zuständige Behörde durch formlose Verfügung weiterzuleiten. Nach der Rechtsprechung des VwGH berechtigt die Unzuständigkeit der Behörde nicht zur Zurückweisung des Antrags, da der Zurückweisungsbescheid als abschließende Entscheidung über den Antrag qualifiziert werden kann.⁵⁴⁶ Die Erlassung eines Zurückweisungsbescheides

⁵⁴¹ Kleiser, Die neue Kompetenzverteilung im Vergaberecht: Ein Modell zur einfach(er)en Umsetzung von EG-Richtlinien im Bundesstaat, ÖJZ 2003/25, 44.

⁵⁴² Fruhmann, Das BVergG 2002 – ein einheitliches Vergaberecht für Österreich, ZVB 2002/82.

⁵⁴³ Hahnl, Unrichtige Auftraggeberfestlegungen und die Auswirkungen auf den Vergaberechtsschutz nach dem BVergG 2006, RPA 2006/3, 119.

⁵⁴⁴ VfGH 13.10.2005, K I-2/05 ua, B 573/05 ua.

⁵⁴⁵ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz, BGBl. I Nr 51/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 20/2009.

⁵⁴⁶ VwGH 4.12.1996, 96/21/0041; VwGH 13.9.2006, 2006/12/0046; VwGH 4.2.2009, 2007/12/0062.

ist auch dann unzulässig, wenn die Partei auf der Entscheidung der unzuständigen Behörde beharrt.⁵⁴⁷

1.2 Gleichheitssatz

Entsprechend dem Grundsatz der doppelten Bindung hat der nationale Gesetzgeber nicht nur die gemeinschaftsrechtlichen, sondern auch die verfassungsrechtlichen Vorgaben zu beachten. Hinsichtlich des Vergabewesens verbietet der verfassungsrechtlich garantierte Gleichheitssatz iSd Art 7 Abs 1 B-VG und Art 2 StGG⁵⁴⁸ einen gänzlichen Verzicht auf außenwirksame Regelungen sowie einen generellen Ausschluss des vergabespezifischen Rechtsschutzes unterhalb der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte. Nach der Rechtsprechung des VfGH ist der Unterschwellenbereich jedenfalls einer gesetzlichen Regelung zu unterwerfen, wobei ein vereinfachtes Vergaberegime und ein beschleunigtes Vergabekontrollverfahren zulässig sind.⁵⁴⁹ Der Gesetzgeber sei bei der Regelung des Unterschwellenbereichs nicht gehalten, „einen gleich umfänglichen Rechtsschutz wie in Fällen des Oberschwellenbereichs zu gewähren“.⁵⁵⁰ Aufgrund der höchstgerichtlichen Rechtsprechung wurde der Geltungsbereich des BVergG 2002 und des BVergG 2006 auch auf öffentliche Auftragsvergaben unterhalb der gemeinschaftsrechtlichen Schwellenwerte erstreckt.

1.3 Rechtsstaatliches Prinzip

Aus dem rechtsstaatlichen Prinzip der Bundesverfassung sind wichtige Anforderungen an die Effektivität des Vergaberechtsschutzes abzuleiten. Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH muss ein System von Rechtsschutzeinrichtungen bestehen, die „ihrer Zweckbestimmung nach ein gewisses Mindestmaß an faktischer Effektivität“ aufweisen.⁵⁵¹ Im Vordergrund steht die Sicherstellung eines „ausgewogenen Rechtsschutzes, der allen gegenläufigen Interessen Rechnung trägt“. In diesem Zusammenhang sind das Interesse des beschwerten Unternehmers am raschen Provisorialrechtsschutz, das öffentliche Interesse sowie das Interesse des AG an einer raschen Auftragsvergabe gegeneinander abzuwägen.⁵⁵²

⁵⁴⁷ VfGH 19.1.2001, 2000/19/0131.

⁵⁴⁸ Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger für die im Reichsrathe vertretenen Königreiche und Länder, RGBl. Nr 142/1867.

⁵⁴⁹ VfGH 1.11.2000, G 110/99, VfSlg 16.027/2000 = ÖZW 2001, 11 ff (Thienel); VfGH 9.10.2001, G 10/01.

⁵⁵⁰ VfGH 19.6.2006, B 3378/05.

⁵⁵¹ VfGH 11.12.1986, G 119/86; VfSlg 11.196/1986.

⁵⁵² Thienel, Gesondert und verbunden anfechtbare Entscheidungen, in Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004), 349 ff.

2. Vergabespezifischer Rechtsschutz

Die Konstruktion des österreichischen Vergaberechtschutzes wird durch die verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben bestimmt. Er umfasst über die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der (Sekt)RMRL hinaus auch den Unterschwellenbereich.⁵⁵³

Beim Vergaberechtsschutz wird zwischen dem vergaberechtlichen Primärrechtsschutz vor der Beendigung des Vergabeverfahrens iSd § 320 ff BVergG und dem zivilrechtlichen Sekundärrechtsschutz nach der Beendigung des Vergabeverfahrens iSd § 338 ff BVergG unterschieden. Während der Primärrechtsschutz die Schaffung eines spezifischen verwaltungsbehördlichen Vergabekontrollverfahrens verlangt, ist der Sekundärrechtsschutz auf die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen beschränkt.⁵⁵⁴ Dabei gilt der Vorrang des Primärrechtsschutzes, der seinen Ausdruck in der Nichtigerklärung von Entscheidungen des AG, in den strengen Präklusionsfristen sowie in der allgemeinen Schadensminderungspflicht des beschwerten Unternehmers findet.⁵⁵⁵

Entsprechend den verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlagen sprechen über die gleichen materiellen Vergabevorschriften zehn verschiedene Vergabekontrollbehörden ab.⁵⁵⁶ Dieser „Luxus“⁵⁵⁷ regt daher zur Diskussion über die Vereinheitlichung des Rechtsschutzes an. Auf der Bundesebene wird die Vergabekontrolle durch das Bundesvergabeamt iSd § 291 Abs 2 BVergG und auf der Landesebene durch die Unabhängigen Verwaltungssenate und die Unabhängigen Vergabekontrollsenate Wien und Salzburg gewährleistet.

2.1 Einstufige Vergabekontrollverfahren vor dem BVA

Gemäß § 291 Abs 2 BVergG entscheidet das BVA in der ersten und letzten Instanz. Beim Vergabekontrollverfahren wird terminologisch zwischen dem Nachprüfungsverfahren, dem Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung und dem Feststellungsverfahren unterschieden. Lediglich das Feststellungsverfahren kann auch nach der formellen Beendigung des Vergabeverfahrens eingeleitet werden.

2.2 Beschwerdeverfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts

Im öffentlichen Auftragswesen können beschwerte Unternehmer den Bescheid des BVA mittels Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts anfechten. Angesichts des zersplitterten Rechtsschutzes tragen die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts unabdingbar zur

⁵⁵³ VfGH 3.11.2000, G 110/99-8.

⁵⁵⁴ Thienel, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 47. 51.

⁵⁵⁵ Reisner, Der Widerruf des Vergabeverfahrens, in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 315.

⁵⁵⁶ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 127.

⁵⁵⁷ Schwartz, Die Neuerungen des BVergG 2006, RPA 2005, 214.

einheitlichen Rechtsprechung bei.⁵⁵⁸ Sie treffen wichtige „Grundsatzentscheidungen“⁵⁵⁹ durch qualifizierte Richter und sprechen oft ein „Machtwort“⁵⁶⁰. Während der VfGH die Vergabekontrolle in Form einer Grobprüfung ausübt, führt der VwGH die Vergabekontrolle in Form einer Feinprüfung durch.⁵⁶¹

Die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts sind als letztinstanzliche Gerichte iSd Art 234 EGV zu qualifizieren. Bei Zweifeln über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts sind sie daher zur Stellung eines Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH verpflichtet.⁵⁶²

Die Zuständigkeit des VfGH besteht gemäß Art 144 Abs 1 B-VG zur Entscheidung über Beschwerden wegen (behaupteter) Verletzung eines verfassungsgesetzlich garantierten Rechtes. Nach der Rechtsprechung des VfGH verlangt dies „spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen“.⁵⁶³ Im Vergabewesen hat der VfGH bereits mehrfach über Beschwerden wegen Verletzung des Gleichheitssatzes⁵⁶⁴ und des Rechts auf den gesetzlichen Richter⁵⁶⁵ abgesprochen. Gemäß Art 144 Abs 2 B-VG kann der VfGH die Behandlung einer Beschwerde ablehnen, wenn sie keine hinreichende Aussicht auf Erfolg hat oder wenn von der Entscheidung keine Klärung einer verfassungsrechtlichen Frage zu erwarten ist.

Macht der VfGH von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch, besteht im Fall eines Abtretungsantrages der Verfahrenspartei die Zuständigkeit des VwGH zur Entscheidung über die Verletzung sonstiger (einfachgesetzlich garantierter) Rechte gemäß Art 131 Abs 1 Z 1 B-VG. Im Vergabewesen kann der VwGH die Behandlung einer Beschwerde gegen den Bescheid eines UVS, VKS oder des BVA gemäß Art 131 Abs 3 B-VG ablehnen, wenn die Entscheidung nicht von einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung abhängt. Gemäß Art 132 B-VG ist der VwGH überdies zur Entscheidung über eine Säumnisbeschwerde gegen die Untätigkeit des BVA zuständig, da das BVA eine letztinstanzliche Behörde darstellt.

Die Beschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts entfaltet grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Nach der Rechtsprechung wird ihre Zuerkennung iSd § 30 Abs 2 VwGG⁵⁶⁶ bzw § 85 Abs 2 VfGG⁵⁶⁷ sehr restriktiv gehandhabt.⁵⁶⁸ Im Vergabewesen bewirkt daher die Erhebung einer Beschwerde gegen den Bescheid der Vergabekontrollbehörde

⁵⁵⁸ *Pesendorfer*, Der VwGH als nationale Rechtsschutzinstanz im Vergaberecht, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVerGG 2006 (2005) 354.

⁵⁵⁹ *Huber-Matauschek*, 4. Österreichische Vergaberechtstagung am 1. Februar in Wien, ZVB 2006/30.

⁵⁶⁰ *Mickel/Sachs*, Die Entscheidungen des VwGH und des VfGH als Leitlinien für das BVerGG 2006, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVerGG 2006 (2005) 380.

⁵⁶¹ *Pesendorfer*, Der VwGH als nationale Rechtsschutzinstanz im Vergaberecht, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVerGG 2006 (2005) 353.

⁵⁶² *Elsner/Keisler/Hahnl*, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 224.

⁵⁶³ VfGH 26.11.2002, B 1496/02-4, B 1678/02-3; VfGH 28.2.2005, B 455/04-22, G 43/04-22.

⁵⁶⁴ VfGH 20.6.2001, B 1560/00.

⁵⁶⁵ VfSlg 15.507/1999; VfSlg 16.132/2001; VfSlg 16.183/2001; VfGH 10.12.2001, B 405/99.

⁵⁶⁶ Verwaltungsgerichtshofgesetz, BGBl. I Nr 10/1985, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 4/2008.

⁵⁶⁷ Verfassungsgerichtshofgesetz, BGBl. I Nr 85/1953, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 4/2008.

⁵⁶⁸ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 127.

regelmäßig keine Verzögerung des zugrundeliegenden Vergabeverfahrens. Das Verfahren vor dem Gerichtshof des öffentlichen Rechts wird viel öfter als allgemein angenommen durch die Rückziehung der Beschwerde oder die Gegenstandsloserklärung des höchstgerichtlichen Verfahrens beendet (zB aufgrund der privatrechtlichen Einigung zwischen den Streitparteien oder aufgrund der zwischenzeitig erfolgten Zuschlagserteilung).⁵⁶⁹

⁵⁶⁹ *Mickel/Sachs*, Die Entscheidungen des VwGH und des VfGH als Leitlinien für das BVergG 2006, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 393, 394.

3. Österreichisches Bundesvergabeamt BVA

Gemäß § 291 Abs 1 BVergG wurde das BVA als Sonderkontrollbehörde sui generis beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit in Wien eingerichtet.⁵⁷⁰ Die Vergabekontrolle durch das BVA zeichnet sich durch eine hohe Professionalität aus, die nicht zuletzt auf die gute Organisation, die Erweiterung des Vergaberechtsschutzes „bis zum 1-Cent-Auftrag“ und die Durchführung jährlicher Vergaberechtstagungen samt Tagungsbänden zurückzuführen ist.⁵⁷¹

3.1 Organisation

Gemäß § 302 Abs 1 BVergG steht an der organisatorischen Spitze des BVA der Vorsitzende des BVA, dem die Leitung, die Regelung des Dienstbetriebes sowie die Aufsicht über das Personal obliegt. Zu den weiteren Organen des BVA gehören die Vollversammlung iSd § 307 Abs 1 BVergG und die Bedienstetenversammlung iSd § 307 Abs 5 BVergG. Während die Vollversammlung aus allen Mitgliedern des BVA besteht, setzt die Bedienstetenversammlung sich lediglich aus hauptberuflich tätigen Verwaltungsbeamten zusammen, die im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Bund stehen⁵⁷².

Die innere Organisation wird in der Geschäftsordnung und Geschäftsverteilung des BVA näher geregelt. Gemäß § 308 BVergG sind die Geschäftsordnung und -verteilung von der Vollversammlung zu beschließen und im Internet kundzumachen. Die Geschäftsordnung legt den Ablauf von Beratungen in den Senaten sowie die Kundmachungsart von mündlichen Verhandlungen fest. Die Geschäftsverteilung regelt hingegen die Anzahl und die Bildung von Senaten. Dabei ist das Gebot einer Vorausverteilung der anfallenden Geschäfte nach festen Grundsätzen zu beachten.

Zur Gewährleistung einer möglichst einheitlichen Spruchpraxis des BVA unter voller Wahrung der Unabhängigkeit seiner Organe sind alle Entscheidungen von der Evidenzstelle iSd § 310 Abs 1 BVergG zu dokumentieren und evident zu halten.

3.1.1 Geschäftsführung

Die Geschäftsführung des BVA wird durch einen Geschäftsapparat iSd § 309 Abs 1 BVergG wahrgenommen, dessen Personal- und Sachmittel vom BMWA bereitzustellen sind. Zur Sicherstellung einer unabhängigen Geschäftsführung ist das administrative Personal fachlich nur an die Weisungen des Vorsitzenden des BVA gebunden und kann von der Funktion nur nach Anhörung des Vorsitzenden des BVA enthoben werden.

⁵⁷⁰ Thienel, Rezension: *Sachs/Thanner* (Hrsg), Verfahren vor Sonderbehörden (2006), ZfV 2007/2085, 942.

⁵⁷¹ Pachner, BVA „neu“ – eine kritische Bewertung aus Auftraggebersicht, ZVB 2006/3 ff.

⁵⁷² ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 131.

Die Unterbrechung des Weisungszusammenhangs zum BMWA iSd § 309 Abs 2 BVergG ist aufgrund der B-VG-Novelle 2008⁵⁷³ nicht mehr verfassungsrechtlich abgesichert. Durch die Novelle wurden eine umfassende Abschaffung von Verfassungsbestimmungen in einfachen Gesetzen und die Bereinigung des zersplitterten Verfassungsrechts außerhalb des B-VG angestrebt.⁵⁷⁴ In diesem Sinne wurde der Verfassungsrang des § 309 Abs 2 und des § 295 BVergG betreffend die Weisungsfreistellung von Mitgliedern des BVA durch den novellierten Art 20 Abs 2 Z 2 B-VG beseitigt. Demnach können Organe zur Kontrolle in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens durch eine einfachgesetzliche Regelung von der Bindung an Weisungen der ihnen vorgesetzten Organe freigestellt werden. Als Substitut für die fehlende Weisungsgebundenheit des Organs wird jedoch „ein der Aufgabe des weisungsfreien Organs angemessenes Aufsichtsrecht der obersten Organe“ normiert. Das Aufsichtsrecht hat jedenfalls ein umfassendes Informationsrecht zu umfassen. Die novellierte Bestimmung des Art 20 Abs 2 Z 2 B-VG bezweckt die Einfügung von weisungsfreien Verwaltungsbehörden in das demokratische Verwaltungsorganisationskonzept des B-VG. Die nähere Ausgestaltung des angemessenen Aufsichtsrechtes obliegt dem einfachen Gesetzgeber. Sein Gestaltungsspielraum findet jedenfalls dort seine verfassungsrechtliche Grenze, wo die Aufsicht in eine „Führung“ der Verwaltung iSd Art 20 Abs 1 B-VG umschlagen würde.⁵⁷⁵

Die oft kritisierte Verflechtung der Vergabekontrollbehörde mit einer Dienststelle des BMWA ist unbedenklich. Das administrative Personal wirkt nämlich nicht an der Entscheidungsfindung mit und ist überdies zur administrativen Erledigung der Geschäftsfälle absolut erforderlich.⁵⁷⁶

3.1.2 Mitglieder

Gemäß § 292 Abs 1 BVergG ist das BVA aus einem Vorsitzenden, einem stellvertretenden Vorsitzenden, aus der erforderlichen Anzahl von Senatsvorsitzenden und der erforderlichen Anzahl von sonstigen Mitgliedern zusammengesetzt, die vom Bundespräsidenten auf Vorschlag der Bundesregierung ernannt werden. Während der Vorsitzende, sein Stellvertreter und die Senatsvorsitzenden hauptberufliche Beamte sind, werden die sonstigen Mitglieder zu gleichen Teilen aus dem Kreis der Auftragnehmer (zB Wirtschaftskammer Österreich, Bundes-Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer) und aus dem Kreis der Auftraggeber (zB Bundesministerien, Selbstverwaltungskörper, Sektorenauftraggeber) bestellt⁵⁷⁷. Nach der

⁵⁷³ Bundesverfassungsgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Erstes Bundesverfassungsrechtsbereinigungsgesetz erlassen wird, BGBl. I Nr 2/2008.

⁵⁷⁴ ErläutRV 314 BlgNr 23. GP 2.

⁵⁷⁵ *Öhlinger*, Weisungsfreie Verwaltungsbehörden nach der B-VGNovelle BGBl I 2008/2: Verfassungs- und Verwaltungsreform 2008, JRP 2008/2, 88.

⁵⁷⁶ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 132.

⁵⁷⁷ *Sachs*, Verfahren im Öffentlichen Beschaffungswesen – Vergaberecht – Bundesvergabebeamte, in *Sachs/Thanner* (Hrsg), Verfahren vor Sonderbehörden (2006) 287.

Rechtsprechung des VfGH bestehen „gegen die *paritätische Zusammensetzung der Spruchkörper des BVA ebenso wenig Bedenken wie gegen die konkrete Mitwirkung [...] an der Entscheidungsfindung*“.⁵⁷⁸

3.1.3 Senate

Gemäß § 303 Abs 1 BVergG wird das BVA grundsätzlich in Senaten tätig, die aus einem Vorsitzenden und aus zwei Beisitzern bestehen. Während der Vorsitzende des Dreier-Senates der Vorsitzende des BVA, sein Stellvertreter oder ein Senatsvorsitzender zu sein hat, muss ein Beisitzer dem Kreis der Auftraggeber und der andere Beisitzer dem Kreis der Auftragnehmer angehören.

Beim Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht hingegen keine Zuständigkeit von Senaten. Gemäß § 306 Abs 1 BVergG hat über den Antrag auf Erlassung einer EV aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist der jeweilige Senatsvorsitzende zu entscheiden.

3.2 Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit

Die Weisungsfreiheit der Mitglieder des BVA ist ausdrücklich in § 295 BVergG garantiert, da das BVA keine Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag iSd Art 133 Z 4 B-VG darstellt.⁵⁷⁹ Der früher normierte Verfassungsrang des § 295 BVergG wurde durch die B-VG-Novelle 2008 beseitigt. Der novellierte Art 20 Abs 2 Z 2 B-VG sieht die Weisungsfreiheit von Organen zur Kontrolle in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens vor.

Die Unabhängigkeit der Mitglieder des BVA wird in § 292 BVergG normiert. Der Vorsitzende und der stellvertretende Vorsitzende des BVA werden auf unbestimmte Zeit ernannt. Die Funktionsdauer der Senatsvorsitzenden und der sonstigen Mitglieder des BVA beträgt fünf Jahre, was der Rechtsprechung des EGMR entspricht⁵⁸⁰. In § 293 BVergG werden bestimmte Funktionen aufgezählt, deren Ausübung mit der Mitgliedschaft im BVA unvereinbar ist.

Treten in einem konkreten Vergabekontrollverfahren Bedenken hinsichtlich der vollen Unabhängigkeit eines Mitglieds des BVA auf, sind die Befangenheitsregeln iSd § 296 BVergG iVm § 7 AVG anzuwenden.⁵⁸¹ Gemäß § 296 Abs 2 BVergG können die Parteien einen begründeten Ablehnungsantrag stellen. Nach der Spruchpraxis des BVA liegt keine Befangenheit oder Parteilichkeit des Senatsvorsitzenden vor, wenn er den Parteien fehlerhafte oder möglicherweise unvollständige Ermittlungsergebnisse mitteilt und ihnen Gelegenheit zur

⁵⁷⁸ VfGH 27.9.2004, B 533/02-8.

⁵⁷⁹ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 129.

⁵⁸⁰ EGMR *Campbell und Fell*, 28.6.1984, 10/19821/52/85-86, EuGRZ 1985, 534; EGMR *Sramek*, 22.10.1984, 8790/79, Rz 38, EuGRZ 1985, 336.

⁵⁸¹ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 128.

Stellungnahme einräumt und damit zur „*Aufklärung und Objektivierung von Tatsachenfeststellungen*“ beitragen lässt.⁵⁸²

Die Amtsenthebung eines Mitglieds des BVA ist gemäß § 294 BVergG nur in den gesetzlich bestimmten Fällen und nur durch Beschluss der Bedienstetenversammlung bzw der Vollversammlung des BVA unter Beachtung des normierten Präsenz- und Konsensquorums möglich. Die Amtsenthebung ist als Bescheid zu qualifizieren, der mittels Beschwerde an den VwGH oder VfGH angefochten werden kann.⁵⁸³

⁵⁸² BVA 29.9.2008, N/0076-BVA/08/2008-172 u.a. = RPA 2008/6, 336.

⁵⁸³ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 128.

4. Vergabekontrollbehörden der Länder

Entsprechend den verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlagen wird die Vergabekontrolle im Landesbereich durch neun verschiedene Vergabekontrollbehörden ausgeübt. Die Länder besitzen die Wahlmöglichkeit, ob sie zur vergabespezifischen Nachprüfung die Unabhängigen Verwaltungssenate oder eigene Vergabekontrollbehörden für zuständig erklären.⁵⁸⁴ Bei der Ausübung dieser Wahlmöglichkeit unterliegen die Länder jedoch der doppelten Bindung an das Gemeinschaftsrecht und an das nationale Verfassungsrecht. Während in Salzburg und Wien eigene Vergabekontrollsenate als Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag iSd Art 133 Z 4 B-VG eingerichtet sind, wird die Vergabekontrolle in den übrigen Ländern durch die UVS als Tribunale iSd Art 234 EGV gewährleistet.

4.1 Unabhängige Verwaltungssenate

Die Zuständigkeit von UVS zur landesspezifischen Vergabekontrolle beruht auf Art 129a Abs 1 Z 3 B-VG. Demnach entscheiden die UVS „in sonstigen Angelegenheiten, die ihnen durch die die einzelnen Gebiete der Verwaltung regelnden Bundes- oder Landesgesetze zugewiesen werden“. Entsprechend den verfassungsrechtlichen Grundlagen wird den UVS daher die Zuständigkeit zur Vergabekontrolle durch entsprechende Landesvergaberechtsschutzgesetze zugewiesen. Die UVS sind in den Ländern Burgenland, Kärnten, Niederösterreich, Oberösterreich, der Steiermark, Tirol und Vorarlberg zur Vergabekontrolle gemäß § 2 Abs 1 Bgld. VergRSG, § 2 Abs 1 K-VergRSG, § 4 Abs 1 Nö. Verg-NG, § 2 Abs 1 Oö. VergRSG, § 2 Abs 1 Stmk. Verg-RG, § 2 Abs 1 Tir. Verg-NG und § 1 VlbG. Verg-NG zuständig.

Hinsichtlich der Vergabekontrolle üben die UVS die ihnen durch die entsprechenden Landesvergaberechtsschutzgesetze zugewiesenen Zuständigkeiten in der ersten und letzten Instanz aus. Lediglich der UVS Niederösterreich entscheidet nach dem obligatorischen Vorverfahren bei der Schlichtungsstelle iSd § 2 Abs 1 Nö. Verg-NG in der letzten Instanz.⁵⁸⁵ Nach der Rechtsprechung des VfGH bestehen keine Bedenken gegen die Einsetzung von UVS als Vergabekontrollbehörde in der ersten und letzten Instanz.⁵⁸⁶ Aufgrund der Verfassungsbestimmung des Art 14b Abs 6 B-VG können die Vergabekontrollbehörden gesetzlich auch zur Kontrolle der obersten Organe der Vollziehung, der Gemeinden und der Gemeindeverbände iSd Art 19 Abs 1 B-VG und zur Kontrolle von Privaten berufen werden.

Gemäß Art 129b Abs 6 B-VG werden die Organisation der UVS in den Ländern und das Dienstrecht ihrer Mitglieder landesgesetzlich geregelt. Die entsprechenden Landesgesetze über die Einrichtung der UVS enthalten daher nähere Regelungen über die Zusammensetzung

⁵⁸⁴ Jaeger, Das Salzburger Vergabekontrollgesetz 2002, ZVB 2003/71, 197.

⁵⁸⁵ Werschitz/SchnABL., Das Steiermärkische Vergabe-Nachprüfungsgesetz, ZVB 2003/63, 172.

⁵⁸⁶ VfSlg 14.891.

und die innere Organisation der UVS.⁵⁸⁷ Diese Landesgesetze entsprechen einander inhaltlich bis auf punktuelle Abweichungen.

4.1.1 Organisation

Gemäß Art 129b Abs 1 B-VG bestehen die UVS in den Ländern aus einem Vorsitzenden, einem stellvertretenden Vorsitzenden und der erforderlichen Zahl von sonstigen Mitgliedern. Alle Mitglieder bilden zusammen die Vollversammlung iSd § 7 Abs 1 Bgld. UVSG, § 11 Abs 1 K-UVSG, § 6 Abs 1 Nö. UVSG, § 8 Abs 1 Oö. UVSG, § 9 Abs 1 Stmk. UVSG, § 8 Abs 1 Tir. UVSG bzw § 7 Abs 1 VlbG. UVSG.

Die innere Organisation der UVS wird in der Geschäftsordnung und -verteilung näher geregelt, die von der Vollversammlung zu erlassen sind. Die Geschäftsverteilung ist zwecks Rechtssicherheit vor Ablauf jedes Kalenderjahres für die Dauer des nächsten Kalenderjahres zu erlassen. Lediglich in Tirol ist die Geschäftsverteilung nicht ausdrücklich vor Ablauf des Kalenderjahres, sondern gemäß § 12 Abs 1 Tir. UVSG „im voraus“ zu beschließen.

4.1.1.1 Geschäftsführung

Die Geschäftsführung des UVS wird durch eine Geschäftsstelle besorgt, deren Personal und Sachmittel von der Landesregierung bereitzustellen sind. Lediglich in Oberösterreich stellt die Geschäftsstelle des UVS ausdrücklich eine „gesonderte Organisationseinheit“ des Amtes der Landesregierung iSd § 15 Abs 1 Oö. UVSG dar. Zwecks Gewährleistung einer unabhängigen Geschäftsführung ist das Personal der Geschäftsstelle gemäß § 17 Abs 1 K-UVSG und § 15 Abs 2 Oö. UVSG fachlich nur an die Weisungen des Vorsitzenden des UVS gebunden. Entsprechende Bestimmungen über die Weisungsgebundenheit des administrativen Personals fehlen jedoch in Burgenland, Niederösterreich, der Steiermark, Tirol und Vorarlberg.

4.1.1.2 Mitglieder

Gemäß Art 129b Abs 1 B-VG werden die Mitglieder der UVS von der Landesregierung für eine Amtsdauer von mindestens sechs Jahren bestellt. Wenigstens der vierte Teil der Mitglieder ist aus Berufsstellungen in Bund zu entnehmen. Die erstmalige Ernennung der

⁵⁸⁷ Gesetz vom 15. November 1990 über den Unabhängigen Verwaltungssenat Burgenland, LGBl. Nr 84/1990, zuletzt geändert durch LGBl. Nr 75/1999 (im Folgenden: „Bgld. UVSG“); Gesetz vom 20. November 1990 über den Unabhängigen Verwaltungssenat, LGBl. Nr 104/1990, zuletzt geändert durch LGBl. Nr 51/2003 (im Folgenden: „K-UVSG“); Gesetz über den Unabhängigen Verwaltungssenat im Land NÖ, LGBl. Nr 118/1990 (0015-0), zuletzt geändert durch LGBl. Nr 33/2008 (0015-20) (im Folgenden: „Nö. UVSG“); Landesgesetz vom 11. Oktober 1990 über die Organisation des unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich und über dienstrechtliche Bestimmungen für seine Mitglieder, LGBl. Nr 90/1990, zuletzt geändert durch LGBl. Nr 74/2005 (im Folgenden: „Oö. UVSG“); Gesetz vom 26. Juni 1990 über den Unabhängigen Verwaltungssenat, LGBl. Nr 78/1990, zuletzt geändert durch LGBl. Nr 1/2005 (im Folgenden: „Stmk. UVSG“); Gesetz vom 15. Oktober 1990 über den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol, LGBl. Nr 74/1990, zuletzt geändert durch LGBl. Nr 52/2007 (im Folgenden: „Tir. UVSG“); Gesetz über den Unabhängigen Verwaltungssenat, LGBl. Nr 34/1990, zuletzt geändert durch LGBl. Nr 13/2003 (im Folgenden: „VlbG. UVSG“).

Mitglieder der UVS ist in den maßgeblichen Landesgesetzen grundsätzlich auf sechs Jahre vorgesehen. Lediglich in Oberösterreich, Tirol und Vorarlberg werden die Mitglieder der UVS unmittelbar „auf unbestimmte Zeit“ bzw. „unbefristet“ gemäß § 3 Abs 1 Oö. UVSG, § 2 Abs 2 Tir. UVSG bzw § 3 Abs 2 VlbG. UVSG ernannt.

Gemäß Art 129b Abs 4 B-VG müssen die Mitglieder der UVS rechtskundig sein. Nähere Ernennungsvoraussetzungen und Unvereinbarkeitsregeln sind in den maßgeblichen Landesgesetzen enthalten. Dabei weichen die Regelungen in den Landesgesetzen voneinander ab. Übereinstimmend verlangen jedoch alle Landesgesetze als Ernennungsvoraussetzung zum Mitglied des UVS die Vollendung der rechtswissenschaftlichen Studien und mindestens fünf Jahre Praxis in einem Beruf, für den der Abschluss dieser Studien vorgeschrieben ist.

4.1.1.3 Kammern

Gemäß Art 129b Abs 6 B-VG wird das Verfahren vor den UVS bundesgesetzlich geregelt. Aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in Art I Abs 2 lit A Z 2 EGVG⁵⁸⁸ sind auf das behördliche Verfahren vor den UVS in den Ländern die Bestimmungen des AVG und des VStG⁵⁸⁹ anzuwenden.

Gemäß Art 129b Abs 5 B-VG entscheiden die UVS entweder in Kammern oder durch ein Einzelmitglied. Die Zuständigkeit der UVS zur Vergabekontrolle in den Ländern wird in § 67a AVG konkretisiert. Während im Oberschwellenbereich die Zuständigkeit der Kammern normiert wird, besteht im Unterschwellenbereich die Zuständigkeit eines Einzelmitglieds in den Angelegenheiten der Nachprüfung einschließlich der Erlassung von EV.

Hinsichtlich der Kammerzuständigkeit normieren die maßgeblichen Landesgesetze übereinstimmend, dass die Kammer aus einem Vorsitzenden und zwei weiteren Mitgliedern zu bestehen hat. Die Beschlüsse werden bei Anwesenheit aller Mitglieder der Kammer und mit einfacher Stimmenmehrheit gefasst.

4.1.2 Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit

In Art 129b Abs 2 B-VG wird den Mitgliedern der UVS die Weisungsfreiheit bei Besorgung der ihnen gemäß Art 129a und 129b B-VG zukommenden Aufgaben verfassungsgesetzlich garantiert. Die Landesgesetze über die Einrichtung der UVS übernehmen das Postulat der Weisungsfreiheit ausdrücklich in § 5 Abs 1 Bgld. UVSG, § 5 Abs 1 K-UVSG, § 5 Abs 1 Nö. UVSG, § 5 Abs 1 Oö. UVSG, § 5 Abs 1 Stmk. UVSG, § 5 Abs 1 VlbG. UVSG sowie in der landesverfassungsgesetzlichen Bestimmung des § 5 Abs 1 Tir. UVSG.

Die Amtsdauer der Mitglieder der UVS hat gemäß Art 129b Abs 1 B-VG mindestens sechs Jahre zu betragen. Gemäß Art 129b Abs 3 B-VG ist ihre Amtsenthebung vor Ablauf der

⁵⁸⁸ Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen, BGBl. I Nr 87/2008.

⁵⁸⁹ Verwaltungsstrafgesetz, BGBl. I Nr 52/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 20/2009.

Bestellungsdauer nur in den landesgesetzlich bestimmten Fällen und nur durch Beschluss des UVS zulässig.

Gemäß Art 129b Abs 4 B-VG dürfen die Mitglieder der UVS während ihrer Amtsdauer keine Tätigkeit ausüben, die Zweifel an der unabhängigen Ausübung ihres Amtes hervorrufen könnte. Treten in einem konkreten Vergabekontrollverfahren Zweifel an der vollen Unabhängigkeit eines Mitglieds des UVS auf, sind die Befangenheitsregeln des § 7 AVG anzuwenden.

4.2 Vergabekontrollsenate

Der Vergaberechtsschutz in Salzburg und Wien obliegt den Vergabekontrollsenaten gemäß § 2 Abs 1 S.VKG und § 2 Abs 1 WVRG. Diese sind als Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag iSd Art 133 Z 4 B-VG zu qualifizieren. Die VKS üben ihre Zuständigkeiten in der ersten und letzten Instanz aus, sodass ihre Bescheide nicht der Aufhebung oder Abänderung im Verwaltungsweg unterliegen. In § 2 Abs 2 S.VKG und § 2 Abs 2 und Abs 4 WVRG wird die Anrufung des VfGH ausdrücklich für zulässig erklärt, da dies verfassungsrechtlich geboten ist.⁵⁹⁰

4.2.1 Vergabekontrollsenat Salzburg

Gemäß § 3 Abs 1 S.VKG ist der VKS Salzburg aus dem Vorsitzenden, seinem Stellvertreter und aus der erforderlichen Anzahl von weiteren Mitgliedern zusammengesetzt. Sie stellen zusammen die Vollversammlung des VKS Salzburg iSd § 9 Abs 1 S.VKG dar.

Die innere Organisation wird in der Geschäftsordnung und -verteilung näher geregelt, die gemäß § 9 Abs 2 S.VKG von der Vollversammlung zu erlassen bzw abzuändern sind. In der Geschäftsordnung iSd § 10 Abs 1 S.VKG ist die Geschäftsführung im Interesse eines ordentlichen Geschäftsganges festzulegen. In der Geschäftsverteilung iSd § 10 Abs 2 S.VKG sind die Anzahl und die Mitglieder der Kammern, die einzelentscheidungsbefugten Mitglieder sowie ihre Vertreter festzusetzen und die Geschäfte im Voraus auf die Kammern und die einzelentscheidungsbefugten Mitglieder zu verteilen.

4.2.1.1 Geschäftsführung

Die Geschäftsführung wird durch die Geschäftsstelle iSd § 12 Abs 1 S.VKG besorgt, die zum Amt der Salzburger Landesregierung gehört. Zwecks Gewährleistung einer unabhängigen Geschäftsführung ist das administrative Personal „in seiner Tätigkeit für den Senat“ fachlich nur an die Anordnungen des Vorsitzenden, des zuständigen Kammervorsitzenden oder des einzelentscheidungsbefugten Mitglieds des VKS Salzburg gebunden. Die Unterbrechung des

⁵⁹⁰ VfGH 29.6.2000, G 175/99 ua.

Weisungszusammenhangs zum Amt der Salzburger Landesregierung ist in § 12 Abs 2 S.VKG verfassungsrechtlich abgesichert.

4.2.1.2 Mitglieder

Gemäß § 3 Abs 1 S.VKG werden die Mitglieder des VKS Salzburg von der Landesregierung für die Amtsdauer von sechs Jahren bestellt. Sie dürfen weder der Landesregierung noch dem Landtag angehören. Der Vorsitzende des VKS und sein Stellvertreter haben dem Richterstand anzugehören und sind auf Vorschlag des Präsidenten des Landesgerichtes Salzburg zu bestellen. Zwei nicht richterliche Mitglieder des VKS sind nach Anhörung der Wirtschaftskammer Salzburg und zwei weitere Mitglieder nach Anhörung der Landesgruppe Salzburg des Österreichischen Städtebundes und des Salzburger Gemeindeverbandes zu bestellen. Ferner besteht der UVS aus einer erforderliche Anzahl von nicht richterlichen Mitgliedern, die in einem Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen.

Gemäß § 3 Abs 3 S.VKG müssen die Mitglieder des VKS Salzburg österreichische Staatsbürger sein und „besondere“ Kenntnisse des Vergabewesens in rechtlicher, technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht besitzen.

4.2.1.3 Kammern

Gemäß § 7 Abs 1 S.VKG wird der VKS Salzburg grundsätzlich in Kammern tätig. Die Kammer besteht jeweils aus einem richterlichen Vorsitzenden und zwei nicht richterlichen Beisitzern. Ein Beisitzer muss nach Anhörung der Wirtschaftskammer Salzburg bestellt worden sein. Der zweite Beisitzer muss entweder nach Anhörung der Interessenvertretungen der Gemeinden oder als fachkundiger Landesbeamter bestellt worden sein.

In § 8 Abs 1 S.VKG wird die Zuständigkeit eines Einzelmitglieds zur Entscheidung über Anträge auf Erlassung einer EV und über Anträge betreffend Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich normiert. Die landesspezifische Norm entspricht der Sonderregelung des § 67a letzter Satz AVG über die Zuständigkeit eines Einzelmitglieds von UVS in den Ländern zur Entscheidung über Anträge im Unterschwellenbereich einschließlich der Erlassung von EV. Die landesspezifischen Regelungen weichen von der Bundesregelung ab, da im Bundesbereich bei Anträgen im Unterschwellenbereich die Zuständigkeit eines Dreiersenates des BVA gemäß § 303 Abs 1 BVergG normiert wird.

4.2.2 *Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit*

Gemäß § 5 Abs 1 S.VKG wird den Mitgliedern des VKS Salzburg in Ausübung ihres Amtes die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit garantiert. Ihre Amtsdauer beträgt grundsätzlich sechs Jahre. Die Amtsenthebung ist gemäß § 4 Abs 2 S.VKG nur aufgrund der Unfähigkeit des Mitglieds zur ordentlichen Amtsausübung infolge schwerer gesundheitlicher Gebrechen

oder aufgrund grober Pflichtverletzung möglich. Die Amtsenthebung hat durch Beschluss der Vollversammlung iSd § 9 Abs 2 Z 3 S.VKG zu erfolgen.

Treten in einem konkreten Vergabeverfahren Zweifel an der vollen Unabhängigkeit eines Mitglieds des VKS Salzburg auf, hat das Mitglied sich gemäß § 6 Abs 1 S.VKG der Amtsausübung zu enthalten, erforderlichenfalls nach Maßgabe der Geschäftsverteilung seine Vertretung zu veranlassen und den Vorsitzenden des VKS Salzburg davon zu informieren. Dieser hat über die Befangenheit des betroffenen Mitglieds zu entscheiden. Gemäß § 6 Abs 2 S.VKG können auch die Parteien einen Ablehnungsantrag stellen.

4.2.2 Vergabekontrollsenat Wien

Gemäß § 3 Abs 1 WVRG besteht der VKS Wien aus sieben Mitgliedern, die von der Wiener Landesregierung für eine Amtsdauer von sechs Jahren bestellt werden.

Die innere Organisation des VKS Wien wird in der Geschäftsordnung iSd § 7 WVRG geregelt. Darin sind die Aufgaben der Geschäftsstelle, die Behandlung der Geschäftsstücke, die Einberufung und der Ablauf von Senatssitzungen zu regeln.

Zwecks einheitlicher Auslegung des Vergaberechts sind die Entscheidungen des VKS Wien gemäß § 10 Abs 2 WVRG von der Evidenzstelle zu erfassen und in anonymisierter Form im Internet zu veröffentlichen.

4.2.2.1 Geschäftsführung

Die Geschäftsführung wird durch die Geschäftsstelle iSd § 9 WVRG besorgt, deren Personal und Räumlichkeiten vom Amt der Wiener Landesregierung beigestellt werden. Zur Gewährleistung einer unabhängigen Geschäftsführung sind Bedienstete des administrativen Personals „im Rahmen ihrer Tätigkeit für den Vergabekontrollsenat“ fachlich nur an die Anordnungen des Vorsitzenden, des Bericht erstattenden Mitglieds sowie im Zusammenhang mit EV auch an die Anordnungen anderer Mitglieder des VKS Wien gebunden. Sie dürfen von dieser Funktion nur nach Anhörung des Vorsitzenden des VKS Wien enthoben werden.

4.2.2.2 Mitglieder

Gemäß § 3 Abs 1 WVRG besteht der VKS Wien aus sieben Mitgliedern. Der Vorsitzende hat zum Zeitpunkt seiner Ernennung dem aktiven Richterstand anzugehören und ist nach Anhörung des Präsidenten des Oberlandesgerichtes Wien zu bestellen. Drei weitere Mitglieder des VKS Wien, die auch fachkundige Bedienstete des Magistrates der Stadt Wien sein können, sind nach Anhörung des Stadtsenates zu bestellen. Ferner ist je ein Mitglied nach Anhörung der Wirtschaftskammer Wien, der Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien sowie der Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten für Wien,

Niederösterreich und Burgenland zu bestellen. Zwecks Vertretung sind für jedes Mitglied des VKS Wien ein erstes, zweites und drittes Ersatzmitglied zu bestellen.

Gemäß § 3 Abs 2 WVRG müssen die Mitglieder und Ersatzmitglieder des VKS Wien zum Nationalrat wählbar sein und „besondere“ Kenntnisse des Vergabewesens in rechtlicher, wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht besitzen. Sie üben ihre Amtstätigkeit ehrenamtlich aus, wobei ihnen der Ersatz von notwendigen Fahrtauslagen und eine Entschädigung für Zeitversäumnis gebührt.

4.2.2.3 Sitzungen

Gemäß § 6 WVRG werden die Sitzungen des VKS Wien vom Vorsitzenden einberufen. Während der Sitzung müssen zumindest der Vorsitzende und vier weitere Mitglieder anwesend sein. Während die Beschlüsse des VKS Wien mit unbedingter Stimmenmehrheit zu fassen sind, können Verfügungen zur Verfahrensleitung (nach Maßgabe der Geschäftsordnung) auch von einem Mitglied getroffen werden.

Über Anträge auf Erlassung einer EV entscheidet ausnahmsweise ein Dreiersenat gemäß § 6 Abs 3 WVRG. Er besteht aus einem Vorsitzenden, aus einem nach Anhörung des Stadtsenates bestellten Mitglied und aus einem nach Anhörung einer in § 3 Abs 1 WVRG angeführten Kammer bestellten Mitglied. Die Zuständigkeit des Dreiersenates des VKS Wien zur Entscheidung über EV weicht sowohl von anderen Landesregelungen als auch von der Bundesregelung ab. In § 67a letzter Satz AVG bzw in § 306 Abs 1 BVergG wird nämlich zur Entscheidung über EV die Zuständigkeit eines Einzelmitglieds des UVS bzw des BVA normiert.

4.2.3 Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit

In § 3 Abs 3 WVRG wird den Mitgliedern des VKS Wien in Ausübung ihres Amtes die Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit garantiert. Ihre Amtsdauer beträgt grundsätzlich sechs Jahre. Die Amtsenthebung eines Mitglieds ist gemäß § 4 Abs 2 WVRG nur aufgrund seiner dauernden Unfähigkeit zur ordentlichen Amtsausübung infolge körperlicher oder geistiger Gebrechen, aufgrund grober Pflichtverletzung oder aufgrund dauernder Vernachlässigung der Amtspflichten möglich. Vor der Erlassung des amtsenthebenden Bescheides des VKS Wien ist das betroffene Mitglied anzuhören, wobei ihm jedoch kein Stimmrecht zusteht.

Gemäß § 5 Abs 1 WVRG sind Mitglieder von der Entscheidungstätigkeit hinsichtlich jener Vergabeverfahren ausgeschlossen, die eine Auftragsvergabe im Wirkungsbereich jener Institution betreffen, der sie angehören. Im Fall von Bediensteten des Magistrates der Stadt Wien ist auf den Wirkungsbereich jener Dienststelle, jener Unternehmung oder jenes Betriebes abzustellen, denen der betroffene Bedienstete angehört.

Treten in einem konkreten Vergabeverfahren wichtige Gründe für Zweifel an der Unabhängigkeit eines Mitglieds des VKS Wien auf, hat das Mitglied sich gemäß § 5 Abs 2 WVRG der Amtsausübung zu enthalten und (nach Maßgabe der Geschäftsverteilung) seine Vertretung zu veranlassen. Gemäß § 5 Abs 3 WVRG können auch die Parteien einen begründeten Ablehnungsantrag stellen, über den der VKS Wien zu entscheiden hat. Bei der Abstimmung kommt dem betroffenen Mitglied kein Stimmrecht zu.

4.3 Schlichtungsverfahren

Vor der vergabespezifischen Nachprüfung durch die zuständige Vergabekontrollbehörde wird in manchen Landesvergaberechtsschutzgesetzen eine fakultative oder obligatorische Vorprüfung normiert. Im Rahmen der Vorprüfung kann die Vergabekontrollbehörde oder eine andere unabhängige Stelle auf die gütliche Einigung zwischen dem AG und den beschwerten Unternehmern hinwirken.

4.3.1 Ombudsstelle in Kärnten

Gemäß § 3 Abs 1 K-VergRG ist beim Amt der Kärntner Landesregierung eine „Ombudsstelle für Vergabewesen“ eingerichtet. Gemäß § 4 Abs 1 K-VergRG umfasst ihre Zuständigkeit die nachträgliche Prüfung von Entscheidungen des AG und die Abgabe von Empfehlungen. Die Ombudsstelle kann bis zur Zuschlagserteilung nur auf Antrag der vergebenden Stelle, eines beschwerten Unternehmers oder der jeweils in Betracht kommenden Interessenvertretung tätig werden. In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass der Antrag auf Vorprüfung gemäß § 4 Abs 5 lit b) K-VergRG auch nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen des AG betreffen kann.

Gemäß § 4 Abs 6 K-VergRG besteht keine Zuständigkeit der Ombudsstelle im Stadium nach der Zuschlagserteilung, nach dem Widerruf des Vergabeverfahrens, bei der Direktvergabe, im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus dringlichen, zwingenden Gründen und im beschleunigten Verfahren bei Dringlichkeit. Der Ausschluss der Vorprüfung durch die Ombudsstelle wird damit begründet, dass in den taxativ aufgezählten Fällen die Auftragsvergabe besonders rasch durchzuführen ist und Bagatellaufträge nicht „dem Zeit raubenden Vorverfahren“ unterliegen sollen.⁵⁹¹

Das Vorverfahren vor der Ombudsstelle hat einen fakultativen Charakter, da es gemäß § 4 Abs 1 K-VergRG antragsbedürftig ist. Die Anrufung der Ombudsstelle stellt daher keine zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens

⁵⁹¹ Ley-Schabus, Das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, ZVB 2003/62, 167.

beim UVS Kärnten dar.⁵⁹² Für den Schlichtungsantrag an die Ombudsstelle ist im Unterschied zum Nachprüfungsantrag an den UVS Kärnten keine Pauschalgebühr zu entrichten.

4.3.1.1 Vorverfahren

Der Schlichtungsantrag an die Ombudsstelle ist innerhalb der Nachprüfungsfrist iSd § 11 Abs 1 - Abs 4 K-VergRG einzubringen. Für die Dauer des Vorverfahrens wird der Forlauf der Nachprüfungsfrist gemäß § 11 Abs 5 K-VergRG gehemmt. Das einheitliche Fristenregime bei der Vorprüfung durch die Ombudsstelle und bei der Nachprüfung durch den UVS Kärnten ist „*sinnvoll und zu begrüßen*“, da nur eine maßgebliche Frist zu beachten ist, innerhalb derer sich der beschwerte Unternehmer entweder für ein Vorverfahren oder für ein Nachprüfungsverfahren entschließen kann.⁵⁹³

Zwecks Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ist es für den beschwerten Unternehmer maßgeblich, dass dem Schlichtungsantrag an die Ombudsstelle automatisch eine aufschiebende Wirkung zukommt. Gemäß § 4 Abs 8 K-VergRG darf die vergebende Stelle ab Zugang der Verständigung von der Einleitung des Vorverfahrens bei der Ombudsstelle bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen, bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen und die Angebote nicht öffnen.

Hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis der Ombudsstelle im Vorverfahren ist ein offensichtlich unbegründeter Antrag iSd § 5 Abs 1 K-VergRG ohne weiteres Verfahren abzuweisen. In anderen Fällen hat die Ombudsstelle eine begründete Stellungnahme darüber abzugeben, ob die angefochtene Entscheidung des AG vergaberechtswidrig ist. Die Frist zur Abgabe der Stellungnahme durch die Ombudsstelle ist mit längstens zwei Wochen ab dem Einlangen des Schlichtungsantrags normiert. Die Stellungnahme ist den Streitparteien und dem UVS Kärnten zu übermitteln und hat gemäß § 5 Abs 2 K-VergRG bloß einen empfehlenden Charakter. Die Stellungnahme der Ombudsstelle ist daher für den UVS nicht verbindlich.

4.3.2 Schlichtungsstelle in Niederösterreich

Gemäß § 2 Abs 1 Nö. Verg-NG ist beim Amt der niederösterreichischen Landesregierung eine „NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge“ eingerichtet. Ihre Zuständigkeit betrifft die Vermittlung bei Meinungsverschiedenheiten zwischen dem AG und einem oder mehreren beschwerten Unternehmern in einem konkreten Vergabeverfahren.

Gemäß § 3 Abs 1 Nö. Verg-NG „hat“ ein Unternehmer vor der Anrufung des UVS Niederösterreich zunächst bei der Schlichtungsstelle die Prüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des AG, die Prüfung der Zuschlagserteilung oder des Widerrufs zu beantragen.

⁵⁹² *Hattenberger*, Entwurf eines Kärntner Vergaberechtsschutzgesetzes, ZVB 2003/29, 75; *Ley-Schabus*, Das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, ZVB 2003/62, 167.

⁵⁹³ *Hattenberger*, Entwurf eines Kärntner Vergaberechtsschutzgesetzes, ZVB 2003/29, 75.

In diesem Zusammenhang ist bemerkenswert, dass bei der Schlichtungsstelle „in einem“ auch die Prüfung von nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen des AG beantragt werden kann.

Das Vorverfahren bei der Schlichtungsstelle hat einen obligatorischen Charakter.⁵⁹⁴ Die Anrufung der Schlichtungsstelle stellt daher eine zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung des UVS Niederösterreich dar.⁵⁹⁵ Für den Schlichtungsantrag an die Schlichtungsstelle ist im Unterschied zum Nachprüfungsantrag an den UVS Niederösterreich jedoch keine Pauschalgebühr zu entrichten.

4.3.2.1 Schlichtungsverfahren

Die Fristen für die Einbringung des Schlichtungsantrags bei der Schlichtungsstelle korrespondieren mit den Fristen für die Einbringung des Nachprüfungsantrags beim UVS iSd § 11 Abs 1 - Abs 3 Nö. Verg-NG. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Dauer des anhängigen Schlichtungsverfahrens gemäß § 11 Abs 4 Nö. Verg-NG nicht in die Nachprüfungsfrist iSd § 11 Abs 1 - Abs 3 Nö. Verg-NG eingerechnet wird.

Zwecks Gewährleistung effektiven Vergaberechtsschutzes ist es für den beschwerten Unternehmer wichtig, dass bereits sein Antrag bei der Schlichtungsstelle eine aufschiebende Wirkung entfaltet. Gemäß § 3 Abs 2 Nö. Verg-NG darf der AG grundsätzlich innerhalb von vier Wochen ab Zugang der Verständigung von der Einleitung des Vorverfahrens durch die Schlichtungsstelle bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen, bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen und die Angebote nicht öffnen.

Eine Ausnahme von der aufschiebenden Wirkung des Schlichtungsantrags besteht nur im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus dringlichen, zwingenden Gründen und im beschleunigten Vergabefahren bei Dringlichkeit. Zur Vermeidung einer Rechtsschutzlücke kann diesfalls der Antragsteller die Erlassung einer EV direkt beim UVS Niederösterreich gemäß § 13 Abs 5 NÖ Verg-NG beantragen. Im Provisorialverfahren hat eine Interessensabwägung stattzufinden, wo der AG die besonderen Dringlichkeitsgründe darlegen kann. Bei automatischer Sperrwirkung würden die Dringlichkeitsgründe hingegen unberücksichtigt bleiben.⁵⁹⁶

Hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis der Schlichtungsstelle kommt gemäß § 3 Abs 4 Nö. Verg-NG keine gütliche Einigung zustande, wenn ein Streitteil sich in die Verhandlung bei der Schlichtungsstelle nicht einlässt. In anderen Fällen wird in § 3 Abs 5 Nö. Verg-NG eine längstens zweiwöchige Entscheidungsfrist normiert. Die Schlichtungsstelle hat innerhalb der Entscheidungsfrist in der mündlichen, nicht öffentlichen Verhandlung auf eine gütliche

⁵⁹⁴ *Hörmanseder*, Oö Vergabenachprüfungsgesetz, ZVB 2003/3, 9; *Werschitz/SchnABL.*, Das Steiermärkische Vergabe-Nachprüfungsgesetz, ZVB 2003/63, 172.

⁵⁹⁵ *Kodric*, Das NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, ZVB 2003/30, 80.

⁵⁹⁶ *Kodric*, Das NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, ZVB 2003/30, 80.

Einigung zwischen den Streitparteien hinzuwirken und allenfalls Vorschläge zur Streitbeilegung zu erstatten. Das Ergebnis des Schlichtungsverfahrens ist in einer Niederschrift festzuhalten und den Streitparteien zu übermitteln.

4.3.3 Schlichtungsversuch des UVS Tirol

Gemäß § 5 Abs 5 Tir. Verg-NG „kann“ der UVS Tirol bis zur Zuschlagserteilung einen Schlichtungsversuch zwischen der vergebenden Stelle und einem oder mehreren beschwerten Unternehmern unternehmen. Das Schlichtungsverfahren vor dem UVS Tirol hat daher einen fakultativen Charakter.⁵⁹⁷

Im Rahmen des Vorverfahrens hat der UVS Tirol über das Ergebnis der gütlichen Einigung bzw über das Scheitern des Schlichtungsversuches eine Niederschrift aufzunehmen. Ein Aktenvermerk genügt nur dann, wenn das Scheitern des Schlichtungsversuches auf die mangelnde Mitwirkung eines Streitpartei zurückzuführen ist.

4.3.4 Schlichtungsversuch des VKS Wien

Gemäß § 21 Abs 1 WVRG kann der VKS Wien in der mündlichen Verhandlung einen Schlichtungsversuch zwischen dem AG und einem oder mehreren Unternehmern vornehmen. Das Schlichtungsverfahren ist nur im Stadium bis zur Zuschlags- bzw Widerrufsentscheidung möglich. Das Schlichtungsverfahren vor dem VKS Wien hat einen fakultativen Charakter.

Unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit einer gütlichen Einigung und der Dringlichkeit der Auftragsvergabe kann der VKS Wien dem Antragsteller und dem AG Gelegenheit geben, Gespräche zur Herbeiführung einer gütlichen Einigung zu führen. Die Frist zur Führung der Gespräche zwischen den Streitparteien hat angemessen zu sein und darf die Dauer von zwei Wochen nicht überschreiten. Spätestens bis zum Ende dieser Frist wird für den VKS Wien der Fortlauf der Entscheidungsfrist gehemmt.

Über den Schlichtungsversuch ist eine Niederschrift insb darüber aufzunehmen, ob eine gütliche Einigung getroffen wurde oder der Schlichtungsversuch erfolglos geblieben ist. Im Fall der gütlichen Einigung gilt der Nachprüfungsantrag gemäß § 21 Abs 3 WVRG als zurückgezogen, sodass dem Antragsteller gemäß § 19 Abs 4 WVRG die Hälfte der jeweils entrichteten Pauschalgebühr zurückzuerstatten ist.

4.3.5 Rechtswidrigkeit des obligatorischen Schlichtungsverfahrens

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das obligatorische Schlichtungsersuchen an Organe, die keine Vergabekontrollinstanz iSd Art 2 Abs 1 (Sekt)RMRL darstellen, rechtswidrig.⁵⁹⁸ Da

⁵⁹⁷ Nach der alten Rechtslage war der UVS Tirol hingegen verpflichtet, bis zur Zuschlagserteilung zunächst einen Schlichtungsversuch vorzunehmen.; vgl *Wurdinger*, *Tiroler Vergabenaufprüfungsgesetz 2002*, ZVB 2003/72, 201.

⁵⁹⁸ EuGH 19.6.2003, Rs C-410/01, *Fritsch Chiari*.

solche Schlichtungsorgane lediglich Meinungsverschiedenheiten zwischen den Streitparteien schlichten und unverbindliche Vorschläge zur Streitbeilegung erstatten, kommt ihnen keine Befugnis zur Gewährleistung des gemeinschaftsrechtlich normierten Vergaberechtsschutzes aus. Die obligatorische Anrufung solcher Organe verzögert daher den Zugang zum effektiven Rechtsschutz und verstößt „gegen die mit der Richtlinie 89/665 verfolgten Ziele der *Schnelligkeit und Wirksamkeit*“⁵⁹⁹.

Die Konzeption der österreichischen Landesvergabekontrolle ist auf ihre Konformität mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben zu untersuchen. In Niederösterreich weist das Schlichtungsverfahren gemäß § 3 Abs 1 Nö. Verg-NG einen obligatorischen Charakter auf (arg: „hat“). Der Schlichtungsstelle kommen keine Befugnisse iSd Art 2 Abs 1 (Sekt)RMRL zu. Daher verstößt die obligatorische Anrufung der Schlichtungsstelle vor der Anrufung des UVS Niederösterreich gegen das Gemeinschaftsrecht.

In Tirol und Wien sind die Schlichtungsversuche gemäß § 5 Abs 5 Tir. Verg-NG bzw § 21 Abs 1 WVRG ebenfalls als gemeinschaftsrechtswidrig zu qualifizieren. Die Vornahme des Schlichtungsversuches liegt im Ermessen des UVS Tirol bzw des VKS Wien und ist daher einer obligatorischen Schlichtung gleichzuhalten.⁶⁰⁰ Aus der Rechtsprechung des EuGH ist klar abzuleiten, dass dem beschwerten Unternehmer ein Recht auf direkten Zugang zur Vergabekontrollbehörde zukommt. Leitet die Behörde jedoch ein Schlichtungsverfahren nach freiem Ermessen ein und hat der beschwerte Unternehmer kein Ablehnungsrecht gegen die Durchführung des Schlichtungsverfahrens, so kommt dies einem obligatorischen Schlichtungsversuch vor der Vergabekontrolle gleich.

In Kärnten wird die Ombudsstelle für Vergabewesen hingegen gemäß § 4 Abs 2 K-VergRG auf Antrag tätig. Das fakultative Vorverfahren in Kärnten ist daher mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar.

Zusammenfassend sind die landesgesetzlichen Bestimmungen über das vorgelagerte Schlichtungsverfahren in Niederösterreich, Tirol und Wien nach der Rechtsprechung des EuGH als mit dem Gemeinschaftsrecht unvereinbar zu qualifizieren. Die landesgesetzlichen Bestimmungen werden aufgrund der unmittelbaren Wirkung der (Sekt)RMRL verdrängt und sind unangewendet zu lassen.

⁵⁹⁹ EuGH 19.6.2003, Rs C-410/01, *Fritsch Chiari*, Rz 31.

⁶⁰⁰ *Jaeger*, Richtlinienwidrigkeit obligatorischer Schlichtungsverfahren Zugleich: Anmerkung zur Rs C-410/01, *Fritsch Chiari*, ZVB 2003/92, 266.

5. Zuständigkeit des BVA

Gemäß § 312 BVergG ist das Vergabekontrollverfahren vor dem BVA antragsbedürftig. Es bestehen vier Zuständigkeiten sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich.⁶⁰¹ Erstens ist das BVA im Stadium vor der formalen Beendigung des Vergabeverfahrens zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Zweitens ist das BVA im Stadium vor der formalen Beendigung des Vergabeverfahrens zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig und hat vergaberechtswidrige Entscheidungen des AG für nichtig zu erklären. Drittens ist das BVA zur Feststellung zuständig, dass das angefochtene Vergabeverfahren nicht angemessen fortgeführt wurde, was die Wirkung eines ex-lege Widerrufs nach sich zieht. Viertens ist das BVA sowohl vor als auch nach der Beendigung des Vergabeverfahrens zur Durchführung des Feststellungsverfahrens zuständig.

Die Aufzählung der Zuständigkeiten in § 312 BVergG ist abschließend.⁶⁰² Das BVA ist daher „*nur zum Tätigwerden innerhalb des diesem gesetzlich zugewiesenen Zuständigkeitsbereiches berufen*“.⁶⁰³ Es fällt nicht in den Zuständigkeitsbereich des BVA, Akte des AG zu substituieren und an Stelle des AG etwa den Widerruf zu erklären oder den Zuschlag zu erteilen.⁶⁰⁴

Von der taxativen Aufzählung der Zuständigkeiten des BVA bleibt selbstverständlich die aus dem AVG erfließende Zuständigkeit zur Erlassung verfahrensrechtlicher Bescheide unberührt.⁶⁰⁵ Demgegenüber ist das BVA nicht zur Vollstreckung seiner eigenen Bescheide zuständig. Gemäß § 1 Abs 1 Z 2 lit a) VVG⁶⁰⁶ obliegt die Vollstreckung der Bescheide des BVA den Bezirksverwaltungsbehörden.⁶⁰⁷

Trotz der allgemeinen Zuweisung der Zuständigkeiten in § 312 Abs 1 BVergG sind diese in vielfacher Weise beschränkt. Das BVA hat anlässlich jedes Antrags zu prüfen, ob die Auftragsvergabe überhaupt in den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des BVergG fällt; ob hinsichtlich des betreffenden AG die Vollzugskompetenz des Bundes iSd Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG besteht und ob der vierte (Rechtsschutz-)Teil des BVergG auf das angefochtene Vergabeverfahren anwendbar ist. Daher besteht keine Zuständigkeit des BVA

⁶⁰¹ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 62.

⁶⁰² ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 133.

⁶⁰³ BVA 24.4.2003, GZ 14N-38/03-12; vgl auch BVA 4.11.2003, GZ 14N-90/03-56; BVA 21.12.2005, GZ 02-111/05-24.

⁶⁰⁴ VwGH 7.11.2005, 2005/04/0061; VwGH 27.1.2006, 2005/04/0202; VwGH 30.4.2008, 2007/04/0060; BVA 24.9.2008, N/0112-BVA/04/2008-26; BVA 1.7.2008, N/0056-BVA/04/2008-20; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 = RPA 2008/6, 338.

⁶⁰⁵ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 83.

⁶⁰⁶ Verwaltungsvollstreckungsgesetz, BGBl. I Nr 53/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 3/2008.

⁶⁰⁷ BVA 24.4.2003, GZ 14N-38/03-12; vgl auch BVA 15.12.2005, GZ 07N-126/05-10; BVA 5.1.2006, GZ 11N-135/05-14.

zur Vergabekontrolle gegenüber AG aus dem Landesbereich oder gegenüber ausländischen AG, da diesbezüglich keine Vollzugskompetenz des Bundes gegeben ist. Dem BVA fehlt auch die Zuständigkeit zur Kontrolle von Dienstleistungskonzessionen im „klassischen“ Bereich oder von Bau- und Dienstleistungskonzessionen im Sektorenbereich, da für diese Konzessionsvergaben der vierte (Rechtsschutz-)Teil des BVergG gemäß §§ 11, 177 BVergG nicht anwendbar ist.⁶⁰⁸

Das BVA ist als Tribunal iSd Art 234 EGV zu qualifizieren. Daher ist es bei Zweifeln über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zur Vorlage des Vorabentscheidungsersuchens an den EuGH befugt. Das BVA stellt jedoch kein letztinstanzliches Gericht iSd Art 234 EGV dar, da seine Bescheide mittels Beschwerde an den VwGH mit weitreichender rechtlicher Prüfungsbefugnis angefochten werden können. Die Möglichkeit des VwGH zur Ablehnung der Behandlung einer Beschwerde mangels Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung iSd Art 131 Abs 3 B-VG ändert nichts an dieser Qualifikation, da Fragen über die Auslegung oder die Gültigkeit des Gemeinschaftsrechts regelmäßig Fragen von grundsätzlicher Bedeutung sind.⁶⁰⁹

5.1 Prüfungsmaßstab im Vergabekontrollverfahren

Gemäß § 312 Abs 2 BVergG hat das BVA die Zuständigkeiten „zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hiezu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht“ auszuüben. Als Prüfmaßstab hat das BVA im Vergabekontrollverfahren daher nicht nur die nationalen Vergaberegeln, sondern auch primärrechtliche Vorgaben und unmittelbar anwendbare Bestimmungen der Vergaberichtlinien heranzuziehen.⁶¹⁰ Die ausdrückliche Klarstellung des Prüfungsmaßstabs in § 312 Abs 2 BVergG entspricht der Rechtsprechung des EuGH, wonach bei der Prüfung von Auftragsvergaben „die Grundregeln des Vertrages im Allgemeinen und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit im Besonderen zu beachten“ sind.⁶¹¹

Die Einhaltung anderweitiger (nicht vergaberechtlicher) Rechtsvorschriften hat das BVA nur dann zu überprüfen, soweit diese durch sog Rezeptionsklauseln mittelbarer Inhalt des BVergG sind. Die anderweitigen Vorschriften stellen bloß einen mittelbaren Prüfmaßstab für den BVA dar. Ihre Verletzung führt nur dann zur Nichtigkeitklärung der angefochtenen Entscheidung des AG, wenn zugleich auch gegen eine vergaberechtliche Vorschrift verstoßen

⁶⁰⁸ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 66 ff.

⁶⁰⁹ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 201.

⁶¹⁰ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 133.

⁶¹¹ EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure II*, Rz 47.

wurde.⁶¹² Die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Prüfung der Einhaltung anderweitiger Rechtsvorschriften im Rahmen der Geltungs- und Inhaltskontrolle des Vertrags bleibt unberührt.⁶¹³

Die Zuständigkeit des BVA beschränkt sich auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der angefochtenden Entscheidung des AG, sodass andere Kriterien wie etwa die Zweckmäßigkeit oder Effizienz der Entscheidung des AG nicht zu überprüfen sind.⁶¹⁴

5.2 Verfahren

Gemäß Art I Abs 2 lit C Z 37 EGVG sind auf das behördliche Verfahren vor dem BVA die allgemeinen Normen des AVG anzuwenden, soweit das BVergG nichts anderes normiert. Die „Sonderverwaltungsnormen“⁶¹⁵ des BVergG ergänzen das AVG oder weichen davon ab, um den Vorgaben des Art 6 EMRK und den vergabespezifischen Besonderheiten Rechnung zu tragen.⁶¹⁶

Für die Vergabekontrolle ist jene Sach- und Rechtslage maßgeblich, die im Zeitpunkt der Setzung der angefochtenen Entscheidung des AG bestanden hat. Dieses Ergebnis folgt aus der Systematik des BVergG und aus der Vorbildwirkung des VwGG für das BVergG.⁶¹⁷ Nach der Rechtsprechung des EuGH ist der Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung des AG mangels einer einschlägigen Gemeinschaftsregelung im nationalen Recht festzulegen.⁶¹⁸

5.3 Pauschalgebühr

Gemäß § 318 Abs 1 BVergG fällt für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung iSd § 328 Abs 1 BVergG, für den Nachprüfungsantrag iSd § 320 Abs 1 BVergG und für den Feststellungsantrag iSd § 331 Abs 1 und 2 BVergG jeweils eine Pauschalgebühr an. Bei der Überleitung des Nachprüfungs- in ein Feststellungsverfahren sowie bei der Erstreckung einer EV fällt hingegen keine Pauschalgebühr an. Die Pauschalgebühr ist in der gesetzlichen Höhe „bei Antragstellung“ durch Barzahlung, Einzahlung mit Erlagschein, mittels Bankomat- oder Kreditkarte zu entrichten. Ihre Entrichtung stellt eine

⁶¹² Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 108.

⁶¹³ Katary, Allgemeine Geschäftsbedingungen: Geltungs- und Inhaltskontrolle im vergabespezifischen Rechtsschutz, RPA 2004, 220.

⁶¹⁴ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 109.

⁶¹⁵ Mickel/Sachs, Die Entscheidungen des VwGH und des VfGH als Leitlinien für das BVergG 2006, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 367.

⁶¹⁶ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 177.

⁶¹⁷ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 172.

⁶¹⁸ EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure II*, Rz 67.

Zulässigkeitsvoraussetzung für die Anrufung des BVA dar. Gemäß § 322 Abs 2 Z 3 BVergG ist ein nicht ordnungsgemäß vergewählter Antrag nach erfolgloser Aufforderung zur Verbesserung zurückzuweisen.

Die Pauschalgebühr für die Inanspruchnahme des BVA ähnelt der Eingabegebühr in höchstgerichtlichen Verfahren. Es handelt sich um eine ausschließliche Bundesabgabe iSd § 7 Z 2 FAG⁶¹⁹, die den durchschnittlichen Aufwand der Geschäftsbehandlung abdecken soll. Ihr Zweck liegt in der Präventivwirkung vor der übermäßigen Beanspruchung des BVA.⁶²⁰ Die Gebührenpflicht besteht auch dann, wenn der Antrag sich als unzulässig erweist oder später zurückgezogen wird.⁶²¹

5.3.1 Höhe

In § 177 BVergG 2002 hat der Gesetzgeber mit den „*relativ hohen*“⁶²² Pauschalgebühren einerseits die Deckung des Personal- und Sachaufwandes der Vergabekontrollbehörde und andererseits die Schaffung einer Verfahrensbarriere gegen aussichtslose und mutwillige Rechtsschutzanträge bezweckt. Da die Gebührenregelung des BVergG 2002 in wesentlichen Teilen vom VfGH als verfassungswidrig aufgehoben wurde,⁶²³ erfolgte durch die BVergG-Novelle 2007 eine spürbare Reduzierung der Gebührenhöhe. Nach der Rechtsprechung des VfGH ist über den Anspruch auf Rückzahlung von Pauschalgebühren, für deren Entrichtung der Rechtstitel infolge Verfassungsrechtswidrigkeit weggefallen ist, im Verwaltungsweg abzusprechen: Es hat „*jene Behörde, die die Entrichtung zu kontrollieren und demnach zu viel oder zu Unrecht entrichtete Gebühren nach den Grundsätzen der Bereicherung zurückzahlen hat, im Streitfall über Antrag einen bekämpfbaren Bescheid zu erlassen*“.⁶²⁴

Nach der Rechtsprechung des EGMR ist es unzulässig, den Zugang zum Tribunal iSd Art 6 Abs 1 EMRK durch eine hohe Gebühr zu beschränken.⁶²⁵ Bei der Festlegung der Gebührenhöhe sind unter Berücksichtigung der „*besonderen Umstände des konkreten Falles*“ die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Antragstellers und das Verfahrensstadium, in dem die Gebühr zu entrichten ist, zu berücksichtigen.⁶²⁶ Nach der Rechtsprechung des VfGH ist es ebenfalls unzulässig, den Zugang zum Rechtsschutz durch eine hohe Gebühr übermäßig zu erschweren. Bei der Festsetzung der Gebührenhöhe ist der durchschnittliche Aufwand der

⁶¹⁹ Finanzausgleichsgesetz, BGBl. I Nr 103/2007, zuletzt geändert durch BGBl. Nr 85/2008.

⁶²⁰ *Elsner/Keisler/Hahnl*, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 143.

⁶²¹ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 136.

⁶²² *Gruber*, Ist die Pauschalgebührenregelung des BVergG 2006 verfassungswidrig?, ZVB 2007/57, 237.

⁶²³ VfGH 3.3.2006, G 91/05, V 69/05; VfGH 4.3.2006, G 154/05, V 118/05; VfGH 11.10.2006, G 124/06, V 44/06; VfGH 12.12.2006, G 107/06, V 36/06.

⁶²⁴ VfGH 9.10.2008, A5/08.

⁶²⁵ EGMR *Ashingdane*, 28.5.1985, Rz 58 = EuGRZ 1986, 8; EGMR *Kreuz*, 19.6.2001, Rz 66 = ÖJZ 2002, 693.

⁶²⁶ EGMR *Kupiec*, 3.2.2009, Rz 43.

Geschäftsbehandlung zu berücksichtigen. Der typische Aufwand im Provisorialverfahren ist dabei wegen des summarischen Verfahrens mit der kurzen Entscheidungsfrist regelmäßig nicht so hoch wie im Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren. Die novellierte Bestimmung des § 318 Abs 1 Z 4 BVergG sieht daher vor, dass für den Antrag auf Erlassung einer EV nur 50% der festgesetzten Gebühr zu entrichten sind.

Nach der Rechtsprechung des VfGH ist die Multiplizierung und Kumulierung hoher Gebühren für mehrere Anträge eines Antragstellers in ein und demselben Vergabeverfahren nicht mit dem Gleichheitssatz und der Effektivität des Vergaberechtsschutzes vereinbar. Die novellierte Regelung des § 318 Abs 1 Z 5 BVergG sieht daher vor, dass für jeden weiteren Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag eines Antragstellers in demselben Vergabeverfahren lediglich 80% der für diesen Antrag festgesetzten Gebühr zu bezahlen sind.

Nach der Rechtsprechung des VfGH widerspricht es weiters dem Sachlichkeitsgebot, wenn die Höhe der Pauschalgebühr sich bei der Anfechtung eines Loses nach dem gesamten Auftragswert bemisst. Es kann keine sachliche Rechtfertigung dafür erblickt werden, dass *„für ein Kontrollverfahren betreffend einen Auftrag, der, würde er allein vergeben, im Unterschwellenbereich läge (so dass auch die Gebühr für ein Vergabekontrollverfahren im Unterschwellenbereich anfiel), allein deshalb eine doppelte Gebühr anfällt, weil der Auftrag im Rahmen eines Gesamtauftrags vergeben wird, der im Oberschwellenbereich liegt“*.⁶²⁷ Gemäß § 318 Abs 1 Z 6 BVergG ist daher bei Anträgen, die sich nur auf ein Los beziehen, dessen geschätzter Auftragswert den Oberschwellenbereich nicht erreicht, nur die dem Los entsprechende Pauschalgebühr im Unterschwellenbereich zu entrichten.

Gemäß § 318 Abs 1 Z 1 BVergG „können“ die Gebührensätze nach objektiven Merkmalen abgestuft sein. Nach der Rechtsprechung des VfGH ist der Begriff „können“ wohl als „müssen“ zu verstehen.⁶²⁸ Der Gleichheitssatz und die Effektivität des Rechtsschutzes verlangen eine Abstufung der Pauschalgebührensätze, wenn nicht eine einzige geringe Gebühr für alle Verfahrens- und Auftragsarten normiert wird.⁶²⁹ Die gesetzliche Aufzählung der objektiven Merkmale für die Gebührenabstufung führt demonstrativ die Verfahrensart, den Auftragsgegenstand sowie die Wahl der Vergabe im Ober- oder Unterschwellenbereich an.⁶³⁰ Die Pauschalgebührensätze werden in einer Verordnung⁶³¹ festgelegt, die jährlich an die Veränderungen des Verbraucherpreisindex anzupassen ist. Gemäß Anhang XIX BVergG beträgt die Pauschalgebühr zwischen EUR 200 und EUR 5.000. Ihre konkrete Höhe hängt

⁶²⁷ VfGH 3.3.2006, G 91/05, V 69/05.

⁶²⁸ Rosenkranz, Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren (Teil I): Neuerungen im BVergG und Gebühren in den Ländern, ZVB 2008/22, 71.

⁶²⁹ VfSlg 17.775/2006.

⁶³⁰ ErläutRV 127 BlgNr 23. GP 16.

⁶³¹ Verordnung der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabebeamten, BGBl. II Nr 366/2007.

von der Verfahrensart ab und ist für den Ober- und Unterschwellenbereich gestaffelt.⁶³² Zwecks schneller Anpassung der Gebührensätze wird die Bundesregierung durch den neuen § 349 Abs 3 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 zur Neufestsetzung der Gebührensätze im Anhang XIX oder zur Einführung neuer Gebührensätze mittels Verordnung ermächtigt, "soweit dies zur Erreichung eines angemessenen Verhältnisses zwischen dem Gebührensatz, dem durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwand und dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen erforderlich ist".⁶³³

5.3.2 Rückerstattung

Im Fall der Antragsrückziehung erfolgt eine teilweise Rückerstattung der bereits entrichteten Pauschalgebühr. Gemäß § 318 Abs 1 Z 7 BVergG sind vor der Durchführung der mündlichen Verhandlung bzw vor der Erlassung des Sachbescheides lediglich 50% bzw 80% der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Bei der Rückerstattung der Pauschalgebühr handelt es sich nicht um einen Kostenersatzanspruch iSd § 74 AVG, sondern um eine eigenständige Regelung der Gebührenhöhe. Dies ist konsequent, da der Rückerstattungsanspruch sich nicht gegen einen „anderen Beteiligten“ richtet.⁶³⁴

5.3.3 Pauschalgebühr in den Ländern

Entsprechend den verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlagen haben die Länder von der Möglichkeit zur Festlegung einer Pauschalgebühr für vergabespezifische Rechtsschutzanträge Gebrauch gemacht. In den Landesvergaberechtsschutzgesetzen wurde die Rechtsprechung des VfGH entsprechend umgesetzt. Im Landesbereich handelt es bei der Pauschalgebühr um eine ausschließliche Landesabgabe iSd § 14 Abs 1 Z 16 FAG.

In den Ländern wurden teilweise abweichende Gebührenregelungen getroffen, sodass die Antragsteller die landesspezifische Rechtslage zu beachten haben. Während die Höhe der Pauschalgebühr im Landesbereich sich beinahe mit jener im Bundesbereich deckt,⁶³⁵ sind in Vorarlberg generell niedrigere Gebührensätze normiert⁶³⁶. Gemäß § 18 Abs 3 VlbG. Verg-NG wird die Höhe der Pauschalgebühr für einen Antrag mit höchstens EUR 3.800 beschränkt.

Im Bundesbereich fällt aufgrund der ausdrücklichen Bestimmung des § 318 Abs 2 BVergG keine zusätzliche Gebühr nach dem Gebührengesetz⁶³⁷ an. Im Landesbereich haben

⁶³² *Elsner/Keisler/Hahnl*, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 142.

⁶³³ Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, 1/ME 24. GP 27.

⁶³⁴ *Rosenkranz*, Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren (Teil I): Neuerungen im BVergG und Gebühren in den Ländern, ZVB 2008/22, 71, 72.

⁶³⁵ *Rosenkranz*, Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren (Teil II): Neuerungen im BVergG und Gebühren in den Ländern, ZVB 2008/31, 102.

⁶³⁶ § 2 Abs 1 Vorarlberger Verordnung über die Höhe und Einzahlung der Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren, LGBl. Nr 43/2008.

⁶³⁷ Gebührengesetz, BGBl. I Nr 267/1957, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 34/2009.

die Antragsteller doppelte Gebühren zu entrichten, obwohl ihnen im Nachprüfungsverfahren lediglich die Pauschalgebühr nach dem jeweiligen Landesvergaberechtsschutzgesetz ersetzt wird.⁶³⁸

5.3.3.1 Höhe

Im Landesbereich wird die konkrete Höhe der Pauschalgebühr grundsätzlich in der jeweiligen Pauschalgebührenverordnung⁶³⁹ geregelt. Lediglich in Salzburg und Wien entsprechen die Gebührensätze aufgrund der Anordnung im Anhang des WVRG bzw aufgrund der statischen Verweisung in § 19 Z 1 S.VKG „den im Anhang XIX des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl I Nr 17, festgesetzten Gebührensätzen“.

Hinsichtlich der abweichenden Landesregelungen im Vergleich zum Bundesbereich ist die Pauschalgebührenregelung in Niederösterreich anzuführen, die im Hinblick auf die Rechtsprechung des VfGH bedenklich ist.⁶⁴⁰ Erstens ist für den Antrag auf Erlassung einer EV sowie für jeden weiteren Antrag des Antragstellers im selben Vergabeverfahren die volle Gebührenhöhe zu entrichten. Zweitens sind auch der Antrag auf Erstreckung einer EV sowie der Feststellungsantrag auf Überleitung eines Nachprüfungs- in ein Feststellungsverfahren in voller Höhe zu vergebühren. Drittens sieht die Pauschalgebührenregelung in Niederösterreich noch „geistig-schöpferische“ Dienstleistungen (anstatt „geistiger“ Dienstleistungen) vor und kennt keine eigenen Gebührensätze für die direkte Zuschlagserteilung im Oberschwellen- und Unterschwellenbereich iSd §§ 132 Abs 3, 273 Abs 3 BVergG. Viertens fehlt eine Regelung der (teilweisen) Rückerstattung der Pauschalgebühr im Fall der Antragsrückziehung, was im Lichte der Rechtsprechung des VfGH bedenklich erscheint.

In Tirol unterscheidet sich die Pauschalgebührenregelung insofern von der Regelung im Bundesbereich, als der Antrag auf Erstreckung einer EV voll zu vergebühren ist. Gemäß § 2 Abs 5 Tir. Vergabepublikations- und Vergabenachprüfungsverordnung sind im Fall der Antragsrückziehung 50% der tatsächlich entrichteten Gebühr zurückzuerstatten. Der Antrag kann dabei bis zur Entscheidung des UVS Tirol zurückgezogen werden. Für den Antrag auf

⁶³⁸ *Rosenkranz*, Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren (Teil I): Neuerungen im BVergG und Gebühren in den Ländern, ZVB 2008/22, 70.

⁶³⁹ Burgenländische Vergabe-Pauschalgebührenverordnung, LGBl. Nr 31/2007; Kärntner Vergabe-Publikations- und Pauschalgebührenverordnung, LGBl. Nr 82/2008; Niederösterreichische Vergabe-Pauschalgebührenverordnung, LGBl. Nr 28/2003 (7200/2-0); Oberösterreichische Vergabe-Pauschalgebührenverordnung, LGBl. Nr 23/2007; Steiermärkische Vergabe-Pauschalgebührenverordnung, LGBl. Nr 48/2008; Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung, LGBl Nr 92/2006; Vorarlberger Verordnung über die Höhe und Einzahlung der Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren, LGBl. Nr 43/2008.

⁶⁴⁰ *Rosenkranz*, Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren (Teil II): Neuerungen im BVergG und Gebühren in den Ländern, ZVB 2008/31, 103.

Überleitung eines Nachprüfungs- in ein Feststellungsverfahren ist die volle Pauschalgebühr zu entrichten.⁶⁴¹

In Wien sieht die Pauschalgebührenregelung im Unterschied zum BVerG die Gebührenpflicht auch für den Antrag auf Erstreckung einer EV und auf Überleitung des Nachprüfungs- in ein Feststellungsverfahren vor.

5.4 Gebührenersatz

Die Pauschalgebühren sind als Kosten iSd § 74 AVG zu qualifizieren, deren Ersatz sich nach den Verwaltungsvorschriften richtet. Im öffentlichen Auftragswesen richtet sich der Ersatz der Pauschalgebühr daher nach dem BVerG und den Landesvergaberechtsschutzgesetzen.⁶⁴² Für die Antragsteller empfiehlt sich, gleichzeitig mit dem Antrag auch Gebührenersatz zu begehren.⁶⁴³ Der Gebührenersatzanspruch kommt dem obsiegenden Antragsteller gegen den Antragsgegner in der vollen Höhe verschuldensunabhängig zu.⁶⁴⁴

Gemäß § 319 Abs 1 BVerG besteht der Gebührenersatzanspruch für den Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag, wenn der Antragsteller (zumindest teilweise) obsiegt oder während des anhängigen Vergabekontrollverfahrens klaglos gestellt wird. Der Antragsteller ist nicht als obsiegend zu qualifizieren, wenn dem Gegenantrag des AG oder des präsumtiven Zuschlagsempfängers iSd § 312 Abs 3 Z 2 BVerG stattgegeben wird, wonach der Antragsteller selbst bei Einhaltung der Vergaberegeln keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte.⁶⁴⁵

Gemäß § 319 Abs 2 BVerG besteht der Gebührenersatzanspruch für den Antrag auf Erlassung einer EV, wenn dem Nachprüfungsantrag stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer EV ebenfalls stattgegeben wurde oder wenn der Antrag auf Erlassung einer EV nur aufgrund einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVerG ist zur Entscheidung über den Gebührenersatz das BVA zuständig. In dieser Hinsicht beträgt die Entscheidungsfrist des BVA höchstens drei Wochen ab Entstehen des Gebührenersatzanspruchs. Da ausdrücklich die dreiwöchige Frist normiert ist, gilt nicht die allgemeine sechsmonatige Entscheidungsfrist iSd § 73 Abs 1 AVG.⁶⁴⁶

⁶⁴¹ *Rosenkranz*, Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren (Teil II): Neuerungen im BVerG und Gebühren in den Ländern, ZVB 2008/31, 104, 105.

⁶⁴² *Thienel/Bauer*, Probleme des Kostenersatzes von Pauschalgebühren für einstweilige Verfügungen, ZVB 2005/98, 296 ff; *Thienel/Bratrschovsky*, Gebührenersatz nach § 177 Abs 5 BVerG – wirklich bei Gericht einzuklagen?, ZVB 2004/33, 102 ff.

⁶⁴³ *Sachs*, Verfahren im Öffentlichen Beschaffungswesen – Vergaberecht – Bundesvergabeamt, in *Sachs/Thanner* (Hrsg), Verfahren vor Sonderbehörden (2006) 305.

⁶⁴⁴ *Elsner/Keisler/Hahnl*, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 144.

⁶⁴⁵ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 136.

⁶⁴⁶ ErläutRV 127 BlgNr 23. GP 17.

5.4.1 *Gebührenersatz in den Ländern*

Entsprechend der verfassungsmäßigen Kompetenzgrundlagen haben die Länder den Ersatz von Pauschalgebühren abweichend von der Bundesregelung geregelt. In Burgenland, Kärnten, Vorarlberg und Wien wird die teilweise Rückerstattung der Pauschalgebühr bei Antragsrückziehung unter der Bestimmung mit dem Titel „Gebührenersatz“ iSd § 23 Abs 1 Bgld. VergRSG, § 7 Abs 8 K-VergRG, § 19 Abs 1 VlbG. Verg-NG bzw § 19 Abs 4 WVRG normiert. Im Fall der Antragsrückziehung richtet sich der Rückerstattungsanspruch jedoch nicht gegen den AG, sondern gegen die zuständige Landesvergabekontrollbehörde.

In Burgenland, Kärnten und Wien richtet sich die Höhe der Rückerstattung im Fall der Antragsrückziehung (im Unterschied zur Bundesregelung) nach der tatsächlich bezahlten Pauschalgebühr. Die Antragsrückziehung ist bis zur Entscheidung des UVS Burgenland, UVS Kärnten, des UVS Vorarlberg bzw VKS Wien zulässig. In Wien ist die Antragsrückziehung überdies auch im Fall der gütlichen Einigung iSd 21 Abs 3 WVRG zulässig. In Vorarlberg wird im Fall der Antragsrückziehung gemäß § 19 Abs 1 VlbG. Verg-NG jedoch nur die Hälfte der Pauschalgebühr rückerstattet.

Im Unterschied zum Rückerstattungsanspruch gegen die Vergabekontrollbehörde richtet sich der Gebührenersatzanspruch gegen den AG. In Burgenland und Oberösterreich findet der Gebührenersatz für den Antrag auf Erlassung einer EV gemäß § 23 Abs 3 Bgld. VergRSG und § 23 Abs 2 Oö. VergRSG nur statt, wenn dem Hauptantrag und dem Antrag auf Erlassung einer EV stattgegeben wird. Im Unterschied zur Bundesregelung besteht daher in Burgenland und Oberösterreich kein Ersatzanspruch auf die Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer EV, wenn dieser Antrag nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wird.

In Vorarlberg ist der Ersatzanspruch auf die Pauschalgebühr für den Nachprüfungs-, Feststellungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer EV zweifach begrenzt. Gemäß § 19 Abs 3 und Abs 4 VlbG. Verg-NG gebührt der Ersatzanspruch dem (zumindest teilweise) obsiegenden Antragsteller nur in der Höhe der Hälfte der Pauschalgebühr und nur sofern der UVS Vorarlberg nicht feststellt, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der Vergaberegeln keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte. Die Gebührenregelung in Vorarlberg ist bemerkenswert, da der Ersatzanspruch im Fall des (zumindest teilweisen) Obsiegens des Antragstellers auf die Hälfte der entrichteten Pauschalgebühr begrenzt ist. Nach allen anderen Bundes- und Landesregelungen steht der Gebührenersatzanspruch im Fall des Obsiegens des Antragstellers jedoch in voller Höhe zu. Wird der Antragsteller in Vorarlberg während des laufenden Vergabekontrollverfahrens klaglos gestellt, steht der Ersatzanspruch gemäß § 19 Abs 2 VlbG. Verg-NG auch nur in der halben Höhe der Pauschalgebühr zu.

5.5 Mündliche Verhandlung

Gemäß § 316 BVergG hat eine öffentliche mündliche Verhandlung stattzufinden, wenn das BVA dies für erforderlich hält oder wenn eine Partei die Durchführung der Verhandlung beantragt. Gemäß § 330 Abs 1 BVergG muss im Provisorialverfahren zur Erlassung einer EV keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

Gemäß § 316 Abs 3 BVergG kann der „Antragsteller“ die Verhandlungsdurchführung beantragen. Dieser Antrag muss bereits im Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag enthalten sein und kann später nicht mehr gestellt werden. Neben dem Antragsteller können auch der AG und „etwaige Antragsgegner“ die Verhandlungsdurchführung binnen einer angemessenen Frist von höchstens einer Woche beantragen. Als Antragsgegner kommen jene Unternehmer in Betracht, die durch die beantragte Entscheidung des Antragstellers in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen werden könnten.⁶⁴⁷

Der Verhandlungsentfall ist nur unter den Voraussetzungen des § 316 Abs 2 BVergG zulässig und nur soweit er nicht gegen Art 6 EMRK verstößt: im Fall der Zurückweisung des verfahrenseinleitenden Antrags; im Fall der Erlassung eines sonstigen verfahrensrechtlichen Bescheides; wenn bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

Gemäß § 306 Abs 3 BVergG entscheidet über die Anberaumung und den Entfall der mündlichen Verhandlung der Senatsvorsitzende, dem ein relativ weiter Ermessensspielraum eingeräumt ist. Die mündliche Verhandlung kann selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen für den Verhandlungsentfall und auch bei Fehlen eines Parteienantrags stattfinden. Bei der Ermessensausübung sind jedoch „selbstverständlich“ die Vorgaben des Art 6 EMRK und der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens iSd Art 2 Abs 8 (Sekt)RMRL zu beachten.⁶⁴⁸

Gemäß § 323 Abs 5 BVergG ist die Anberaumung der mündlichen Verhandlung im Nachprüfungsverfahren im Internet bekanntzumachen. Durch die Bekanntmachung können alle betroffenen Unternehmer von der Verhandlung Kenntnis erlangen.⁶⁴⁹ Bei der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung ist überdies auch der präsumtive Zuschlagsempfänger persönlich von der Anberaumung der Verhandlung zu verständigen.

Bei der Verhandlungsdurchführung gilt grundsätzlich das für die UVS geltende Verfahrensregime, um eine „zu starke Zersplitterung“ des Verfahrensrechts zu verhindern. In § 317 BVergG werden bestimmte Sonderregeln des AVG ausdrücklich für anwendbar erklärt, die etwa den Ausschluss der Öffentlichkeit von der Verhandlung und die Bescheiderlassung

⁶⁴⁷ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 135.

⁶⁴⁸ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 135.

⁶⁴⁹ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 139.

regeln. Es wird auch § 22 Mediengesetz⁶⁵⁰ für anwendbar erklärt, demzufolge in Verfahren vor den Zivilgerichten und vor den UVS Fernseh- und Rundfunkaufnahmen ausgeschlossen sind.⁶⁵¹

Entsprechend dem Grundsatz der unmittelbaren Beweisaufnahme iSd Art 6 EMRK ist das BVA gemäß § 314 Abs 1 BVergG auch zur Ladung von Personen mit Aufenthalt bzw Sitz außerhalb des Bundesgebietes befugt. Aufgrund der Abweichung von § 19 AVG kann das BVA daher auch ausländische Unternehmer laden. Dabei sind die Regeln des AVG über die Gebühren der Zeugen und Beteiligten sinngemäß anzuwenden.

⁶⁵⁰ Bundesgesetz über die Presse und andere publizistische Medien, BGBl. I Nr 314/1981, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 8/2009.

⁶⁵¹ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 135.

6. Nachprüfungsverfahren

Gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG ist das BVA zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Im Unterschied zur Entscheidungsbefugnis des BVA besteht in § 11 Abs 1 VlbG Verg-NG eine abweichende Regelung, wonach der UVS Vorarlberg „tunlichst“ über alle geltend gemachten Beschwerdepunkte zu entscheiden hat. Zwecks Verfahrensbeschleunigung soll durch die ausdrückliche landesspezifische Bestimmung verhindert werden, dass der UVS Vorarlberg nur über einen Beschwerdepunkt abspricht, der zur Nichtigerklärung bzw zur Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung des AG führt und über andere Beschwerdepunkte nicht abspricht, obwohl diese im fortzusetzenden Verfahren neuerlich relevant sein könnten und deshalb wieder zur Anfechtung führen könnten.⁶⁵²

Der Zweck des Nachprüfungsverfahrens liegt in der Berichtigung des angefochtenen Vergabeverfahrens.⁶⁵³ Das Nachprüfungsverfahren dient der Durchsetzung subjektiver Rechte von Bewerbern und Bietern, nicht der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens.⁶⁵⁴ Der Zweck des Nachprüfungsverfahrens zeigt sich darin, dass es antragsbedürftig ist und die Prüfungsbefugnis des BVA sich auf die geltend gemachten Beschwerdepunkte beschränkt.⁶⁵⁵

Die Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des AG erfolgt durch einen Rechtsgestaltungsbescheid und wirkt ex tunc.⁶⁵⁶ Da der Bescheid keiner Vollstreckung zugänglich ist, stellt sich die Frage nach der Konformität mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben. Gemäß Art 2 Abs 7 RMRL bzw Art 2 Abs 8 SektRMRL müssen Entscheidungen der Nachprüfungsbehörde wirksam durchgesetzt werden können. Gemäß Art 2 Abs 1 lit b) (Sekt)RMRL wird nur die Möglichkeit der Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen des AG gefordert. Es wird keine förmliche Vollstreckung verlangt. Die österreichische Konstruktion entspricht den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, da der AG nach der Nichtigerklärung seiner Entscheidung an die Rechtsanschauung des BVA gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG gebunden ist und die weiteren Entscheidungen des AG wiederum nachprüfbar sind.⁶⁵⁷

⁶⁵² Kraft, Vorarlberger Vergabenaachprüfungsgesetz, ZVB 2003/39, 103.

⁶⁵³ Reisner, Der Widerruf des Vergabeverfahrens, in Gruber/Gruber/Sachs (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 316.

⁶⁵⁴ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 100.

⁶⁵⁵ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 136.

⁶⁵⁶ Elsner/Keisler/Hahnl, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 165.

⁶⁵⁷ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 112.

6.1 System von gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen

Mit dem BVergG 2002 und den korrelierenden Landesvergaberechtsschutzgesetzen wurde ein spezifisches System von gesondert und nicht gesondert (bloß verbunden) anfechtbaren Entscheidungen eingeführt. Im österreichischen Vergaberechtssystem können daher nur bestimmte, taxativ aufgezählte Entscheidungen des AG bei den Vergabekontrollbehörden angefochten und für nichtig erklärt werden.

Das System von gesondert und bloß verbunden anfechtbaren Entscheidungen stellt zwingendes Recht dar. Es kann nicht durch Parteienvereinbarung abbedungen werden. Daher ist es unzulässig, in der Ausschreibung andere als die gesetzlichen gesondert anfechtbaren Entscheidungen des AG als anfechtbar festzulegen oder umgekehrt die gesetzlichen gesondert anfechtbaren Entscheidungen als unanfechtbar zu qualifizieren.⁶⁵⁸

Entsprechend dem gesetzlichen System können im Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG nur sog „gesondert anfechtbare“ Entscheidungen des AG angefochten werden. Nach der Verfahrensart werden die gesondert anfechtbaren Entscheidungen in § 2 Z 16 lit a) BVergG taxativ aufgezählt. Daher unterliegt nicht jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des AG der Vergabekontrolle.

Alle anderen, nicht ausdrücklich aufgezählten Entscheidungen des AG stellen bloß verbunden anfechtbare Entscheidungen iSd § 2 Z 16 lit b) BVergG dar. Sie können erst im Nachprüfungsantrag gegen die ihnen nächstfolgende gesondert anfechtbare Entscheidung des AG angefochten werden.⁶⁵⁹ Wird im Nachprüfungsantrag eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten, ist dieser gemäß § 322 Abs 2 Z 1 BVergG zurückzuweisen.⁶⁶⁰ In diesem Zusammenhang ist auf die abweichende landesgesetzliche Regelung in § 4 Abs 5 lit b) K-VergRG hinzuweisen. Demnach kann im fakultativen Vorverfahren bei der Ombudsstelle Kärnten auch eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung des AG angefochten werden.

Unter dem Begriff „Entscheidung“ ist nach der Legaldefinition des § 2 Z 16 BVergG jede Festlegung des AG im Vergabeverfahren zu verstehen. Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden werden als Entscheidungen iSd § 2 Z 16 BVergG nur die nach außen in Erscheinung tretenden Willenserklärungen und Unterlassungen des AG mit eigenständigem Erklärungswert qualifiziert.⁶⁶¹ Bloße Beschlüsse im Rahmen der internen Willensbildung können hingegen nicht angefochten werden.⁶⁶²

⁶⁵⁸ Hahnl, Unrichtige Auftraggeberfestlegungen und die Auswirkungen auf den Vergaberechtsschutz nach dem BVergG 2006, RPA 2006/3, 123.

⁶⁵⁹ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 133.

⁶⁶⁰ UVS Tirol 14.10.2008, 2008/K4/2396-9; BVA 14.11.2008, N/0122-BVA/04/2008-48 = RPA 2008/6, 338.

⁶⁶¹ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 117.

⁶⁶² ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 13.

Es ist „*nicht unproblematisch*“, dass der Gesetzgeber eine pauschale Kategorisierung von Entscheidungen in bedeutende (gesondert anfechtbare) und weniger bedeutende (nicht gesondert anfechtbare) Gruppen vornimmt.⁶⁶³ Es taucht die Frage nach der Konformität mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben auf. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist es für den effektiven Rechtsschutz wesentlich, dass solche Handlungen des AG angefochten werden können, die „*unmittelbar oder mittelbar eine Entscheidung in der Sache enthalten, die Fortführung des Verfahrens oder eine Verteidigung unmöglich machen oder Ansprüche oder berechnigte Interessen irreparabel beeinträchtigen*“.⁶⁶⁴ Das österreichische System erscheint zulässig, da die gesetzliche „*Segmentierung*“⁶⁶⁵ des Vergabeverfahrens in einzelne Abschnitte den Rechtsschutz strafft und rasche Nachprüfungsverfahren iSd Art 1 Abs 1 (Sekt)RMRL sichergestellt.⁶⁶⁶ Nichtsdestotrotz schlagen manche Autoren eine gänzliche Abschaffung des Systems von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen vor.⁶⁶⁷

6.1.1 Anfechtung und Nichtigkeitklärung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG ist der Anfechtungsgegenstand des Nachprüfungsantrags auf gesondert anfechtbare Entscheidungen des AG beschränkt. Damit übereinstimmend ist das BVA nur zur Nichtigkeitklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zuständig. Wenngleich das BVA nicht zur Nichtigkeitklärung von bloß verbunden anfechtbaren Entscheidungen des AG zuständig ist, kann sich für den AG nach den Gesetzesmaterialien „*in der Praxis dennoch die Konsequenz ergeben, eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung zu beseitigen, wenn deren Rechtswidrigkeit der Grund für die Nichtigkeitklärung der nachfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung war*“.⁶⁶⁸ Die Gesetzesmaterialien führen keinen praktischen Anwendungsfall an, sodass offen bleibt, ob durch die Nichtigkeitklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung auch alle anderen Entscheidungen eines Verfahrensabschnittes beseitigt werden.⁶⁶⁹

Hinsichtlich der gesondert anfechtbaren Entscheidungen ist auf die Neuerung gemäß §§ 140 Abs 8 bzw 279 Abs 8 BVergG hinzuweisen, wonach die Widerrufsentscheidung im Unterschwellenbereich entfallen und der Widerruf unmittelbar erklärt werden kann (dh ohne

⁶⁶³ *Hoffer/Barbist/Innerhofer*, Anfechtbare Entscheidungen, Direktvergabe und EV, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte II zum BVergG 2006* (2005) 282, 283.

⁶⁶⁴ EuGH 15.5.2003, Rs C-214/00, *Kommission/Spanien*, Rz 74.

⁶⁶⁵ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 13.

⁶⁶⁶ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg), *Bundesvergabegesetz 2006* (2009), § 312 Rz 146; aA *Hoffer/Barbist/Innerhofer*, Anfechtbare Entscheidungen, Direktvergabe und EV, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte II zum BVergG 2006* (2005) 283.

⁶⁶⁷ *Gruber/Gruber*, Reformbedarf im vergabespezifischen Rechtsschutzverfahren, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005) 283; *Hoffer/Barbist/Innerhofer*, Anfechtbare Entscheidungen, Direktvergabe und EV, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte II zum BVergG 2006* (2005) 296.

⁶⁶⁸ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 13, 133.

⁶⁶⁹ *Hahnl*, Unrichtige Auftraggeberfestlegungen und die Auswirkungen auf den Vergaberechtsschutz nach dem BVergG 2006, RPA 2006, 118, FN 4.

Abwarten der gesetzlichen Stillhaltefrist). Der AG hat die freie Wahl zwischen der gesondert anfechtbaren Widerrufsentscheidung und der unmittelbaren Widerrufserklärung. Der AG hat jedoch hinreichend klar zum Ausdruck zu bringen, ob er eine Widerrufsentscheidung erlässt oder den Widerruf unmittelbar erklärt.⁶⁷⁰ Im Fall der unmittelbaren Widerrufserklärung können beschwerte Unternehmer mangels einer gesondert anfechtbaren Entscheidung keinen Nichtigkeitsantrag stellen. Die Verkürzung des vergabespezifischen Rechtsschutzes erscheint nach der Rechtsprechung des VfGH zulässig. Im Unterschwellenbereich kann der Rechtsschutz beim Widerruf der Ausschreibung auf Feststellung und Schadenersatz beschränkt und keine vergabespezifische Nachprüfung zugelassen werden. Trotz der Geltung der primärrechtlichen Vorgaben im Unterschwellenbereich sei *"die Frage der Anfechtbarkeit der Entscheidung des Auftraggebers, eine Entscheidung zu widerrufen, nicht von diesen allgemeinen Grundsätzen erfasst"*.⁶⁷¹ Nach ständiger Rechtsprechung des VfGH ist der Gesetzgeber *"nicht gehalten, für Vergaben im Unterschwellenbereich einen gleich umfangreichen Rechtsschutz wie in Fällen des Oberschwellenbereichs zu gewähren"*.⁶⁷² Durch die unmittelbare Widerrufserklärung wird der vergabespezifische Primärrechtsschutz zurückgedrängt. Der zivilrechtliche Sekundärrechtsschutz gewinnt hingegen eine besondere Bedeutung.

6.1.2 Präklusionsfolge

Werden rechtswidrige, gesondert anfechtbare Entscheidungen des AG nicht rechtzeitig bei der zuständigen Vergabekontrollbehörde angefochten, kann ihre Rechtswidrigkeit in einem späteren Abschnitt des Vergabeverfahrens nicht mehr aufgegriffen werden. Es tritt die endgültige Präklusion ein, sodass die betreffende gesondert anfechtbare Entscheidung und die ihr zeitlich vorangehenden Entscheidungen bestandsfest werden und keiner Anfechtung mehr zugänglich sind.⁶⁷³

Aufgrund der Präklusion gehört die unangefochtene Entscheidung des AG trotz der Vergaberechtswidrigkeit dem Rechtsbestand an. Sowohl der AG als auch die Bieter bzw. Bewerber haben sich an die bestandskräftige rechtswidrige Entscheidung zu halten. Stellt der Vergaberechtsverstoß nicht gleichzeitig einen obligatorischen Widerrufsgrund dar, bleibt das Vergabeverfahren mit einem Mangel behaftet.

⁶⁷⁰ ErläutRV 127 BlgNr 23. GP 11.

⁶⁷¹ VfGH 19.6.2006, B 3378/05.

⁶⁷² VfSlg 16.027/2000; VfSlg 16.445/2002.

⁶⁷³ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 138.

An die Präklusionsfolge sind nicht nur der AG und die Unternehmer, sondern auch die Vergabekontrollbehörden gebunden. Diese dürfen die bestandskräftige Entscheidung des AG auch nicht im Rahmen der Nachprüfung späterer Entscheidungen inzident aufgreifen.⁶⁷⁴

6.2 Antragslegitimation

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG können beschwerte Unternehmer die Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des AG im Stadium bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf wegen Rechtswidrigkeit beantragen. Als Antragsteller kommen entsprechend der Legaldefinition des § 2 Z 36 BVergG nur „Unternehmer“ in Betracht. Die weite Definition umfasst neben natürlichen und juristischen Personen auch Arbeits-, Bewerber- sowie Bietergemeinschaften.⁶⁷⁵ Im Nachprüfungsverfahren kommt nur der Gemeinschaft insgesamt die Antragslegitimation zu, da nur mehr diese für die Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Einzelne Mitglieder der Arbeits- oder Bietergemeinschaft sind daher nicht antragslegitimiert. Scheidet ein Mitglied der Gemeinschaft nachträglich aus oder will es das Vergabeverfahren aus bestimmten Gründen nicht anfechten, ist der Nachprüfungsantrag unzulässig. Ein von nur einem Mitglied der Gemeinschaft im eigenen Namen gestellter Nachprüfungsantrag ist mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.⁶⁷⁶

Die Präklusionsfolge nach ungenutztem Ablauf der Nachprüfungsfristen und die damit einhergehende Bestandskraft von Entscheidungen des AG führt dazu, dass der Kreis antragslegitimierter Unternehmer sich mit dem Fortschreiten des Vergabeverfahrens zunehmend verengt.⁶⁷⁷ Da die Antragslegitimation nicht auf Unternehmer aus dem EWR-Bereich beschränkt ist, kann der Nachprüfungsantrag auch von Unternehmern aus Drittstaaten gestellt werden.⁶⁷⁸

Durch die aktuelle Gesetzesnovelle könnte der Kreis der antragslegitimierten Personen erweitert werden. Gemäß § 320 Abs 5 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll ein Antragsrecht der gesetzlichen Interessensvertretungen auf Nachprüfung von Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen eingeführt werden.⁶⁷⁹ Bei der geplanten Novellierung der Antragslegitimation handelt es sich um eine Angelenheit der Nachprüfung, sodass sie kompetenzrechtlich nur für AG im Bundesbereich maßgeblich wäre.

⁶⁷⁴ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 138; vgl etwa BVA, 18.1.2008, GZ N/0118-BVA/04/2007-36; VwGH 1.10.2008, 2005/04/0204.

⁶⁷⁵ BVA 8.9.2006, N/0070-BVA/05/2006-24 = RPA 2006, 252.

⁶⁷⁶ VwGH 29.6.2005, 2003/04/0096; BVA 8.9.2005, 05F-10/03-18 = ZVB 2005/108.

⁶⁷⁷ Thienel, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 320 Rz 32.

⁶⁷⁸ Thienel, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 320 Rz 13.

⁶⁷⁹ BKA, Aussendung zur Begutachtung: Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (23.10.2008) 4.

Die Erweiterung der Antragslegitimation wird seitens der Interessensvertretungen damit begründet, dass es sich bei der Nachprüfung vor dem Ablauf der Angebotsfrist regelmäßig um ein branchenweites (und nicht individuelles) Anliegen handle. Zu diesem Zeitpunkt seien die Kosten der Berichtigung von rechtswidrigen Ausschreibungsunterlagen noch relativ gering. Überdies könnte die erweiterte Antragslegitimation zur Anfechtung von Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen zur Qualitätssteigerung von Vergabeunterlagen und zur Verbesserung der Vergabepaxis führen. Würde den Interessensvertretungen die Antragslegitimation zur Anfechtung von Ausschreibungsunterlagen zukommen, könnte den Unternehmern ein unangenehmer Kampf gegen ihren „Brotgeber“ erspart bleiben.

Entsprechend dem „*traditionellen*“⁶⁸⁰ österreichischen Vergaberechtssystem ist der Nachprüfungsantrag im Stadium bis zur Zuschlagserteilung bzw. Widerrufserklärung zulässig. Nach der formellen Beendigung des Vergabeverfahrens kann nur mehr die Feststellung des Vergaberechtsverstoßes beantragt werden, die grundsätzlich eine zwingende Voraussetzung für die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche beim ordentlichen Zivilgericht gemäß § 341 Abs 2 BVergG darstellt. Die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren ist an zwei kumulative Voraussetzungen geknüpft.

6.2.1 *Interesse am Vertragsabschluss*

Das Nachprüfungsverfahren dient nicht der objektiven Rechtmäßigkeit des angefochtenen Vergabeverfahrens, sondern dem Schutz von subjektiven Rechten der Unternehmer.⁶⁸¹ Daher hat der Antragsteller als erste Antragsvoraussetzung das Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages auf plausible Weise zu behaupten.

Die Behauptung des Interesses am Vertragsabschluss darf keine inhaltsleere Phrase sein. Vielmehr hat der Antragsteller schlüssig vorzubringen, dass er Vertragspartner des AG werden möchte. Nach der Spruchpraxis des BVA ist das Interesse zu verneinen, wenn der Antragsteller bloß den Vertragsschluss zwischen dem AG und einem Mitbewerber verhindern möchte und nur „*äußerst unbestimmt und vage*“ angibt, grundsätzlich denselben Vertrag mit dem AG abschließen zu wollen wie der präsumtive Zuschlagsempfänger, jedoch nur unter der Einschränkung, dass der Vertragsschluss sich aufgrund der Tarife und Preise auszahlt.⁶⁸² Aufgrund des mangelnden Interesses können daher Unternehmer vom Vergaberechtsschutz ausgeschlossen werden, wenn sie kein Interesse am Erhalt des öffentlichen Auftrags haben⁶⁸³ oder für den Zuschlag gar nicht in Betracht kommen (zB aufgrund der mangelnden Eignung).

⁶⁸⁰ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 320 Rz 1.

⁶⁸¹ Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 100 ff.

⁶⁸² BVA 10.10.2008, N/0082-BVA/09/2008-56A = RPA 2008/6, 332 (Sakowitzsch).

⁶⁸³ VfGH 10.12.2001, B 405/99; VfGH 25.2.2002, B 357/00.

Nach der Spruchpraxis des BVA wird das Interesse am Vertragsabschluss auch nach dem Ablauf der Zuschlagsfrist bejaht, wenn der AG das Vergabeverfahren durch die Versendung einer weiteren Zuschlagsentscheidung fortsetzt und sich selektiv bei einem anderen Bieter um die Verlängerung der Angebotsbindungsfrist bemüht hat.⁶⁸⁴

Die Voraussetzung des Interesses am Vertragsabschluss begrenzt den Kreis der Antragsteller,⁶⁸⁵ sodass Populärträge ausgeschlossen sind⁶⁸⁶. Nach der Rechtsprechung des EuGH darf der Begriff des "*Interesses an einem öffentlichen Auftrag*" keinesfalls so eng ausgelegt werden, dass die Wirksamkeit der RMRL beeinträchtigt wird.⁶⁸⁷

Das Interesse setzt regelmäßig die Teilnahme am Vergabeverfahren durch die Angebotslegung voraus. Nach der Rechtsprechung des EuGH muss der Antragsteller bei diskriminierenden Ausschreibungsunterlagen ausnahmsweise kein (aussichtsloses) Angebot gelegt haben.⁶⁸⁸ Nach der Rechtsprechung des BVA kann das zunächst bestehende Interesse am Vertragsabschluss wieder verloren gehen, wenn das Gesamtverhalten des Bieters zeigt, dass er an der Zuschlagserteilung nicht mehr interessiert ist und lediglich den Erhalt einer Aufwandsentschädigung anstrebt.⁶⁸⁹

6.2.2 Schaden

Als zweite Voraussetzung für die Antragslegitimation muss dem Unternehmer durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sein oder zu entstehen drohen. Der Begriff des „Schadens“ umfasst nicht nur Vermögensschäden, sondern alle Nachteile, die aus dem Verlust der Teilnahmemöglichkeit am Vergabeverfahren und der Zuschlagserteilung resultieren.⁶⁹⁰ Bei der Geltendmachung des Schadens genügt, dass dieser plausibel erscheint; „*ins Einzelne gehende, genaueste Darlegungen*“ sind nicht notwendig.⁶⁹¹

Nach der Spruchpraxis des BVA liegt im (drohenden) Verlust von Marktanteilen aufgrund der Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber kein Schaden. Es entspricht nämlich der Realität des Wirtschaftslebens, dass ein Unternehmer am Markt anderen Mitbewerbern gegenübersteht und „*der Kuchen für den einzelnen Unternehmer – und zwar für jeden Unternehmer - kleiner wird*“.⁶⁹²

⁶⁸⁴ BVA 10.12.2008, N/0138-BVA/08/2008-57 = ZVB 2009/4, 128 (*Grasböck*).

⁶⁸⁵ *Keisler*, Recht auf Widerruf?, RPA 2007, 270.

⁶⁸⁶ VfSlg 16.391/2001, 16.411/2002.

⁶⁸⁷ EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99, *Universale Bau*, Rz 72; EuGH 19.6.2003, Rs C-410/01, *Fritsch Chiari*, Rz 34.

⁶⁸⁸ EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02, *Grossmann Air Service*.

⁶⁸⁹ BVA 29.9.2003, 11F-29/00-23; BVA 3.7.2005, 06N-40/05-25; BVA 3.7.2005, 06N-41/05-27.

⁶⁹⁰ BVA 29.4.1998, F-26/97-22; BVA 11.5.2001, N-52/01-12; BVA 17.9.2002, N-46/02-11; BVA 30.10.2002, N-58/02-05; BVA 19.8.2003, 17 N-80/03-13; BVA 26.4.2004, 12 N-2/04-55.

⁶⁹¹ VwGH 24.2.2006, 2004/04/2017.

⁶⁹² BVA 10.10.2008, N/0082-BVA/09/2008-56A = RPA 2008/6, 332 (*Sakowitsch*).

6.2.2.1 Geltendmachung eines zwingenden Ausscheidensgrundes durch den Auftraggeber

Im Zusammenhang mit dem Schadensbegriff ist auf die strittige Rechtsprechung des VwGH hinzuweisen, wonach die Antragslegitimation zwingend auszuschheidender (vom AG jedoch faktisch nicht ausgeschiedener) Unternehmer mangels Schadens verneint wird.⁶⁹³ Dabei wird das Bestehen eines Ausscheidensgrundes im Angebot des Antragstellers vorfrageweise (von Amts wegen oder aufgrund einer entsprechenden Einwendung des AG) geprüft. Nach der Spruchpraxis des BVA wird die Einwendung der fehlenden Antragslegitimation von Amts wegen aufgegriffen, sofern für die Ermittlung des zwingenden Ausscheidenstatbestandes keine Sachverständigenbestellung notwendig ist.⁶⁹⁴

In der Literatur wird die Spruchpraxis der österreichischen Vergabekontrollbehörden überwiegend kritisiert, da bereits bei der Prüfung der Antragslegitimation in systemwidriger Weise die objektive Chance des Antragstellers auf Zuschlagserteilung anhand der materiellen Rechtslage beurteilt wird.⁶⁹⁵ Diese Spruchpraxis vernachlässigt überdies auch die gesetzliche Aufgabenverteilung zwischen der Vergabekontrollbehörde und dem AG und führt zu einer unzulässigen Verlagerung der Angebotsprüfung auf die Vergabekontrollbehörde.⁶⁹⁶ Während die Angebotsprüfung und das Ausscheiden von Angeboten gemäß § 122 ff bzw § 267 ff BVergG zu den Aufgaben des AG gehören, ermöglicht die strittige Spruchpraxis dem AG die nachträgliche Sanierung einer unterlassenen oder nicht ordnungsgemäß durchgeführten Angebotsprüfung über die nachträgliche Einwendung der fehlenden Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren.⁶⁹⁷ In dieser Hinsicht verfolgen manche jüngere Entscheidungen der Vergabekontrollbehörden einen pragmatischen Weg, wonach die unzureichende Prüfung der Befugnis durch den AG „*nicht zum Nachteil [des Antragstellers] reichen darf*“ und die Antragslegitimation aufgrund eines behebbaren Mangels zu bejahen ist.⁶⁹⁸ Andernfalls könnte der AG die Angebotsprüfung gar nicht, nur sehr oberflächlich oder fehlerhaft durchführen, „*da im Streitfall eine ordnungsgemäße Prüfung jedenfalls durch die Nachprüfungsbehörde vorzunehmen wäre, die dann gleichsam als Erfüllungsgehilfe für den Auftraggeber tätig werden würde*“.⁶⁹⁹

⁶⁹³ VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050; VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; VwGH 1.3.2005, 2003/04/0039; VwGH 28.3.2007, ZI 2005/04/0200; VwGH 3.9.2008, 2005/04/0082.

⁶⁹⁴ BVA 18.6.1998, F-3/98-12; BVA 2.10.2003, 17N-80/03-37; BVA 13.7.2005, 17N-56/05-33; BVA 6.12.2006, N/0089-BVA/08/2006-88 = ZVB 2007/13, 45 (*Grasböck*); BVA 13.4.2007, N/0019-BVA/11/2007-24.

⁶⁹⁵ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 320 Rz 58 ff.

⁶⁹⁶ *Etlinger*, Unvollständige Angebotsprüfung: Keine Substitution durch das BVA, RPA 2007, 119; *Thienel*, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, RPA 2003, 7.

⁶⁹⁷ *Keisler*, UVS Oberösterreich zu Vollmachtsurkunde und Zweigniederlassung, RPA 2006, 25.

⁶⁹⁸ UVS Oö. 13.10.2005, VwSen-550232.

⁶⁹⁹ BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32; BVA 27.3.2007, N/0011-BVA/03/2007-24; vgl auch BVA 23.3.2007, N/0015-BVA/05/2007-32.

In der deutschen Literatur wird die Frage der Zulässigkeit der amtswegigen Prüfung von zwingenden Ausscheidensgründen unter dem Begriff „*ungefragte Fehlersuche*“ überaus kritisch diskutiert. Es könne nicht das Ziel des Vergabekontrollverfahrens sein, „*dass sich die Vergabekammer oder die Vergabestelle anlässlich eines Nachprüfungsverfahrens gleichsam ungefragt auf Fehlersuche begibt*“. ⁷⁰⁰ Die Vergabekammer setze sich damit nicht nur an die Stelle der Vergabestelle, sondern mache sich darüber hinaus „*von Amts wegen quasi zum Streithelfer*“ des Antragsgegners. Prüft die Vergabekontrollbehörde den Vergabeakt nicht bis ins kleinste Detail auf das Vorliegen zwingender Ausscheidensgründe durch, bleibe eine solche Prüfung „*punktuell, zufällig und damit willkürlich*“ und führe nur zu einer „*selektiven Säuberung des Vergabeverfahrens*“.

6.2.2.2 Geltendmachung eines zwingenden Widerrufsgrundes durch den Antragsteller

Nach der strittigen Rechtsprechung des VwGH seien zwingend auszuschließende bzw vom AG zu Recht ausgeschlossene Bieter mangels Schadens selbst dann nicht antragslegitimiert, wenn sie das Vorliegen eines obligatorischen Widerrufsgrundes geltendmachen. ⁷⁰¹ Die Antragsteller können aufgrund der Verwirklichung eines Ausscheidenstatbestandes zwar nicht behaupten, dass sie wegen der Nichterteilung des Zuschlags einen Schaden erleiden würden. Ihr Schaden könnte jedoch (durch die Unterlassung des zwingenden Widerrufs) im Verlust der Möglichkeit der Zuschlagserteilung in einem folgenden Vergabeverfahren liegen. ⁷⁰²

Nach der Rechtsprechung des VwGH wird das Vorliegen des Schadens durch Entfall der Teilnahmemöglichkeit an einem folgenden Vergabeverfahren unter Verweis auf die Rs *Hackermüller* ⁷⁰³ grundsätzlich verneint. Ausschreibungs- bzw vergaberechtswidrig handelnde Unternehmer seien nicht schützenswert. Ausnahmsweise wird die Antragslegitimation vom VwGH unter Verweis auf die Rs *Grossmann Air Service* ⁷⁰⁴ bejaht, wenn der Bieter aus einem Grund nicht für den Zuschlag in Betracht kommt, der auf eine diskriminierende oder von keinem Unternehmer erfüllbare Ausschreibung zurückzuführen ist. Diese Ausnahme führt im österreichischen Präklusionssystem jedoch dazu, dass die Ausschreibungsbedingungen im Stadium des Zuschlags bereits bestandskräftig geworden sind und der ausgeschlossene bzw

⁷⁰⁰ *Irmer*, Ausschluss vom Vergabeverfahren, Antragsbefugnis im Nachprüfungsverfahren und Pflicht zur Beteiligung des ausgeschlossenen Bieters im neuen Vergabeverfahren, *VergabeR* 2007/2, 149.

⁷⁰¹ VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050 = wbl 2001/165 = bbl 2001/22; VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094 = ZVB 2006/16 (*Gruber*); VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200 = ZVB 2007/4, 176 (*Reisner*); VwGH 23.5.2007, 2005/04/0103, 0106; VwGH 26.7.2007, 2003/04/0074 = ZVB 2007/80 (*Pachner*); VwGH 12.9.2007, 2005/04/0181.

⁷⁰² BVA 20.4.2001, N-43/01-20, N-46/01-18; BVA 26.4.2004, 12N-02/04-55; BVA 6.10.2004, 06N-94/04-12; BVA 8.6.2005, 07N-31/05-52.

⁷⁰³ *Mischo*, SA Rs C-249/01, 25.2.2003, *Hackermüller*, Rz 62.

⁷⁰⁴ EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02, *Grossmann Air Service*.

auszuscheidende Bieter sein Recht auf Widerruf „sozusagen unwiderruflich verliert“.⁷⁰⁵ Es ist kritisch anzumerken, dass der zitierten Rechtsprechung des EuGH andere Sachverhalte als vor dem VwGH zugrunde lagen und sie daher nicht ohne Weiteres verallgemeinernd auf die Konstellation des auszuscheidenden bzw ausgeschiedenen Bieters bei der Geltendmachung eines Widerrufsgrundes übertragbar ist. Die ständige Rechtsprechung des VwGH ermöglicht dem AG die willkürliche Entscheidung, bei Vorliegen eines Ausscheidensgrundes bei allen Bietern entweder den Widerruf zu erklären oder den Zuschlag an seinen bevorzugten Bieter zu erteilen und alle anderen Bieter auszuschneiden.⁷⁰⁶

In der Literatur wird die Antragslegitimation des auszuscheidenden bzw des faktisch ausgeschiedenen Bieters bei Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes weit ausgelegt.⁷⁰⁷ Die Antragsvoraussetzungen in Art 1 Abs 3 (Sekt)RMRL sind ebenfalls weit formuliert. Im folgenden Vergabeverfahren könnte eine transparente Auftragsvergabe an den "tatsächlichen Bestbieter"⁷⁰⁸ gewährleistet werden.

Nach der Rechtsprechung des BGH und nach der deutschen Spruchpraxis wird die Antragslegitimation des auszuscheidenden bzw ausgeschiedenen Bieters ebenfalls bejaht. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebiete die Nachprüfung, ob auch die übrigen Angebote mit denselben oder anderen Mängeln behaftet sind.⁷⁰⁹

6.2.3 Rechtswidrigkeit

Zusätzlich zum Interesse am Vertragsschluss und zum Schaden hat der Antragsteller eine (zumindest mögliche) Rechtswidrigkeit zu behaupten. Der Antragsteller muss Träger eines subjektiven Rechtes sein, das durch das materielle Vergaberecht eingeräumt wird.⁷¹⁰ Nach der Rechtsprechung des VfGH sind daher Populanträge ohne subjektiv-rechtlichen Bezug des Antragstellers ausgeschlossen.⁷¹¹

⁷⁰⁵ Keisler, Recht auf Widerruf?, RPA 2007, 272.

⁷⁰⁶ Essletzichler, Antragslegitimation ausgeschiedener und auszuscheidender Bieter: Freie Wahl des Zuschlagsempfängers an Stelle eines zwingenden Widerrufs?, in FS zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2008) 387.

⁷⁰⁷ Breitenfeld, Antragslegitimation – Ausscheiden von Angeboten, in Gruber/Gruber/Sachs (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 330; Essletzichler, Antragslegitimation ausgeschiedener und auszuscheidender Bieter: Freie Wahl des Zuschlagsempfängers an Stelle eines zwingenden Widerrufs?, in FS zum 30-jährigen Bestehen der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht: Aktuelles zum Bau- und Vergaberecht (2008) 398; Keisler, Recht auf Widerruf?, RPA 2007, 275; Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 320 Rz 52 ff.

⁷⁰⁸ VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; BVA 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8.

⁷⁰⁹ VK Bund 17.1.2002, VK 2-46/01; OLG Düsseldorf 30.7.2003, Verg 20/03; OLG Düsseldorf 19.11.2003, Verg 22/03; OLG Dresden 31.3.2004, WVerg 0002/04; VK Sachsen-Anhalt 9.8.2004, VK 2-LvwA LSA 23/04; BGH 26.9.2006, X ZB 14/06; VK Sachsen-Anhalt 19.12.2007, 1 VK LVwA 28/07.

⁷¹⁰ Thienel, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBl 1993, 379, 382.

⁷¹¹ VfGH 10.12.2001, B 405/99; VfSlg 16391/2001; VfGH 25.2.2002, B 357/00; VfSlg 16411/2002.

Zwischen der Rechtswidrigkeit und dem Schaden muss ein kausaler Zusammenhang bestehen. Die Antragslegitimation ist daher zu verneinen, wenn selbst bei Vermeidung der Rechtswidrigkeit kein Schaden entstanden sein konnte oder entstehen kann.⁷¹²

6.3 Antragsinhalt

In § 322 Abs 1 Z 1 – Z 8 BVergG wird der zwingende Inhalt des Nachprüfungsantrags normiert. Im Fall des Fehlens des gesetzlichen Mindestinhalts ist der Antrag zurückzuweisen. Die Aufzählung der Zurückweisungsgründe in § 322 Abs 2 BVergG ist lediglich demonstrativ (arg: „jedenfalls“).

Gemäß § 322 Abs 1 Z 1 BVergG hat der Nachprüfungsantrag das zugrundeliegende Vergabeverfahren genau zu bezeichnen. Es ist unzulässig, einen Nachprüfungsantrag ohne Vorliegen eines konkreten Vergabeverfahrens zu stellen.⁷¹³ Ferner ist im Nachprüfungsantrag die bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung des AG genau zu bezeichnen. Nach der Spruchpraxis des BVA wird an die genaue Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung des AG kein strenger Maßstab gelegt, wenn sich „*eindeutig im Gesamtzusammenhang*“ ergibt, welche gesondert anfechtbare Entscheidung im Nachprüfungsantrag angefochten wird. Unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs ist daher die von einem (spanischen, mit der österreichischen Rechtslage und Diktion nicht vertrauten) Antragsteller gewählte Formulierung „*Annulierung des Zuschlages*“ bloß als Vergreifen im Ausdruck anzusehen.⁷¹⁴

Gemäß § 322 Abs 1 Z 2 BVergG hat der Nachprüfungsantrag ferner die genaue Bezeichnung des AG zu enthalten. Unter dem Begriff „Auftraggeber“ ist entsprechend der Legaldefinition in § 2 Z 8 BVergG jener Rechtsträger zu verstehen, der zivilrechtlicher Vertragspartner des Zuschlagsempfängers werden soll. Demgegenüber handelt es sich bei der „vergebenden Stelle“ lediglich um eine Organisationseinheit bzw um einen Bevollmächtigten des AG, die bzw der das Vergabeverfahren durchführt.

Durch den neuen § 322 Abs 1 Z 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 wird der Antragsinhalt erweitert. Demnach soll der Antragsteller neben der Bezeichnung des AG auch die "elektronische Adresse" des AG im Nachprüfungsantrag angeben. Gemäß § 43 Abs 6 bzw § 204 Abs 6 BVergG haben zwar AG ohnehin bereits in der Ausschreibung zwingend eine Faxnummer oder eine elektronische Adresse bekanntzugeben, an die das BVA gemäß § 315 Abs 1 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 schriftliche Erledigungen zu übermitteln hat. Die elektronische Adresse des AG soll im Antrag deswegen angegeben werden, damit auch im Fall eines Verstoßes des AG gegen die Pflicht zur Bekanntgabe seiner elektronischen

⁷¹² VwGH 27.9.2000, 2004/04/0050; BVA 28.1.2005, 04N-131/04-38.

⁷¹³ *Elsner/Keisler/Hahnl*, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 177.

⁷¹⁴ BVA 8.10.2008, N/0122-BVA/04/2008-EV18 = RPA 2008/6, 337.

Adresse in der Ausschreibung eine vereinfachte elektronische Übermittlung von Erledigungen ermöglicht wird.⁷¹⁵

Gemäß § 322 Abs 1 Z 3 BVergG hat der Nachprüfungsantrag eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsschluss und insb bei der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung den präsumtiven Zuschlagsempfänger zu bezeichnen.

Gemäß § 322 Abs 1 Z 4 BVergG hat der Nachprüfungsantrag ferner den drohenden bzw bereits eingetretenen Schaden zu bestimmen. Die konkrete Schädigung ist auch der Höhe nach zu bescheinigen.⁷¹⁶

Gemäß § 322 Abs 1 Z 5 BVergG hat der Nachprüfungsantrag ein subjektives Recht zu bezeichnen, in dem der Antragsteller sich verletzt erachtet. Durch den Beschwerdepunkt wird der Amtswegigkeitsgrundsatz iSd § 39 Abs 2 AVG beschränkt. Eine Rechtswidrigkeit kann von der Vergabekontrollbehörde nur dann aufgegriffen werden, wenn der Antragsteller die Rechtswidrigkeit im Nachprüfungsantrag als Beschwerdepunkt geltendgemacht hat. Die Beschwerdepunktregel zielt nach dem Vorbild des § 41 Abs 1 VwGG auf die Zentrierung des Nachprüfungsverfahrens (nur) auf die Prüfung der Verletzung der geltendgemachten Rechte.⁷¹⁷ Entsprechend des Zwecks des Nachprüfungsverfahrens kommen nur subjektive Rechte des Antragstellers in Betracht, nicht bloße objektive Rechtsverstöße.⁷¹⁸

Gemäß § 322 Abs 1 Z 6 BVergG hat der Nachprüfungsantrag die Gründe zu enthalten, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt. Das BVA ist an die angegebene Begründung jedoch nicht gebunden.⁷¹⁹

Gemäß § 322 Abs 1 Z 7 BVergG hat der Nachprüfungsantrag das bestimmte Begehren zu enthalten, die bekämpfte gesondert anfechtbare Entscheidung des AG für nichtig zu erklären. Wird im Nachprüfungsantrag auch die Rechtswidrigkeit einer vorangehenden, nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung releviert, hat dies im Rahmen des Beschwerdepunktes und der Begründung zu erfolgen.⁷²⁰

Gemäß § 322 Abs 1 Z 8 BVergG hat der Nachprüfungsantrag auch Angaben über die Rechtzeitigkeit der Antragstellung zu enthalten.

⁷¹⁵ Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, 1/ME 24. GP 23.

⁷¹⁶ *Elsner/Keisler/Hahnl*, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 180.

⁷¹⁷ *Gruber/Gruber*, Reformbedarf im vergabespezifischen Rechtsschutzverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 264.

⁷¹⁸ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 320 Rz 100.

⁷¹⁹ *Elsner/Keisler/Hahnl*, Vergaberechtsschutz in Österreich (2004) Rz 181.

⁷²⁰ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 138.

6.4 Antragsfristen

Für die Einbringung des Nachprüfungsantrags werden in § 321 BVergG verfahrensrechtliche Präklusionsfristen normiert. Ihre Berechnung richtet sich nach §§ 32 ff AVG.⁷²¹ Gemäß § 321 Abs 1 Z 7 BVergG ist grundsätzlich eine 14-tägige Antragsfrist vorgesehen. Ausnahmsweise gilt gemäß § 321 Abs 1 Z 1 – Z 6 BVergG eine bloß 7-tägige Antragsfrist (zB Anfechtung der Direktvergabe; Unterschwellenbereich; Vergabeverfahren mit verkürzten Angebotsfristen).

Durch die aktuelle Gesetzesnovelle soll das Fristenregime neu geregelt und an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben iSd Art 2c (Sekt)RMRL angepasst werden. Gemäß § 321 Abs 1 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll die Regelantragsfrist von bisher 14 Tagen auf zehn Tage reduziert werden, wenn die gesondert anfechtbare Entscheidung des AG als Regelfall auf elektronischem Weg oder per Telefax übermittelt bzw veröffentlicht wird. Nach den Gesetzesmaterialien *„davon ausgegangen, dass [die kürzere 10-tägige Regelfrist] ausreichend ist, um einen Nachprüfungsantrag auszuformulieren“*.⁷²² Die Regelfrist von zehn Tagen soll auf 15 Tage verlängert werden, wenn die gesondert anfechtbare Entscheidung des AG auf brieflichem Weg übermittelt wird.

Gemäß § 321 Abs 2 und Abs 3 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll für die Anfechtung unterschwelliger Vergaben und der Direktvergabe ausnahmsweise eine kürzere Frist von sieben Tagen gelten. Die aktuelle Novelle übernimmt hingegen nicht die anderen Fälle der Fristverkürzung iSd § 321 Abs 1 Z 1 - Z 4 BVergG, da eine bloß siebentägige Antragsfrist im Oberschwellenbereich der gemeinschaftsrechtlichen Mindestfrist von zehn Tagen iSd Art 2c (Sekt)RMRL widersprechen würde.

In § 321 Abs 2 BVergG ist eine Sonderregel für die Anfechtung von Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen und für die Anfechtung der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags normiert. Nach dieser Sonderregel ist der Nachprüfungsantrag spätestens sieben Tage vor dem Ablauf der Angebotsfrist, der Teilnahmefrist, bzw der Frist zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten zu stellen. Beträgt diese Frist weniger als 15 Tage, ist der Antrag spätestens drei Tage davor zu stellen. Die Sonderregel normiert keine Frist iSd AVG, sondern lediglich einen Endzeitpunkt, bis zu dem ein Nachprüfungsantrag einzubringen ist. Daher sind die Bestimmungen des § 33 AVG auf diese Sonderregel nicht anwendbar.⁷²³

Durch die Rückrechnung des Endzeitpunktes für die Anfechtung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen bzw der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags wird die Vergabepaxis berücksichtigt, wonach Ungereimtheiten der Vergabeunterlagen meist erst

⁷²¹ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 137.

⁷²² Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, 1/ME 24. GP 23.

⁷²³ *Hengstschläger/Leeb*, Kommentar zum Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetz, Band I (2004) § 32 Rz 1.

gegen Ende der Angebots- bzw. Teilnahmefrist entdeckt werden.⁷²⁴ Durch die Rückrechnung des Endzeitpunktes der Antragsfrist soll dem AG die rechtzeitige Berichtigung rechtswidriger Vergabeunterlagen ermöglicht werden, wodurch der Widerruf des Vergabeverfahrens und die Notwendigkeit einer Neuausschreibung vermieden werden können.⁷²⁵

Gemäß § 321 Abs 4 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll die Antragsfrist für den Sonderfall der Anfechtung von Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen bzw. der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrags ebenfalls einer Novellierung unterzogen werden. Der Nachprüfungsantrag soll nur dann bis spätestens sieben Tage vor dem Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten bzw. der Teilnahmefrist gestellt werden können, sofern diese Fristen mehr als 17 Tage bzw. bei brieflicher Übermittlung der betreffenden Unterlagen mehr als 22 Tage betragen. Andernfalls soll die Regelantragsfrist von zehn bzw. 15 Tagen ab Absendung der Vergabeunterlagen iSd § 321 Abs 1 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 gelten.

Gemäß § 320 Abs 2 BVergG kann die Ausscheidensentscheidung zusammen mit der Zuschlags- oder Widerrufsentscheidung in einem vergebürhten Antrag innerhalb der für die Anfechtung der Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung normierten Frist angefochten werden, wenn die Frist zwischen dem Zugang der Ausscheidensentscheidung und der Bekanntgabe der Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung kürzer als die Antragsfrist iSd § 321 BVergG ist.

6.4.1 Fristenlauf

Die Antragsfrist beginnt mit der Kenntnis bzw. dem Kennen-Müssen des Antragstellers von der gesondert anfechtbaren Entscheidung des AG. Fällt das Fristenende auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder den Karfreitag, gilt als letzter Tag der Frist der vorausgegangene Werktag.

Gemäß § 321 Abs 1 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll der Fristenlauf mit der Absendung der Mitteilung der gesondert anfechtbaren Entscheidung des AG bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung beginnen. Nach Art 2c (Sekt)RMRL beginnt der Fristenlauf hingegen ab jenem Tag, der der Absendung der Mitteilung der Entscheidung des AG folgt. Die Konformität mit den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben folgt aus § 56 Abs 3 BVergG, wonach bei der Berechnung einer (in Tagen zu berechnenden) Frist der Tag des fristauslösenden Ereignisses nicht mitgerechnet wird.

Gemäß § 321 Abs 3 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll der Fristenlauf bei der Anfechtung der Direktvergabe ausnahmsweise nicht mit der Absendung der Entscheidung des AG beginnen, sondern mit der Kenntnis bzw. dem Kennen-Müssen des Antragstellers von der Direktvergabe. Diese Ausnahme folgt daraus, dass bei der Direktvergabe per definitionem

⁷²⁴ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 138.

⁷²⁵ ErläutRV 127 BlgNr 23. GP 17.

weder eine Absendung noch eine Bekanntmachung der gesondert anfechtbaren Entscheidung erfolgt.

Die geplante Novellierung des Fristengerimes ist im Lichte der Rechtsprechung des VfGH zu kurzen Antragsfristen kritisch zu durchleuchten.⁷²⁶ In der Vergabepaxis könnte die Situation eintreten, dass eine gesondert anfechtbare Entscheidung des AG unmittelbar vor den Weihnachtsferien abgesendet wird (zB am 23. Dezember) und den betroffenen Unternehmern erst nach dem Ablauf der kurzen Antragsfrist zugestellt wird (zB erst nach dem Ablauf der 7-tägigen Frist im Unterschwellenbereich).

Nach der Rechtsprechung des VfGH wird die fristgerechte Anfechtung „*im Hinblick auf die Einrechnung des Postenlaufes in die – kurze - Frist [von einer Woche]*“ erheblich erschwert. Die Ausübung des Anfechtungsrechtes wird dem Rechtsschutzwerber praktisch unmöglich gemacht, wenn ihm aufgrund von Zustellverzögerungen keine ausreichende Zeit zur begründeten Anfechtung verbleibt, „*wobei zur Untermauerung der behaupteten Rechtswidrigkeiten vom Anfechtungswerber vor Einbringen der Anfechtung erfahrungsgemäß oft weitwendige Erhebungen durchgeführt werden müssen*“.⁷²⁷ Nach der ständigen Judikatur des VfGH haben Rechtsschutzeinrichtungen ein gewisses Mindestmaß an faktischer Effizienz aufzuweisen. Hinsichtlich der Dauer der Rechtsmittelfrist verlangt dieser Grundsatz, dass der Rechtsschutzwerber „*sein Rechtsmittel in einer Weise ausführen [kann], die sowohl dem Inhalt der anzufechtenden Entscheidung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht adäquat ist als auch dem zu dieser Entscheidung führenden, allenfalls mit Mängeln belasteten Verfahren*“.⁷²⁸

Im Lichte der Rechtsprechung des VfGH erscheinen die Fristen zur Einbringung des Nachprüfungsantrags nach der geplanten Gesetzesnovelle bedenklich, da sie besonders kurz sind und bereits mit der Absendung bzw mit der Bekanntmachung der gesondert anfechtbaren Entscheidung zu laufen beginnen sollen. Aufgrund von Zustellverzögerungen außerhalb des Einflussbereiches des Rechtsschutzwerbers kann die rechtzeitige Stellung eines begründeten Nachprüfungsantrags faktisch verhindert werden. Diese Verkürzung des Rechtsschutzes kann auch nicht mit der „*Eilbedürftigkeit der Sache*“⁷²⁹ im Vergabekontrollverfahren gerechtfertigt werden.

6.4.2 Rechtzeitigkeit

Gemäß § 322 Abs 3 BVergG gilt der Nachprüfungsantrag auch dann als rechtzeitig gestellt, wenn weder die Bekanntmachung noch die Ausschreibungsunterlagen entgegen § 80 BVergG eine Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde enthalten und der Antrag bei einer

⁷²⁶ VfGH 4.12.1997, WI-8/96; VfSlg 9234/1981.

⁷²⁷ VfGH 9.10.1981, G 50/81.

⁷²⁸ VfGH 24.6.1998, G 31/98, G 79/98, G 82/98, G 108/98; VfGH 15.6.1999, G 56/99.

⁷²⁹ VfGH 28.11.2005, G 94/05.

„nicht offenkundig unzuständigen“ Vergabekontrollbehörde eingebracht wird. Die Annahme der Zuständigkeit der angerufenen Vergabekontrollbehörde muss aufgrund des Verlaufs des Vergabeverfahrens oder aufgrund der Vergabeunterlagen plausibel erscheinen.⁷³⁰

Enthalten die Ausschreibungsunterlagen oder die Bekanntmachung eine unrichtige Angabe über die Vergabekontrollbehörde, gilt die Antragsfrist als gewahrt, wenn der Antrag bei der in den Ausschreibungsunterlagen bzw in der Bekanntmachung angegebenen Behörde eingebracht wird.

Die Versäumung der Antragsfrist führt zur endgültigen Präklusion, sodass weder die gesondert anfechtbare Entscheidung noch die ihr zeitlich vorangehenden Entscheidungen des AG nicht mehr bekämpft werden können. Trotz einer Vergaberechtswidrigkeit sind sowohl der AG, als auch die Unternehmer und die Vergabekontrollbehörde an die bestandskräftigen Entscheidungen gebunden. Daher darf das BVA die Rechtswidrigkeit der bestandskräftigen Entscheidungen auch nicht im Rahmen der Nachprüfung späterer Entscheidungen inzident aufgreifen.⁷³¹

6.5 Verfahren

Im Nachprüfungsverfahren hat der Senatsvorsitzende den Eingang eines „nicht offenkundigen unzulässigen“ Antrags gemäß § 323 Abs 1 BVergG im Internet bekanntzumachen. Durch die Bekanntmachung können betroffene Unternehmer von der Verfahrenseinleitung Kenntnis erlangen und durch die rechtzeitige Erhebung begründeter Einwendungen ihre Parteistellung wahren. Die Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung erfolgt zweckmäßigerweise auf der Homepage des BVA⁷³². Dabei kann der Verfahrensaufwand durch die Verwendung von Standardformularen gering gehalten werden. Neben der Bekanntmachung im Internet besteht die Pflicht zur persönlichen Verständigung des AG von der Verfahrenseinleitung und im Fall der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung auch die Pflicht zur persönlichen Verständigung des präsumtiven Zuschlagsempfängers.

Ein offenkundig unzulässiger Nachprüfungsantrag ist hingegen zurückzuweisen. Die Prüfung der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags durch den Senatsvorsitzenden ist für den Senat nicht bindend. Wird der Nachprüfungsantrag daher vom Senatsvorsitzenden zunächst als zulässig qualifiziert, kann der Senat den Antrag noch immer als unzulässig zurückweisen. Umgekehrt kann der Senat auch einen vom Senatsvorsitzenden als unzulässig qualifizierten Antrag nachträglich für zulässig erklären.⁷³³

⁷³⁰ ErläutRV 127 BlgNr 23. GP 18.

⁷³¹ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 138.

⁷³² www.bva.gv.at (15.5.2009).

⁷³³ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 139.

Gemäß § 320 Abs 3 BVergG kommt dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung auf das angefochtene Vergabeverfahren zu. Daher spielt die einstweilige Verfügung iSd § 329 BVergG eine besondere Rolle.

Im Nachprüfungsverfahren können auch Mutwillensstrafen iSd § 35 AVG verhängt werden. Die Höhe der Mutwillensstrafe beträgt 1% des geschätzten Auftragswertes, höchstens jedoch EUR 20.000. Für die Bemessung ist § 19 VStG sinngemäß anzuwenden.

6.5.1 Parteien

Gemäß § 324 Abs 1 BVergG gehören zu den Parteien des Nachprüfungsverfahrens jedenfalls der AG und der Antragsteller. Die Parteistellung kommt überdies auch dem präsumtiven Zuschlagsempfänger und anderen Unternehmern zu, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung in ihren rechtlich geschützten Interessen beeinträchtigt werden könnten.

Die Unternehmer und der präsumtive Zuschlagsempfänger können die Parteistellung jedoch nachträglich gemäß § 324 Abs 3 BVergG wieder verlieren, wenn sie nicht fristgerecht ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung erheben. Die Einwendungsfrist beträgt zwei Wochen ab der persönlichen Verständigung von der Verfahrenseinleitung bzw ab der entsprechenden Bekanntmachung im Internet. Findet die Verhandlung vor dem Ablauf der Einwendungsfrist statt, sind die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung zu erheben. Diese strenge Präklusionsregel dient der Straffung des Nachprüfungsverfahrens. Im Fall des Verlusts der Parteistellung wegen der unterlassenen Erhebung von Einwendungen ist § 42 AVG sinngemäß anzuwenden. Dadurch ist eine „Quasi-Wiedereinsetzung“ in den vorigen Stand möglich.⁷³⁴

6.5.2 Verfahrensverbindung

Entsprechend dem Rechtsschutzregime des BVergG können mehrere Unternehmer gegen ein und dieselbe Entscheidung des AG „*sukzessiv*“ mehrere Nachprüfungsanträge stellen. Gemäß § 324 Abs 4 BVergG verfügen die Antragsteller in allen Nachprüfungsverfahren über die Parteistellung.⁷³⁵ Aus Gründen der Verfahrensökonomie sind mehrere Nachprüfungsverfahren gemäß § 320 Abs 4 BVergG zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Da die Verfahrensverbindung zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung erfolgt, muss für alle Entscheidungen derselbe Senat des BVA zuständig sein. In der Geschäftsverteilung⁷³⁶ des BVA ist daher gemäß § 304 Abs 1 BVergG vorgesehen, dass alle Eingaben hinsichtlich eines Vergabeverfahrens demselben Senat zuzuweisen sind.

⁷³⁴ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 140.

⁷³⁵ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 137.

⁷³⁶ § 2 Abs 2 Geschäftsverteilung des BVA, gültig seit 15.12.2008 (15.12.2008).

Im Unterschied zur grundsätzlichen Verfahrensverbindung ist die Verfahrenstrennung zulässig, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis liegt. Die getrennte Verfahrensdurchführung kommt etwa dann in Betracht, wenn ein Antrag von vornherein eindeutig als unbegründet abzuweisen ist und die anderen Anträge noch nicht entscheidungsreif sind.⁷³⁷

6.5.3 Entscheidung

Gemäß § 325 Abs 1 BVergG hat das BVA die gesondert anfechtbare Entscheidung des AG mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn der Antragsteller durch die gesondert anfechtbare Entscheidung oder durch eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung in seinem subjektiven Recht verletzt wird und die Vergaberechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Die Wesentlichkeit liegt vor, wenn die Zuschlagserteilung bei Einhaltung der Vergaberegeln an einen anderen Bieter bzw nicht an den präsumtiven Zuschlagsmepfänger ergangen wäre.⁷³⁸

Die Entscheidungskompetenz des BVA ist kassatorisch und nicht reformatorisch. Das BVA trifft keine Entscheidungen anstelle des AG, sondern ist lediglich zu ihrer Nachprüfung zuständig.⁷³⁹

6.5.3.1 Entscheidungsfrist

Gemäß § 326 BVergG beträgt die Entscheidungsfrist im Nachprüfungsverfahren höchstens sechs Wochen ab dem Einlangen des Antrags. Für den Unter- und Oberschwellenbereich gilt eine einheitliche Entscheidungsfrist, da sich in beiden Bereichen praktisch gleich schwierige Sach- und Rechtsfragen stellen können. Der zuständige Senat des BVA ist zur unverzüglichen Entscheidung verpflichtet, sodass nicht bis zum Ablauf der sechswöchigen Entscheidungsfrist zugewartet werden sollte.⁷⁴⁰

Im Landesbereich ist die Entscheidungsfrist im Nachprüfungsverfahren abweichend geregelt: Gemäß § 20 Abs 1 Bgld. VergRSG, § 16 Abs 1 K-VergRSG, § 17 Abs 2 Nö. Verg-NG, § 20 Abs 1 Oö. VergRSG, § 10 Abs 1 Stmk. Verg-RG, § 18 Abs 1 Tir. Verg-NG und § 16 Abs 2 VlbG. Verg-NG hat die betreffende Landesvergabekontrollbehörde über den Antrag auf Nichtigerklärung einer Entscheidung des AG spätestens innerhalb von zwei Monaten nach dem Einlangen des Antrags zu entscheiden. Gemäß § 16 Abs 2 VlbG. Verg-NG beträgt die Entscheidungsfrist im Unterschwellenbereich längstens einen Monat nach dem Einlangen des Nachprüfungsantrags.

⁷³⁷ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 320 Rz 109.

⁷³⁸ ErläutRV 972 BlgNr 28. GP 69.

⁷³⁹ Mickel/Sachs, Die Entscheidungen des VwGH und des VfGH als Leitlinien für das BVergG 2006, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 366, 367.

⁷⁴⁰ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 141.

In § 27 S.VKG und in § 27 WVRG wird hingegen in Übereinstimmung mit der Bundesregelung eine längstens 6-wöchige Entscheidungsfrist normiert. In Wien beginnt der Lauf der Entscheidungsfrist erst ab Ablauf der Frist zur Erhebung begründeter Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung iSd § 22 Abs 3 und Abs 4 WVRG. In § 10 Abs 2 Stmk. Verg-RG wird eine längstens sechswöchige Entscheidungsfrist lediglich beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung aus zwingenden Gründen und beim beschleunigten Vergabeverfahren wegen Dringlichkeit normiert, wenn auch eine EV erlassen wurde.

7. Provisorialverfahren

Gemäß § 320 Abs 3 BVergG entfaltet der Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung auf das angefochtene Vergabeverfahren. Die Suspendierung des laufenden Vergabeverfahrens ist vielmehr nur durch eine einstweilige Verfügung möglich, die einen entsprechenden Antrag iSd § 328 BVergG voraussetzt. Der Antrag auf Erlassung einer EV zielt auf den „vorläufigen Stopp“ des angefochtenen Vergabeverfahrens ab,⁷⁴¹ entfaltet jedoch noch keine aufschiebende Wirkung.

Gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG ist das BVA im Stadium bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf zur Erlassung von EV zuständig. Durch das Provisorialverfahren soll die bereits entstandene oder drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers beseitigt werden. Der Zweck des Nachprüfungsverfahrens darf nicht durch irreparable Handlungen des AG unterlaufen werden.⁷⁴² Im Provisorialverfahren wird oft über den Erfolg bzw Misserfolg der Auftragsvergabe entschieden, da der AG das Vergabeverfahren entweder fortsetzen darf oder eine Verzögerung von höchstens sechs Wochen hinnehmen muss (bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren).⁷⁴³

7.1 Antragslegitimation

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG kann der Antrag auf Erlassung einer EV von jedem beschwerten Unternehmer gestellt werden, dem die Antragsvoraussetzungen iSd § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Daher kann der zur Stellung des Nachprüfungsantrags legitimierte Unternehmer jedenfalls auch einen Antrag auf Erlassung einer EV stellen.⁷⁴⁴ Durch die Formulierung „offensichtlich“ wird betont, dass bei mangelndem Interesse am Abschluss eines dem BVergG unterliegenden Vertrages oder bei mangelndem Schaden jedenfalls keine Antragslegitimation besteht. In diesem Sinne ist der Antrag etwa dann zurückzuweisen, wenn er rechtsmissbräuchlich (zB zwecks Behinderung der Auftragsvergabe) gestellt wird.⁷⁴⁵

Im Provisorialverfahren findet nur eine „Grobprüfung“ der Antragslegitimation statt, da EV dringlicher Natur sind.⁷⁴⁶ Stellt sich im Nachprüfungsverfahren nachträglich heraus, dass der Antragsteller nicht antragslegitimiert ist, tritt die EV gemäß § 329 Abs 3 BVergG mit der Zurückweisung des Nachprüfungsantrags außer Kraft.

⁷⁴¹ *Sachs*, Verfahren im Öffentlichen Beschaffungswesen – Vergaberecht – Bundesvergabeamt, in *Sachs/Thanner* (Hrsg), Verfahren vor Sonderbehörden (2006) 303.

⁷⁴² ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 141.

⁷⁴³ *Hahnl*, Das Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 346.

⁷⁴⁴ *Hahnl*, Das Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 353.

⁷⁴⁵ *Sachs*, Änderungen im neuen Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 269, 270.

⁷⁴⁶ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 141.

7.2 Antragsinhalt

Der zwingende Inhalt des Antrags auf Erlassung einer EV wird in § 328 Abs 2 Z 1 – Z 6 BVergG normiert. Durch den neuen § 328 Abs 1 Z 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll der Antragsinhalt erweitert werden. Künftig soll neben der genauen Bezeichnung des AG auch die "elektronische Adresse" des AG angegeben werden.

Weist der gestellte Antrag nicht den gesetzlichen Mindestinhalt auf und wird er zur Verbesserung zurückgestellt, wird die Entscheidungsfrist des BVA im Provisorialverfahren gemäß § 330 Abs 3 BVergG um drei Tage verlängert. Der Gesetzgeber scheint zu fürchten, dass das BVA den Verbesserungsauftrag sonst nicht unverzüglich oder mit einer zu langen Verbesserungsfrist aussprechen könnte.⁷⁴⁷

Im Unterschied zum Nachprüfungsantrag ist im Antrag auf Erlassung einer EV keine Angabe des konkreten Beschwerdepunktes erforderlich. Gemäß § 328 Abs 2 Z 3 BVergG genügt vielmehr die Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit, die sich auf die im Nachprüfungsantrag angefochtene Entscheidung des AG beziehen muss.⁷⁴⁸

Gemäß § 318 Abs 1 Z 5 BVergG sind für den Antrag auf Erlassung einer EV nur 50% der festgesetzten Gebühr für den entsprechenden Nachprüfungsantrag zu entrichten.

7.3 Antragsfristen

Gemäß § 328 Abs 3 BVergG ist der Antrag auf Erlassung einer EV innerhalb der Frist für den entsprechenden Nachprüfungsantrag iSd § 321 BVergG einzubringen. Die frühere Regelung des § 171 Abs 1 BVergG 2002 hat die Einleitung des Provisorialverfahrens akzessorisch von der Stellung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrags abhängig gemacht.⁷⁴⁹ Nach der Rechtsprechung des EuGH widerspricht eine solche Akzessorietät jedoch dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes.⁷⁵⁰ Nach der geltenden Rechtslage wird das Provisorialverfahren daher vom Nachprüfungs- bzw Feststellungsverfahren entkoppelt.

Die Loslösung des Provisorialverfahrens ermöglicht die Erlassung einer EV noch vor der Stellung des Nachprüfungsantrags. Wird im Anschluss an den Antrag auf Erlassung einer EV jedoch kein zulässiger Nachprüfungsantrag innerhalb der Frist iSd § 321 BVergG eingebracht⁷⁵¹ oder wird der bereits gestellte Nachprüfungsantrag wieder zurückgezogen, ist das Provisorialverfahren gemäß § 328 Abs 4 BVergG formlos einzustellen. Folglich tritt die

⁷⁴⁷ Fink, Änderungen im Vergaberechtsschutz, *ecolex* 2006, 100.

⁷⁴⁸ Hahnl, Das Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005) 350, 351.

⁷⁴⁹ Maier, Akzessorietät des Provisorialrechtsschutzes – ein unlösbares Problem? (Teil I), *ZVB* 2005/15; Maier, Akzessorietät des Provisorialrechtsschutzes – ein unlösbares Problem? (Teil II), *ZVB* 2005/24.

⁷⁵⁰ EuGH 19.9.1996, Rs C-236/95, *Kommission gegen Griechenland*, Rz 11; EuGH 15.5.2003, Rs C-214/00, *Kommission gegen Spanien*, Rz 99.

⁷⁵¹ Bei mangelhaften Anträgen ist gemäß § 13 Abs 3 AVG der fruchtlose Ablauf der Verbesserungsfrist maßgeblich.

bereits erlassene EV außer Kraft, wovon der AG und der Antragsteller durch eine Mitteilung zu verständigen sind (dh nicht durch einen förmlichen Bescheid).⁷⁵² Der Gesetzgeber geht daher davon aus, dass der Antragsteller bei Nichteinbringung des Nachprüfungsantrags kein vorläufiges Rechtsschutzinteresse mehr hat.

Die Abkoppelung des Provisorial- vom Nachprüfungsverfahren ist „*vermeintlich*“. Es besteht zwar keine Akzessorietät mehr hinsichtlich der Antragstellung, sehr wohl jedoch hinsichtlich der Beendigung des Provisorialverfahrens bei Fehlen des Nachprüfungsantrags.⁷⁵³ Das Provisorialverfahren hängt daher in gewisser Weise nach wie vor „*vom rechtlichen Schicksal*“ des Nachprüfungsverfahrens ab.⁷⁵⁴

7.4 Verfahren

Gemäß § 328 Abs 5 BVergG trifft das BVA die Pflicht zur unverzüglichen Verständigung des AG vom Einlangen des Antrags auf Erlassung einer EV, in dem die Untersagung der Zuschlagserteilung, der Widerrufserklärung oder der Angebotsöffnung begehrt wird. Die Beschränkung der Verständigungspflicht auf diese drei Tatbestände erscheint jedoch sachlich nicht gerechtfertigt. Vielmehr sollte das BVA den AG von jedem Antrag auf Erlassung einer EV verständigen.⁷⁵⁵

Im Provisorialverfahren muss aufgrund der kurzen Entscheidungsfrist nicht zwingend eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

Im Provisorialverfahren können Mutwillensstrafen iSd § 35 AVG verhängt werden. Ihre Höhe beträgt 1% des geschätzten Auftragswertes, höchstens jedoch EUR 20.000. Für die Bemessung der Mutwillensstrafe ist § 19 VStG sinngemäß anzuwenden.

7.4.1 Parteien

Im Provisorialverfahren kommt die Parteistellung gemäß § 330 BVergG lediglich dem AG und dem Antragsteller zu.

7.4.2 Entscheidung

Gemäß § 306 Abs 1 BVergG entscheidet über den Antrag auf Erlassung einer EV der jeweilige Senatsvorsitzende. Hinsichtlich der Entscheidungsbefugnis ist die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist zwingend eine Interessensabwägung vorzunehmen. Bei der Interessensabwägung sind die Wirkungen der begehrten vorläufigen Maßnahme, die

⁷⁵² ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 142.

⁷⁵³ *Sachs*, Änderungen im neuen Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 270, 271.

⁷⁵⁴ *Hahnl*, Das Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 349.

⁷⁵⁵ *Sachs*, Änderungen im neuen Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 270, 272.

Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber und Bieter, des AG sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens (zB Gefährdung des Lebens; Gesundheit der Bevölkerung) zu berücksichtigen.⁷⁵⁶ Bei der Entscheidung ist ferner entscheidend, ob der Antrag unverzüglich nach der Kenntnis von der Rechtswidrigkeit gestellt wird.⁷⁵⁷ Der Antrag auf Erlassung einer EV ist abzuweisen, wenn die nachteiligen Folgen der EV überwiegen. Nach der Spruchpraxis des BVA wurde im Provisorialverfahren „in der weit überwiegenden Anzahl der Fälle“ den Anträgen auf Erlassung einer EV stattgegeben.⁷⁵⁸

7.4.2.1 Entscheidungsfrist

Gemäß § 330 Abs 3 BVergG beträgt die Entscheidungsfrist für den Antrag auf Erlassung einer EV grundsätzlich eine Woche nach dem Einlangen des Antrags. Muss der Antrag jedoch zur Verbesserung zurückgestellt werden, wird die Entscheidungsfrist auf höchstens zehn Tage verlängert. Die Entscheidungsfrist wird bereits durch die Absendung des Bescheides an die Parteien gewahrt.

Während die Entscheidungsfrist für den Nachprüfungsantrag gemäß § 326 BVergG höchstens sechs Wochen beträgt, ist die Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren „sehr kurz“⁷⁵⁹ bemessen. Der Gesetzgeber geht dabei bewusst das Risiko der „schnellen vor der rechtsrichtigen Entscheidung“ ein, um einen raschen Rechtsschutz zu gewährleisten.⁷⁶⁰

Im Landesbereich entspricht die Regelung über die Entscheidungsfrist für den Antrag auf Erlassung einer EV der Regelung im Bundesbereich. Lediglich in Vorarlberg fehlt eine entsprechende Regelung über die Verlängerung der Entscheidungsfrist auf zehn Tage im Fall des Verbesserungsauftrages. Gemäß § 16 Abs 1 VlbG. Verg-NG ist die Entscheidungsfrist mit längstens einer Woche nach dem Einlagen des Antrags auf Erlassung einer EV normiert.

7.4.3 Einstweilige Verfügung

Gemäß § 329 Abs 2 BVergG kann durch die EV entweder das gesamte Vergabeverfahren oder nur einzelne Entscheidungen des AG bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden.

Gemäß § 328 Abs 5 BVergG kommt die aufschiebende Wirkung ex lege nur jenen Anträgen auf Erlassung einer EV zu, mit denen die Untersagung der Zuschlagserteilung, der

⁷⁵⁶ *Sachs*, Verfahren im Öffentlichen Beschaffungswesen – Vergaberecht – Bundesvergaberecht, in *Sachs/Thanner* (Hrsg), Verfahren vor Sonderbehörden (2006) 304.

⁷⁵⁷ *Hoffer/Barbist/Innerhofer*, Anfechtbare Entscheidungen, Direktvergabe und EV, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 295.

⁷⁵⁸ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 136.

⁷⁵⁹ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 142.

⁷⁶⁰ *Sachs*, Änderungen im neuen Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 269.

Widerrufserklärung oder der Angebotsöffnung begehrt wird. In diesen Fällen darf der AG im Zeitraum zwischen dem Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrags auf Erlassung einer EV bis zur Entscheidung über den Antrag bei sonstiger Unwirksamkeit den Zuschlag nicht erteilen, das Vergabeverfahren nicht widerrufen bzw die Angebote nicht öffnen. Die Nichtigkeitssanktion bedeutet, dass die Zuschlagserteilung bzw die Widerrufserklärung ex tunc keine Rechtswirkungen entfaltet. Hinsichtlich der Angebotsöffnung ist logischerweise keine Nichtigkeitssanktion vorgesehen, da durch die Angebotsöffnung ein irreversibler Akt gesetzt wird.⁷⁶¹ Der Gesetzgeber hat keine Sanktion für den Verstoß gegen die Pflicht zur Unterlassung der Angebotsöffnung normiert. Im Fall der unzulässigen Angebotsöffnung wäre ein „*pragmatischer Zugang*“ sinnvoll. Es wäre die Entscheidung im Nachprüfungsverfahren abzuwarten und das Vergabeverfahren letztlich zu widerrufen.⁷⁶²

Gemäß § 329 Abs 3 BVergG hat das BVA in der erlassenen EV die Geltungsdauer der angeordneten vorläufigen Maßnahme anzugeben. Im Unterschied zur Vorgängerregelung des § 177 Abs 5 BVergG 2002 ist keine absolute Höchstdauer mehr vorgesehen, sodass keine Ketten-EV mehr notwendig sein sollten. Die Geltungsdauer der EV hängt primär davon ab, wie rasch das BVA über den Nachprüfungsantrag entscheiden kann.⁷⁶³ Der zur Entscheidung zuständige Senatsvorsitzende wird sich bei der Festlegung der Geltungsdauer der EV an der 6-wöchigen Entscheidungsfrist im Nachprüfungsverfahren orientieren.⁷⁶⁴ Gemäß § 329 Abs 4 BVergG ist die EV sofort vollstreckbar, wobei für die Vollstreckung das VVG gilt.

Die EV tritt grundsätzlich nach dem Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft. Die Geltungsdauer der EV ist erforderlichenfalls auf Antrag oder von Amts wegen unverzüglich zu erstrecken, wobei für den Antrag auf Erstreckung der EV keine weitere Pauschalgebühr entrichtet werden muss. Umgekehrt ist die EV auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, wenn die für ihre Erlassung maßgeblichen Voraussetzungen nachträglich wegfallen.

⁷⁶¹ *Hoffer/Barbist/Innerhofer*, Anfechtbare Entscheidungen, Direktvergabe und EV, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 296.

⁷⁶² *Sachs*, Änderungen im neuen Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 273.

⁷⁶³ *Hahl*, Das Provisorialverfahren, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) 356.

⁷⁶⁴ *Fink*, Änderungen im Vergaberechtsschutz, *ecolex* 2006, 100; *Sachs*, Verfahren im Öffentlichen Beschaffungswesen – Vergaberecht – Bundesvergabeamt, in *Sachs/Thanner* (Hrsg), Verfahren vor Sonderbehörden (2006), 304.

8. Feststellungsverfahren

Gemäß § 312 BVergG kommen dem BVA bestimmte Feststellungsbefugnisse sowohl vor als auch nach der formellen Beendigung des Vergabeverfahrens zu. Das Feststellungsverfahren dient der Vorbereitung des zivilgerichtlichen Schadenersatzverfahrens. Gemäß § 341 Abs 2 BVergG ist für die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche (Schadenersatz, Ansprüche aus unlauterem Wettbewerb) ein entsprechender Feststellungsbescheid des BVA notwendig und für das ordentliche Gericht bindend. Gemäß § 334 BVergG hat das BVA einen positiven Feststellungsbescheid dann zu erlassen, wenn der festgestellte Vergaberechtsverstoß für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

Das Feststellungsverfahren ist gegenüber dem Nachprüfungsverfahren bloß subsidiär. Gemäß § 332 Abs 5 BVergG ist der Feststellungsantrag iSd § 331 Abs 1 BVergG unzulässig, sofern der Vergaberechtsverstoß bereits zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens hätte gemacht werden können. Durch die gegenständliche Regelung wird im Vergabewesen eine allgemeine Schadensminderungspflicht normiert.⁷⁶⁵ Nach der Rechtsprechung des VwGH ist der Feststellungsantrag auch dann unzulässig, wenn der behauptete Vergaberechtsverstoß im Nachprüfungsverfahren bereits geltend gemacht wurde, das Nachprüfungsverfahren aber noch bei der Vergabekontrollbehörde anhängig ist oder wenn eine Beschwerde gegen den Bescheid der Vergabekontrollbehörde beim VfGH oder VwGH anhängig ist.⁷⁶⁶

8.1 Antragslegitimation

In § 331 BVergG wird die Antragslegitimation für die Stellung des Feststellungsantrags vor und nach der formellen Beendigung des Vergabeverfahrens differenziert geregelt. Dabei entspricht die Regelung der Antragslegitimation im Feststellungsverfahren weitgehend jener im Nachprüfungsverfahren iSd § 320 Abs 1 BVergG.⁷⁶⁷

Im Feststellungsverfahren nach der Beendigung des Vergabeverfahrens kommt die Antragslegitimation gemäß § 331 Abs 1 BVergG nur jenen Bietern zu, die ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hatten und denen durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß ein Schaden entstanden ist. Im Unterschied zur Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren ist zu beachten, dass im Feststellungsverfahren auf das Interesse am Vertragsschluss im Zeitpunkt der Beendigung des Vergabeverfahrens abzustellen ist. Die Antragslegitimation geht daher nicht verloren, wenn der Antragsteller nach der formellen Beendigung des Vergabeverfahrens seine Befugnis oder

⁷⁶⁵ *Reisner*, Der Widerruf des Vergabeverfahrens, in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 315.

⁷⁶⁶ VwGH 7.11.2005, 2003/04/0109; *Essletzichler*, Unzulässigkeit des Feststellungsantrags, wenn behauptete Rechtswidrigkeit bereits im Nachprüfungsantrag geltend gemacht wurde, ZVB 2007/15, 58.

⁷⁶⁷ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 1 ff.

Leistungsfähigkeit verliert. Der zweite Unterschied liegt darin, dass im Feststellungsverfahren auf einen entstandenen (nicht erst drohenden) Schaden abgestellt wird.⁷⁶⁸

Im Feststellungsverfahren vor der Beendigung des Vergabeverfahrens iSd § 312 Abs 5 BVergG kommt die Antragslegitimation gemäß § 331 Abs 2 BVergG nur jenen Bieter zu, die ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG unterliegenden Vertrages hatten und denen durch den behaupteten Vergaberechtsverstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Das Ersuchen des Antragstellers um Fortführung des Vergabeverfahrens stellt hingegen keine Prozessvoraussetzung dar. Diese Frage gehört vielmehr zum Prozessgegenstand. Im Fall des unterlassenen Ersuchens des Antragstellers um Fortführung des Vergabeverfahrens ist der Feststellungsantrag daher nicht zurückzuweisen, sondern abzuweisen.⁷⁶⁹

8.2 Antragsinhalt

Der zwingende Mindestinhalt des Feststellungsantrags wird in § 332 Abs 1 Z 1 – Z 8 BVergG normiert. Gemäß § 332 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG sind das betreffende Vergabeverfahren und der konkrete AG zu bezeichnen. Gemäß § 332 Abs 1 Z 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll der Antragsinhalt erweitert werden. Im Feststellungsantrag soll künftig auch die „elektronische Adresse“ des AG angegeben werden.

Gemäß § 332 Abs 1 Z 3 BVergG ist der Zuschlagsempfänger „soweit zumutbar“ anzugeben. Diese Angabe ist mangels faktischer Kenntnis regelmäßig bei der Direktvergabe und beim Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung unzumutbar.⁷⁷⁰ Gemäß § 332 Abs 1 Z 4 BVergG hat der Feststellungsantrag ferner auch den maßgeblichen Sachverhalt einschließlich des Interesses am Vertragsschluss zu enthalten. Gemäß § 332 Abs 1 Z 5 BVergG ist der drohende bzw bereits eingetretene Schaden zu bestimmen. Gemäß § 332 Abs 1 Z 6 und Z 7 BVergG sind ein Beschwerdepunkt und die Begründung der Rechtswidrigkeit anzugeben. Dabei hat der Antragsteller ein subjektives Recht zu bezeichnen, in dem er sich verletzt erachtet. Gemäß § 332 Abs 1 Z 8 BVergG ist ein bestimmtes Begehren anzugeben, das der Feststellungskompetenz des BVA iSd § 312 BVergG entsprechen sollte. Gemäß § 332 Abs 1 Z 9 BVergG hat der Feststellungsantrag auch Angaben über die Rechtzeitigkeit der Antragseinbringung zu enthalten.

Durch § 331 Abs 1 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll es dem Antragsteller ermöglicht werden, auch mehrere Feststellungen iSd § 312 Abs 3 Z 1 - Z 4 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 in einem (einigen) Feststellungsantrag zu begehren. Die novellierte Bestimmung stellt eine Reaktion auf die Vergabepaxis dar, wonach der Antragsteller im Fall

⁷⁶⁸ Thienel, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 3.

⁷⁶⁹ Thienel, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 7.

⁷⁷⁰ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 144.

der Behauptung mehrerer Vergaberechtsverstöße mehrere Feststellungsanträge stellen und folglich auch vergebühren musste. Nach den Gesetzesmaterialien erscheint die mehrfache Einhebung der Pauschalgebühr jedoch „nicht gerechtfertigt“.⁷⁷¹ Durch die Novellierung soll dem Antragsteller die Beantragung mehrerer Feststellungen „in einem Antrag“ ermöglicht werden, sodass der Antragsteller künftig nur eine Pauschalgebühr wird entrichten müssen.

8.3 Antragsfristen

Der Feststellungsantrag iSd § 331 Abs 1 Z 1 – Z 3 oder Abs 4 BVergG ist innerhalb der Frist iSd § 332 Abs 2 BVergG zu stellen. Bei der Antragseinbringung ist einerseits die objektive Frist von sechs Monaten ab der Zuschlagserteilung bzw ab dem Widerruf und andererseits die subjektive Frist von sechs Wochen ab der Kenntnis bzw ab dem Kennen-Müssen von der formellen Beendigung des Vergabeverfahrens zu beachten.

Für die Einbringung des Feststellungsantrags betreffend die offenkundig unzulässige Direktvergabe iSd § 331 Abs 1 Z 4 BVergG gilt hingegen eine andere subjektive Frist. Gemäß § 332 Abs 3 BVergG beträgt diese Frist nur 30 Tage ab der Kenntnis bzw ab dem Kennen-Müssen vom Zuschlag. Die kürzere subjektive Frist wird im Fall der Direktvergabe mit der Rechtssicherheit begründet.⁷⁷²

Für die Einbringung des Feststellungsantrags betreffend die Untätigkeit des AG iSd § 331 Abs 2 BVergG gilt per definitionem, dass der Antrag erst nach Ablauf der Zuschlagsfrist gestellt werden kann.

Die Fristen zur Einbringung des Feststellungsantrags sind materiellrechtlicher Natur. Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt daher nicht in Betracht. Die Versäumung der materiellrechtlichen Fristen führt vielmehr zum Erlöschen des Feststellungsanspruchs.⁷⁷³

Die aktuelle Gesetzesnovelle führt neue Feststellungskompetenzen des BVA ein, die eine Änderung des Fristenregimes nach sich ziehen. Gemäß § 332 Abs 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 werden die objektive Frist von sechs Monaten ab dem Widerruf bzw ab der Zuschlagserteilung und die subjektive Frist von sechs Wochen ab der Kenntnis bzw dem Kennen-Müssen vom Widerruf bzw von der Zuschlagserteilung beim Feststellungsantrag iSd § 331 Abs 1 Z 1 und Z 5 und Abs 4 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 beibehalten.

Eine neue Fristenregelung sieht § 332 Abs 3 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 vor, wonach der Feststellungsantrag iSd § 331 Abs 1 Z 2 - Z 4 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 grundsätzlich innerhalb von sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag eingebracht werden soll.

⁷⁷¹ Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, I/ME 24. GP 24.

⁷⁷² ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 144.

⁷⁷³ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 144.

Die novellierte Frist von sechs Monaten soll in zwei Fällen ausnahmsweise auf 30 Tage verkürzt werden. Diese Fristverkürzungen sind gemäß Art 2f Abs 1 lit a) (Sekt)RMRL zulässig. Erstens soll die Fristverkürzung für einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter gelten, wenn der AG diesem Bieter gemäß § 132 Abs 2 bzw § 273 Abs 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 mitgeteilt hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt wurde.

Zweitens soll die Fristverkürzung für die Einbringung des Feststellungsantrags auf 30 Tage für das Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gelten, wenn der AG eine Bekanntmachung gemäß § 54 Abs 6 oder § 55 Abs 5 bzw § 217 Abs 7 oder § 219 Abs 5 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 veröffentlicht hat und den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern (sofern es solche gibt) mitgeteilt hat, welchem Bieter der Zuschlag erteilt wurde. Durch die geplante Novelle soll dem AG die Möglichkeit zur Fristverkürzung eingeräumt werden, wenn dieser nachträglich eine Bekanntmachung über die Auftragsvergabe im Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung veröffentlicht. Während die ex-post Bekanntgabe im Oberschwellenbereich an die Kommission gerichtet werden soll, soll im Unterschwellenbereich eine nationale Bekanntmachung mit einem „angemessenen Grad an Öffentlichkeit“ genügen. Aus der Sicht des Vergaberechtsschutzes bezweckt die Novellierung, dass auch im Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung alle potentiell am Auftrag interessierte Unternehmer die Möglichkeit zur Stellung des Feststellungsantrags erhalten.⁷⁷⁴

8.4 Parteien

Gemäß § 333 Abs 1 BVergG gehören zu den Parteien des Feststellungsverfahrens der AG, der Antragsteller und ein allfälliger präsumtiver Zuschlagsempfänger.

Im Feststellungsverfahren betreffend die qualifizierte Untätigkeit des AG iSd § 312 Abs 5 BVergG kommt die Parteistellung allen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern zu. Der positive Feststellungsbescheid zieht nämlich den ex lege Widerruf nach und entfaltet Rechtswirkungen gegenüber allen Teilnehmern des Vergabeverfahrens.⁷⁷⁵

8.5 Zuständigkeiten vor Zuschlagserteilung bzw vor Widerrufserklärung

Gemäß § 312 Abs 5 BVergG ist das BVA vor der Beendigung des Vergabeverfahrens zuständig, die qualifizierte Untätigkeit des AG festzustellen. Gemäß § 333 Abs 2 BVergG hat das BVA über diesen Feststellungsantrag unverzüglich, höchstens jedoch innerhalb von sechs Wochen nach seinem Einlangen zu entscheiden.

⁷⁷⁴ Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, I/ME 24. GP 10.

⁷⁷⁵ ErläutRV 126 BlgNr 23. GP 18; *Hofer*, Bundesvergabegesetz-Novelle 2007: Ein Streifzug, RPA 2007, 13.

8.5.1 Feststellung der Untätigkeit des Auftraggebers

Gemäß § 312 Abs 5 BVergG ist das BVA bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens zur Feststellung zuständig, „ob der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat“. Gemäß § 140 Abs 10 bzw § 279 Abs 10 BVergG wird an die Feststellung der qualifizierten Untätigkeit des AG die Tatbestandswirkung des ex-lege-Widerrufs geknüpft.⁷⁷⁶ Die Feststellungskompetenz des BVA stellt einen gewissen Systembruch dar. Sie wirkt nämlich nicht bloß kassatorisch, sondern beinhaltet eine Entscheidung anstelle des AG.⁷⁷⁷

Nach den Gesetzesmaterialien soll durch § 312 Abs 5 BVergG das „Aussitzen“ des Vergabeverfahrens sanktioniert werden, wenn der AG „einfach keine Akte mehr setzt“.⁷⁷⁸ Es handelt sich um einen „durch Nichtstun provozierten“ Widerruf, der Schadenersatzpflichten des AG auslösen kann.⁷⁷⁹ Durch die Voraussetzung der qualifizierten Untätigkeit ähnelt der Feststellungsantrag iSd § 331 Abs 2 BVergG der Säumnisbeschwerde an den VwGH iSd Art 132 B-VG.⁷⁸⁰ Durch die Verwendung weitgehend unbestimmter Gesetzesbegriffe und durch die Vermengung materiell- und verfahrensrechtlicher Regelungen entstehen jedoch zahlreiche verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Ungereimtheiten.⁷⁸¹

Gemäß § 312 Abs 5 BVergG stellen den Gegenstand des Feststellungsverfahrens drei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen dar. Die erste Voraussetzung betrifft die erhebliche Überschreitung der Zuschlagsfrist. Bei der Prüfung sind die Zuschlagsfrist und die Dauer des Vergabeverfahrens gegenüberzustellen.⁷⁸² Es ist zu berücksichtigen, dass die Zuschlagsfrist gemäß § 112 Abs 4 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gehemmt wird; nach Ablauf der Zuschlagsfrist ist die Dauer des Nachprüfungsverfahrens jedoch in die Zuschlagsfrist einzurechnen. Bei der Berechnung der Überschreitung sei nach *Oppel* nicht maßgeblich, um wie viele Wochen die ursprünglich festgesetzte Zuschlagsfrist überschritten wurde. Es komme eher darauf an, um wie viel Prozent die Zuschlagsfrist überschritten wurde. Aufgrund der Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalles kann zwar kein fixer Wert

⁷⁷⁶ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 211, 212.

⁷⁷⁷ *Reisner*, Der Widerruf des Vergabeverfahrens, in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 316.

⁷⁷⁸ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 90.

⁷⁷⁹ *Elsner*, Bekämpfbarkeit eines Widerrufs im BVergG 2006, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 300.

⁷⁸⁰ *Reisner*, Der Widerruf des Vergabeverfahrens, in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 316.

⁷⁸¹ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 221.

⁷⁸² VKS Wien 17.1.2008, VKS-7663/07 = ZVB 2008/57, 213 ff (*Oppel*).

festgelegt werden. Allerdings sollen Überschreitungen um 100% und mehr "*schon allein aufgrund der arithmetischen Optik*" als Indiz für die erhebliche Überschreitung der Zuschlagsfrist dienen.⁷⁸³ Nach *Thienel* ist ebenfalls unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles das Verhältnis zwischen der Dauer der Überschreitung und der ursprünglichen Dauer der Zuschlagsfrist entscheidend.⁷⁸⁴ Aus der Rechtsprechung zu anderen gesetzlichen Regelungen folgt, dass eine „erhebliche“ Überschreitung regelmäßig bei der Überschreitung von mehr als 15% des festgelegten Wertes angenommen wird.

Als zweite Voraussetzung wird in § 312 Abs 5 BVergG ein an den AG gerichtetes Ersuchen des Bieters um Fortführung des Vergabeverfahrens gefordert. Das Ersuchen hat von demselben Bieter zu stammen, der den Feststellungsantrag stellt. Der Zeitpunkt des Ersuchens ist nicht ausdrücklich geregelt. Daher wird angenommen, dass das Ersuchen um Fortführung des Vergabeverfahrens jederzeit nach dem Ablauf der Zuschlagsfrist gestellt werden kann.⁷⁸⁵

Als dritte Voraussetzung verlangt § 312 Abs 5 BVergG, dass das Vergabeverfahren trotz des Ersuchens um Fortführung weder durch Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch in angemessener Weise fortgeführt wurde. Bei der Frage der angemessenen Fortführung ist auf die Komplexität des Vergabeverfahrens, die Angebotsanzahl sowie die Notwendigkeit der vertieften Angebotsprüfung abzustellen.⁷⁸⁶ Nach der Spruchpraxis wird ein Vergabeverfahren nach dem Ablauf der Zuschlagsfrist dann nicht angemessen fortgeführt, wenn der AG "*keine wie immer gearteten Schritte*" zur Fortsetzung bzw Beendigung des Vergabeverfahrens setzt.⁷⁸⁷ Nach dem Abschluss des Nachprüfungsverfahrens hat der AG das Vergabeverfahren bereits ab dem Zeitpunkt der mündlichen Verkündung des Bescheides fortzusetzen; er darf nicht bis zur schriftlichen Ausfertigung des Bescheides zuwarten. Ebenso wenig darf der AG die Zurückstellung des Vergabeaktes abwarten; er hat vielmehr Kopien wesentlicher Teile des Vergabeaktes anzufertigen. Schließlich darf der AG zwecks angemessener Fortführung des Vergabeverfahrens auch nicht die Frist zur Erhebung der Bescheidbeschwerde an die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts abwarten. Als Indiz für die angemessene Fortführung des Vergabeverfahrens gilt es hingegen, wenn der AG bei einer großen Bieteranzahl bereits viele Angebote ausgeschieden und die verbliebenen Bieter um Erstreckung der Bindungswirkung ihrer Angebote gemäß § 112 Abs 2 BVergG ersucht hat.⁷⁸⁸

⁷⁸³ VKS Wien 17.1.2008, VKS-7663/07 = ZVB 2008/57, 215, 216 (*Oppel*).

⁷⁸⁴ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 224.

⁷⁸⁵ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 226.

⁷⁸⁶ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 230.

⁷⁸⁷ VKS Wien 17.1.2008, VKS-7663/07 = ZVB 2008/57, 213 ff (*Oppel*).

⁷⁸⁸ *Elsner*, BVergG 2006 (2006), § 140 Rz 418.

Das Zusammenspiel des subjektiven Verhaltens des AG im Zusammenhang mit der angemessenen Fortführung des Vergabeverfahrens einerseits und der objektiven Dauer der Überschreitung der Zuschlagsfrist andererseits ergibt einen gewissen Beurteilungsspielraum. Selbst eine längere Überschreitung der Zuschlagsfrist kann zulässig sein, wenn der AG sich tatsächlich um die Fortführung des Vergabeverfahrens bemüht und der Beendigung des Vergabeverfahrens objektive Gründe entgegenstehen.⁷⁸⁹

Im Unterschied zum Nachprüfungsverfahren ist im Feststellungsverfahren iSd § 312 Abs 5 BVergG kein Gegenantrag des AG vorgesehen, wonach der antragstellende Bieter keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte.

8.6 Zuständigkeiten nach Zuschlagserteilung

Die Feststellungskompetenzen des BVA nach der Zuschlagserteilung werden in § 312 Abs 3 BVergG normiert. Durch die aktuelle Gesetzesnovelle werden die Kompetenzen des BVA nach der Zuschlagserteilung erweitert und dabei an die gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben iSd Art 2d (Sekt)RMRL angepasst. Die Feststellungskompetenz betreffend die rechtswidrige Zuschlagserteilung iSd § 312 Abs 3 Z 1 und Z 2 BVergG wird inhaltlich beibehalten. Die novellierten Zuständigkeiten des BVA sollen sich auf die Nichtigerklärung des Vertrages iSd § 312 Abs 3 Z 6 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 und auf die Verhängung alternativer Sanktionen iSd § 312 Abs 3 Z 7 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 erstrecken.

8.6.1 Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung

Gemäß § 312 Abs 3 Z 1 BVergG ist das BVA nach der Zuschlagserteilung im Rahmen der vom Antragsteller geltendgemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, 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 wurde“. Als Antragsteller kommt der bei der Zuschlagserteilung übergangene Unternehmer in Betracht.

Die rechtswirksame Zuschlagserteilung stellt eine Prozessvoraussetzung dar, wobei dafür die Erfüllung der Mitteilungspflicht iSd §§ 131, 272 BVergG sowie das Abwarten der Stillhaltefrist iSd §§ 132, 273 BVergG erforderlich sind. Die bloße Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung allein rechtfertigt noch keine positive Feststellung iSd § 312 Abs 3 Z 1 BVergG. Vielmehr kommt eine zusätzliche Voraussetzung dazu, dass die Zuschlagserteilung nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung erfolgt ist.⁷⁹⁰ Entsprechend der weiten Auslegung des Begriffes „Ausschreibung“ iSd § 2 Z 10 BVergG ist die Feststellung der

⁷⁸⁹ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 231.

⁷⁹⁰ BVA 31.1.2000, F-24/99-13.

rechtswidrigen Zuschlagserteilung iSd § 312 Abs 3 Z 1 BVergG auch beim Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung möglich.⁷⁹¹

Das BVA verfügt über keine Feststellungskompetenz, wer im Fall der rechtmäßigen Durchführung des Vergabeverfahrens Bestbieter geworden wäre⁷⁹² oder welcher Schaden dem Antragsteller durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung entstanden ist⁷⁹³. Diese Fragen fallen vielmehr in den Zuständigkeitsbereich des ordentlichen Zivilgerichtes. Durch die Kompetenzzuweisung zur Beurteilung der Bestbielereigenschaft an das Zivilgericht entsteht eine Doppelgleisigkeit, deren Sinnhaftigkeit angesichts des aufwändigen Beweisverfahrens vor beiden Behörden (BVA und Zivilgericht) kritisch zu hinterfragen ist. In der Lehre wird daher vorgeschlagen, die Zuständigkeit zur Beurteilung der Bestbielereigenschaft an das BVA zu übertragen.⁷⁹⁴

8.6.1.1 Gegenanträge des Auftraggebers und des Zuschlagsempfängers

Gemäß § 312 Abs 3 Z 2 BVergG ist das BVA auf Antrag des AG oder des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Feststellung zuständig, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der Vergaberegeln keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte. Gemäß § 338 Abs 2 BVergG werden durch die negative Feststellung des BVA über die mangelnde echte Chance des Antragstellers auf Zuschlagserteilung seine Schadenersatzansprüche ausgeschlossen. Dies soll der Entlastung der ordentlichen Zivilgerichte in Vergabeangelegenheiten dienen.⁷⁹⁵ Der Feststellungsbescheid des BVA ist für das Zivilgericht bindend.⁷⁹⁶

Der Begriff der „echten Chance“ auf Zuschlagserteilung ist in § 312 BVergG 2006 relativ unbestimmt. Die ErläutRV führen als Prüfmaßstab an, ob der Antragsteller nach den Umständen des konkreten Einzelfalles „in den engeren Auswahlkreis“ hinsichtlich der Auftragsvergabe gekommen wäre.⁷⁹⁷ Voraussetzung für die Bejahung der echten Chance auf Zuschlagserteilung sei lediglich die Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebotes. Da die Bestbielereigenschaft keine Voraussetzung darstellt, können auch mehrere Unternehmer eine echte Chance auf Zuschlagserteilung haben.⁷⁹⁸ Die ErläutRV zu § 338 BVergG 2006 legen als Prüfmaßstab den „übergangenen Bieter“ fest, der im Vergabeverfahren rechtswidrig um seine echte Chance auf Zuschlagserteilung gebracht wurde oder der durch kein oder kein rechtskonformes Vergabeverfahren gehindert wurde, ein korrektes Angebot einzureichen.

⁷⁹¹ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 241.

⁷⁹² OGH 27.6.2001, 7 Ob 148/01t; BVA 23.5.2003, 15N-03/03-17.

⁷⁹³ BVA 29.4.1998, F-26/97-22.

⁷⁹⁴ Kluger, Überlegungen zur Effizienzsteigerung im vergaberechtlichen Schadenersatz, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 311, 315.

⁷⁹⁵ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 134.

⁷⁹⁶ OGH 28.5.2002, 4 Ob 96/02z.

⁷⁹⁷ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 134.

⁷⁹⁸ Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberechts³ (2005) 415.

Während der Prüfmaßstab des übergangenen Bieters gemäß ErläutRV zu § 338 „*wesentlich realitätsbezogener*“ erscheint, orientiert sich die österreichische Spruchpraxis am Maßstab des engeren Auswahlkreises gemäß ErläutRV zu § 312.⁷⁹⁹ Nach der Spruchpraxis wird die echte Chance auf Zuschlagserteilung bereits aufgrund der Angebotsbewertung jedem zweit- bzw drittgerihten Angebot zuerkannt⁸⁰⁰ oder gar aufgrund des bloßes Nichtausscheidens als „*prinzipielle echte Chance auf Erteilung des Zuschlages bei richtiger Auswertung der eingereichten Angebote*“⁸⁰¹ bejaht. Demgegenüber vertritt der BGH eine strengere Linie zum deutschen Vergaberecht und bejaht die echte Chance erst bei „*besonders qualifizierten Aussichten*“ auf die Zuschlagserteilung. Die deutsche Rechtsprechungslinie entspräche der „*sinnvoll gelebten Praxis*“.⁸⁰²

Der Gegenantrag des AG bzw des präsumptiven Zuschlagsempfängers verhält sich akzessorisch zum Feststellungsantrag des Antragstellers. Der Gegenantrag kann daher erst nach der rechtswirksamen Zuschlagserteilung gestellt werden.⁸⁰³ Der Gegenantrag ist überdies nur zulässig, wenn aufgrund des Feststellungsantrags die rechtswidrige Zuschlagserteilung iSd § 312 Abs 3 Z 1 BVergG bereits festgestellt wurde.⁸⁰⁴

Hinsichtlich der Form und des Inhalts des Gegenantrags sind keine näheren Regeln normiert. Gemäß § 13 Abs 1 AVG kann der Gegenantrag daher nicht nur schriftlich, sondern auch mündlich gestellt werden. Die Angabe des Beschwerdepunktes ist nicht erforderlich, da im Gegenantrag nicht die Feststellung der Verletzung eines bestimmten subjektiven Rechtes begehrt wird. Die Prüfungsbefugnis des BVA ist daher nicht auf einen Beschwerdepunkt beschränkt.⁸⁰⁵

Nach der Rechtsprechung des OGH führt die Unterlassung des Gegenantrags im Feststellungsverfahren vor dem BVA dazu, dass dem übergangenen Unternehmer im zivilgerichtlichen Schadenersatzverfahren jedenfalls die Kosten der Beteiligung am (gemäß dem Feststellungsbescheid des BVA) rechtswidrigen Vergabeverfahren zuzuerkennen sind. Beim Erfüllungsinteresse kann der AG hingegen auch trotz Unterlassung des Gegenantrags nachträglich einwenden, dass der Unternehmer selbst bei Einhaltung der Vergaberegeln keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte.⁸⁰⁶

⁷⁹⁹ BGH 27.11.2007, X ZR 18/07 = ZVB 2008/91, 351 (*Pachner*).

⁸⁰⁰ UVS Tirol 16.5.2007, 2007/27/1068-6; UVS Stmk. 8.11.2007, 443.20-5/2007.

⁸⁰¹ UVS Tirol 18.2.2002, 2002/K11/002-2.

⁸⁰² BGH 27.11.2007, X ZR 18/07 = ZVB 2008/91, 352 (*Pachner*).

⁸⁰³ BVA 13.12.2005, 17F-5/05-11.

⁸⁰⁴ BVA 14.2.2002, N-13/00-61; BVA 18.11.2004, 03F-5/97-69; BVA 1.12.2004, 03F-22/98-38.

⁸⁰⁵ *Thienel*, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 253, 256.

⁸⁰⁶ OGH 27.6.2001, 7 Ob 200/00p.

8.6.2 *Feststellung der rechtswidrigen Wahl der Direktvergabe oder der Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung*

Gemäß § 312 Abs 3 Z 3 lit a) BVergG ist das BVA nach der Zuschlagserteilung im Rahmen der vom Antragsteller geltendgemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, „ob bei Direktvergaben und bei Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung die Wahl des Vergabeverfahrens nicht zu Recht erfolgte“.

Bei der Kompetenz des BVA betreffend die Direktvergabe und das Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bestehen mehrere Doppelgleisigkeiten. Erstens kann die Wahl der Direktvergabe bereits im Nachprüfungsverfahren als gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit a) sublit nn) BVergG angefochten werden. Die rechtswidrige Wahl der Direktvergabe wird vor der Zuschlagserteilung im Nachprüfungsverfahren meist mangels Kenntnis des übergangenen Unternehmers nicht angefochten. Gemäß § 332 Abs 5 BVergG ist daher der Feststellungsantrag zulässig. Zweitens kann der Feststellungsantrag betreffend die rechtswidrige Wahl der Direktvergabe iSd § 312 Abs 3 Z 3 lit a) BVergG neben dem Feststellungsantrag betreffend die offenkundig unzulässige Direktvergabe iSd § 312 Abs 3 Z 3 lit b) BVergG gestellt werden. Drittens kann der Feststellungsantrag iSd § 312 Abs 3 Z 3 lit a) BVergG auch neben dem Feststellungsantrag betreffend die rechtswidrige Zuschlagserteilung iSd § 312 Abs 3 Z 1 BVergG gestellt werden.⁸⁰⁷

Die aktuelle Gesetzesnovelle übernimmt die Feststellungskompetenz betreffend die rechtswidrige Wahl der Direktvergabe oder der Vergabe ohne vorherige Bekanntmachung inhaltlich weitgehend in § 312 Abs 3 Z 3 BVergG idF der geplanten Novelle 2009. Nach der Zuschlagserteilung soll das BVA zur Feststellung zuständig sein, „ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde“.⁸⁰⁸ Im Anschluss an diese Feststellung soll das BVA gemäß § 334 Abs 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 grundsätzlich verpflichtet sein, den Vertrag für absolut nichtig zu erklären.

8.6.3 *Feststellung der offenkundig unzulässigen Direktvergabe*

Gemäß § 312 Abs 3 Z 3 lit b) BVergG ist das BVA nach der Zuschlagserteilung im Rahmen der vom Antragsteller geltendgemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, ob eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, offenkundig unzulässig war. Diese Feststellungskompetenz

⁸⁰⁷ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 265 ff.

⁸⁰⁸ Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, 1/ME 24. GP 23.

bezieht sich primär auf die Direktvergaben und das Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer.⁸⁰⁹

Gemäß § 132 Abs 3 bzw § 273 Abs 3 BVergG hat die positive Feststellung des BVA zur Folge, dass das Vertragsverhältnis zwischen dem AG und dem Zuschlagsempfänger zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung nichtig wird. Durch die „*schlicht revolutionäre*“⁸¹⁰ Norm kann ein zivilrechtlich wirksamer Vertrag in Durchbrechung des Grundsatzes „*pacta sunt servanda*“ nachträglich aufgehoben werden.⁸¹¹ Hinsichtlich der Nichtigkeitsfolge ist unklar, ob damit eine bloße ex nunc Wirkung verbunden ist. Die ErläutRV halten fest, dass der Normzweck „*je nach Lage des Einzelfalls [...] die Rückforderung (Rückabwicklung) gebieten oder ihr entgegenstehen*“ kann. Bei (teilweise) realisierten Aufträgen sei der erfolgte Leistungsaustausch nicht mehr rückabzuwickeln, sondern es solle nur die weitere Vertragsausführung unterbleiben.⁸¹²

Gemäß § 312 Abs 3 Z 3 lit b) BVergG sind Gegenstand des Feststellungsverfahrens betreffend die offenkundig unzulässige Direktvergabe zwei kumulative Voraussetzungen. Die erste Voraussetzung ist gegeben, wenn der Zuschlag direkt an einen Unternehmer ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer erfolgt. Die Nichtigkeitsfolge scheidet daher bereits dann aus, wenn am Vergabeverfahren mehr als ein Unternehmer beteiligt ist. Nach den Gesetzesmaterialien soll das Vorhandensein eines weiteren Unternehmers die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens sicherstellen, da der weitere Unternehmer Vergaberechtsverstöße zum Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens machen kann.⁸¹³ Allerdings besteht die Gefahr, dass der AG durch die formale Beziehung eines weiteren „*genehmen*“ Unternehmers die Nichtigkeitsanktion willkürlich verhindern kann.⁸¹⁴

Die zweite Voraussetzung iSd § 312 Abs 3 Z 3 lit b) BVergG stellt die offenkundige Unzulässigkeit der Direktvergabe dar. Nach den Gesetzesmaterialien wird der unbestimmte Begriff durch die Rechtsprechung des EuGH zur Staatshaftung und die Rechtsprechung des OGH zur Offenkundigkeit von Tatsachen iSd § 45 Abs 1 AVG konkretisiert.⁸¹⁵ Danach liegt die offenkundige Unzulässigkeit der Direktvergabe vor, wenn sie „*auf der Hand liegt und gewissermaßen ins Auge springt*“. Nach den Umständen des konkreten Einzelfalles sind die Klarheit der verletzten Vergaberegeln, das Vorhandensein einer eindeutigen Spruchpraxis,

⁸⁰⁹ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 87.

⁸¹⁰ Schwartz, Die Neuerungen des BVergG 2006, RPA 2005, 214.

⁸¹¹ Kluger, Das nichtige Vertragsverhältnis gemäß § 132 Abs 3 BVergG 2006, in Gruber/Gruber/Sachs (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 270.

⁸¹² ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 88.

⁸¹³ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 87.

⁸¹⁴ Fink, Änderungen im Vergaberechtsschutz, eolex 2006, 100; Hoffer/Barbist/Innerhofer, Anfechtbare Entscheidungen, Direktvergabe und EV, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 291; Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 277.

⁸¹⁵ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 87.

allfällige Auskünfte von Vergabekontrollbehörden sowie Rundschreiben zu berücksichtigen. Eine positive Feststellung iSd § 312 Abs 3 lit b) BVergG wird praktisch nur bei krassen Verstößen zu treffen sein (zB bewusste Missachtung oder unververtretbare Rechtsmeinung).⁸¹⁶

Wenngleich der Gesetzgeber mit der Nichtigkeitsanktion iSd § 132 Abs 3 BVergG eine „scharfe Waffe“ gegen die rechtswidrige Direktvergabe geschaffen hat,⁸¹⁷ erscheint der Rechtsschutz lückenhaft. Erstens ist die Umgehung der Nichtigkeitsfolge bei bloßer formaler Beiziehung eines zweiten Unternehmers relativ leicht möglich. Dabei wird zumeist ein Fall der Kollusion vorliegen.⁸¹⁸ Zweitens ist die offenkundige Unzulässigkeit eng zu beurteilen. Daher bleibt der Leistungsvertrag selbst bei einer rechtswidrigen - jedoch nicht offenkundig unzulässigen - Direktvergabe nach dem Vergaberecht meist gültig.⁸¹⁹ Drittens tritt die Nichtigkeitsfolge im Landesbereich nur dann ein, wenn die Landesvergabekontrollbehörde nach dem Landesvergaberechtsschutzgesetz über eine entsprechende Feststellungskompetenz verfügt. Viertens stellt lediglich die Wahl der Direktvergabe eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar, nicht jedoch spätere Vergaberechtsverstöße (zB Vertragsschluss mit einem nicht befugten Unternehmer). Fünftens ist nicht ersichtlich, dass förmliche Vergabeverfahren unter der Einbeziehung von mindestens drei Unternehmern an sehr strenge Regeln geknüpft sind und die Zuschlagsentscheidung auch unterhalb der Offenkundigkeitsschwelle für nichtig erklärt werden kann, andererseits jedoch die Direktvergabe als der gravierendste Verstoß gegen das Vergaberecht „vom Gesetzgeber *de facto* abgesegnet“ wird.⁸²⁰

Aufgrund der strengen Antragsvoraussetzungen ist aus verfahrensrechtlicher Vorsicht zu empfehlen, neben dem Antrag auf Feststellung der offenkundig unzulässigen Direktvergabe iSd § 331 Abs 1 Z 4 BVergG auch einen Eventualantrag auf Feststellung der rechtswidrigen Wahl der Direktvergabe iSd § 331 Abs 1 Z 1 BVergG zu stellen. In der Praxis sind nämlich Fälle denkbar, wo die strengen Voraussetzungen der offenkundig unzulässigen Direktvergabe zwar nicht erfüllt sind, aber der Nachweis der „schlicht“ rechtswidrigen Wahl der Direktvergabe gelingt.⁸²¹

Durch die aktuelle Gesetzesnovelle werden die erheblichen Rechtsschutzlücken des § 312 Abs 3 Z 3 lit b) BVergG beseitigt, indem die Regelung der Stillhaltefrist in § 132

⁸¹⁶ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 283, 284.

⁸¹⁷ Kluger, Das nichtige Vertragsverhältnis gemäß § 132 Abs 3 BVergG 2006, in Gruber/Gruber/Sachs (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 275.

⁸¹⁸ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 88.

⁸¹⁹ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 292, 295.

⁸²⁰ Hoffer/Barbist/Innerhofer, Anfechtbare Entscheidungen, Direktvergabe und EV, in Sachs (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 292.

⁸²¹ Kluger, Das nichtige Vertragsverhältnis gemäß § 132 Abs 3 BVergG 2006, in Gruber/Gruber/Sachs (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 273, 274.

BVergG idF der geplanten Novelle 2009 umfassend novelliert wird. Dadurch kann die Feststellungskompetenz betreffend die offenkundig unzulässige Direktvergabe entfallen.⁸²²

8.6.4 *Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung*

Durch die aktuelle Gesetzesnovelle sollen die Feststellungskompetenzen des BVA erweitert werden. Gemäß § 312 Abs 3 Z 4 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll das BVA zur Feststellung zuständig sein, ob der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung iSd §§ 131 bzw 272 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 erteilt wurde. Entsprechend der Legaldefinition in § 2 Z 48 BVergG ist die Zuschlagsentscheidung die „an Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll“. Fehlen in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bloß bestimmte Inhaltsbestandteile iSd § 131 Abs 1 BVergG idF der geplanten Novelle 2009, führt dies zur Anfechtbarkeit der (rechtswidrigen) Zuschlagsentscheidung, begründet jedoch keine Feststellungskompetenz iSd § 312 Abs 3 Z 4 BVergG idF der geplanten Novelle 2009.⁸²³

Hinsichtlich der Zuschlagserteilung differenziert die aktuelle Novelle klar zwischen der Missachtung der Stillhaltefrist und dem Unterbleiben der Zuschlagsentscheidung. Auf der einen Seite ziehen die Missachtung der Stillhaltefrist bzw der aufschiebenden Wirkung des Antrags auf Erlassung einer EV iSd § 328 Abs 5 Z 1 BVergG ex lege die absolute Nichtigkeit der Zuschlagserteilung nach sich. Auf der anderen Seite werden durch das Unterbleiben der Zuschlagsentscheidung keine Stillhaltefrist und keine absolute Nichtigkeit ex lege ausgelöst. Beim Unterbleiben der Zuschlagsentscheidung soll die Feststellungskompetenz des BVA iSd § 312 Abs 3 Z 4 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 anwendbar sein. Im Anschluss an die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung soll das BVA gemäß § 334 Abs 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 grundsätzlich verpflichtet sein, den Vertrag für absolut nichtig zu erklären.

8.6.5 *Feststellung der Rechtswidrigkeit der Leistungsvergabe aufgrund einer Rahmenvereinbarung bzw eines dynamischen Beschaffungssystems*

Durch die aktuelle Gesetzesnovelle sollen die Feststellungskompetenzen des BVA erweitert werden. Gemäß § 312 Abs 3 Z 5 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll das BVA zur Feststellung zuständig sein, ob die Zuschlagserteilung bei der Leistungsvergabe aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems aufgrund eines Verstoßes gegen § 152 Abs 5 und Abs 6 oder § 158 Abs 2 - Abs 5 bzw § 290 Abs 2 - Abs 5

⁸²² Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, 1/ME 24. GP 24.

⁸²³ Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, 1/ME 24. GP 21.

BVergG rechtswidrig war. Die neue Feststellungskompetenz des BVA soll ausdrücklich nur auf die Leistungsvergabe im Oberschwellenbereich beschränkt sein. Demgegenüber kann im Unterschwellenbereich keine Feststellung betreffend die Rechtswidrigkeit der Vergabe aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems erlangt werden.⁸²⁴ Nach der Rechtsprechung des VfGH⁸²⁵ erscheint dies zulässig, da der Gesetzgeber nicht gehalten ist, für Vergaben im Unterschwellenbereich einen gleich umfänglichen Rechtsschutz wie für Vergaben im Oberschwellenbereich zu gewähren.

Im Anschluss an die Feststellung betreffend die Rechtswidrigkeit der Vergabe aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems soll das BVA gemäß § 334 Abs 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 grundsätzlich verpflichtet sein, den Vertrag für absolut nichtig zu erklären.

8.6.6 Nichtigerklärung des Vertrages

Durch die aktuelle Gesetzesnovelle soll das BVA bei der Feststellung bestimmter Verstöße eine neue Zuständigkeit zur Nichtigerklärung des Leistungsvertrages erhalten. Dabei wird die Nichtigerklärung für den Ober- und Unterschwellenbereich differenziert geregelt.

Gemäß § 334 Abs 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll das BVA im Oberschwellenbereich grundsätzlich verpflichtet sein, den vergaberechtswidrigen Vertrag im Anschluss an die Feststellung iSd § 312 Abs 3 Z 3 - Z 5 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 für absolut nichtig zu erklären. Im Oberschwellenbereich soll die Nichtigerklärung als „*Grundregel*“ ex tunc erfolgen, sofern die Leistung rückgestellt werden kann. Demgegenüber soll die Nichtigerklärung im Unterschwellenbereich die „*Ausnahme*“ darstellen.⁸²⁶ Gemäß § 334 Abs 5 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll das BVA den Vertrag nur im Anschluss an die Feststellung iSd § 312 Abs 3 Z 3 - Z 5 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 nur dann für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise des AG „offenkundig unzulässig“ war.⁸²⁷

Die differenzierende Regelung für den Ober- und Unterschwellenbereich erscheint nach der Rechtsprechung des VfGH zulässig. Demnach ist der Gesetzgeber nicht gehalten, für Vergaben im Unterschwellenbereich einen gleich umfänglichen Vergaberechtsschutz wie im Oberschwellenbereich zu gewähren.⁸²⁸

⁸²⁴ Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, 1/ME 24. GP 21.

⁸²⁵ VfSlg 17.867/2006.

⁸²⁶ Pachner, BVergG-Novelle 2009 – Änderungen im zweiten Begutachtungsverfahren, ZVB 2009/5, 151.

⁸²⁷ Zur Auslegung des Begriffs der offenkundigen Unzulässigkeit siehe Punkt VI.8.6.3 „*Feststellung der offenkundigen Unzulässigkeit der Direktvergabe*“.

⁸²⁸ VfSlg 17.867/2006.

Aufgrund der gesetzlich normierten Pflicht des BVA zur Nichtigerklärung des Vertrages bedarf es keines besonderen Antrags auf Nichtigerklärung des Vertrages durch den Antragsteller.⁸²⁹

8.6.6.1 Vertragsaufhebung ex tunc vs. ex nunc

Gemäß Art 2d Abs 2 (Sekt)RMRL richten sich die Folgen der Vertragsunwirksamkeit nach dem nationalen Recht. Dabei kann vorgesehen werden, dass entweder alle vertraglichen Pflichten rückwirkend (ex tunc) oder lediglich die noch zu erfüllenden Pflichten (ex nunc) aufgehoben werden. Wirkt die Aufhebung nach dem nationalen Recht nicht rückwirkend, so sind gemäß Art 2e Abs 2 (Sekt)RMRL sogenannte alternative Sanktionen zu verhängen.

Gemäß § 334 Abs 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll die Aufhebung des Vertrages grundsätzlich ex tunc erfolgen. Abweichend von dieser Grundregel soll das BVA gemäß § 334 Abs 4 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 (Oberschwellenbereich) und gemäß § 334 Abs 7 leg cit (Unterschwellenbereich) auf Antrag des AG aussprechen, dass der Vertrag bloß ex nunc aufgehoben wird. Die Aufhebung ex nunc soll nur soweit erfolgen, „als Teilleistungen noch ausständig oder Teilleistungen noch ohne Wertminderung rückstellbar sind“. Der zweite Begutachtungsentwurf führt als Beispiel für die Aufhebung ex nunc an, dass die gelieferten Computer bereits ausgepackt und die Software installiert wurde.

Gemäß § 334 Abs 8 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll das BVA im Fall der lediglich ex nunc wirkenden Vertragsaufhebung eine Geldbuße über den AG verhängen.

8.6.6.2 Absehen von der Nichtigerklärung des Vertrages

Abweichend von der grundsätzlichen Pflicht zur Nichtigerklärung des vergaberechtswidrigen Vertrages soll das BVA ausnahmsweise von der Nichtigerklärung absehen und stattdessen als „Sanktion“⁸³⁰ eine Geldbuße über den AG verhängen. Das Konzept des Absehens von der Nichtigerklärung des Vertrages wird in § 334 Abs 3 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 (Oberschwellenbereich) und analog in § 334 Abs 6 leg cit (Unterschwellenbereich) geregelt.

Das ausnahmsweise Absehen von der Nichtigerklärung des Vertrages soll nur durch zwingende Gründe eines Allgemeininteresses gerechtfertigt sein und nur dann, wenn der AG das Absehen von der Nichtigerklärung ausdrücklich beantragt hat. Daher sollte der AG dafür sorgen, dass sein Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages in die Entscheidung des BVA einfließt. Der Antrag des AG soll jedoch nicht automatisch zum Absehen von der Nichtigerklärung führen. Vielmehr soll das BVA jedenfalls das Vorliegen zwingender Gründe eines Allgemeininteresses prüfen, die die Aufrechterhaltung des Vertrages rechtfertigen. Es

⁸²⁹ Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, 1/ME 24. GP 25.

⁸³⁰ Erläuterungen zum zweiten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, 33.

wird ausdrücklich normiert, dass wirtschaftliche Interessen nur dann als zwingende Gründe des Allgemeininteresses gelten, „wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte“. Gemäß Art 2d Abs 2 (Sekt)RMRL können Kosten, die durch die Verzögerung der Vertragserfüllung, die Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens, durch den Wechsel des Vertragspartners oder durch Pflichten aufgrund der Vertragsunwirksamkeit entstehen, nicht die Aufrechterhaltung des Vertrages rechtfertigen.

8.6.7 Verhängung der Geldbuße

Gemäß § 334 Abs 8 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll das BVA über den AG zwingend eine Geldbuße verhängen, wenn es von der grundsätzlichen Nichtigerklärung des vergaberechtswidrigen Vertrages absieht oder die Vertragsaufhebung bloß ex nunc anordnet. Die Geldbuße hat „wirksam, angemessen und abschreckend“ zu sein.

Bei der Festsetzung der konkreten Höhe der Geldbuße soll das BVA die gesetzliche Höchstgrenze von 20% der Auftragssumme beachten. Unter dem Begriff „Auftragssumme“ ist nach der Legaldefinition des § 2 Z 26 lit a) BVergG die Summe aus dem Gesamtpreis und der Umsatzsteuer zu verstehen.

Der Ermessensspielraum des BVA bei der Festsetzung der Geldbuße wird durch die gesetzlichen Kriterien iSd § 334 Abs 9 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 beschränkt. Demnach soll das BVA bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des AG sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe iSd § 5 VbVG⁸³¹ heranziehen. Bei der Vertragsaufhebung ex nunc soll das BVA berücksichtigen, in welchem Ausmaß der Vertrag aufrechterhalten wird. Als Erschwerungsgründe kommen etwa das Ausmaß der Schädigung bzw Gefährdung, das Ausmaß des erlangten Vorteils sowie das Ausmaß, in dem das rechtswidrige Verhalten der Mitarbeiter des AG geduldet wurde, in Betracht. Als Milderungsgründe kommen Maßnahmen zur Verhinderung der betreffenden Vergaberechtsverstöße vor und nach der Tat in Betracht.

Nach dem Begutachtungsentwurf stellt die Geldbuße keine Verwaltungsstrafe dar. Sie soll primär der Wiederherstellung des durch einen Vergaberechtsverstoß des AG gestörten Wettbewerbs dienen.⁸³²

Da die Geldbuße nach dem Begutachtungsentwurf keine Verwaltungsstrafe darstellt, sollen bei ihrer Verhängung die Bestimmungen des VStG nicht zur Anwendung kommen. Allerdings sprechen gute Gründe für die Anwendbarkeit der besonderen Verfahrensgarantien iSd Art 6 EMRK. Nach der Rechtsprechung des EGMR sind für die rechtliche Qualifikation eines Straftatbestandes als „strafrechtliche Anklage“ iSd Art 6 EMRK die Zuordnung der

⁸³¹ Verbandsverantwortlichkeitsgesetz, BGBl. I Nr 151/2005, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 112/2007.

⁸³² Erläuterungen zum ersten Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, 1/ME 24. GP 26.

Norm im nationalen Recht, die Natur des Vergehens sowie die Art und Schwere der Sanktion maßgeblich.⁸³³ Nach der übereinstimmenden Rechtsprechung des VfGH muss eine Sanktion iSd Art 6 EMRK ihrem Wesen nach eine Strafe mit repressiv-präventivem Charakter sein, ein spezifisches Unwerturteil zum Ausdruck bringen und ein ausreichendes Gewicht haben.⁸³⁴

Nach der Rechtsprechung des EGMR ist es bei der Qualifikation einer Geldbuße als Strafe iSd Art 6 EMRK „nicht maßgeblich“, ob das Verfahren zur Verhängung der Geldbuße nach dem nationalen Recht als strafrechtlich klassifiziert ist.⁸³⁵ Es kommt vielmehr darauf an, ob die Geldbuße eine „Sanktion zwecks Verhinderung einer neuerlichen Rechtsverletzung [darstellt], was als charakteristisches Merkmal strafrechtlicher Sanktionen anerkannt ist“. Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EGMR ist die Geldbuße iSd § 334 Abs 6 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 als Strafe iSd Art 6 EMRK zu qualifizieren, da sie jedenfalls einen spezial- und generalpräventiven Zweck verfolgt. Diese Qualifikation führt dazu, dass bei der Verhängung der Geldbuße im Verwaltungsverfahren vor dem BVA die besonderen Verfahrensgarantien iSd Art 6 EMRK zu beachten wären.

8.7 Zuständigkeiten nach Widerrufserklärung

Die Feststellungskompetenzen des BVA nach der Widerrufserklärung werden in § 312 Abs 4 BVergG normiert. Sie sollen durch die aktuelle Gesetzesnovelle erheblich erweitert werden. Gemäß § 312 Abs 4 Z 4 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 sollen sie überdies auch die Kompetenz zur Unwirksamklärung des Widerrufs umfassen.

8.7.1 Feststellung der Rechtswidrigkeit des Widerrufs

Gemäß § 312 Abs 4 Z 1 BVergG ist das BVA nach der Widerrufserklärung im Rahmen der vom Antragsteller geltendgemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung zuständig, ob der Widerruf rechtswidrig war. Durch die aktuelle Novelle sollen die Feststellungskompetenzen iSd § 312 Abs 4 Z 1 und Z 2 BVergG in den novellierten Regelungen iSd § 312 Abs 4 Z 1 und Z 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 inhaltlich beibehalten werden.

Im Feststellungserfahren betreffend die Rechtswidrigkeit des Widerrufs stellt die rechtswirksame Widerrufserklärung eine zwingende Prozessvoraussetzung dar. Dadurch wird das Vergabeverfahren unwiderruflich beendet.⁸³⁶ Die Widerrufserklärung kann aufgrund der praktischen Schwierigkeiten mit der Fortführung eines widerrufenen Vergabeverfahrens nicht

⁸³³ EGMR *Engel*, 8.6.1976, Rz 83 ff = EuGRZ 1976, 221; EGMR *Jussila*, 23.11.2006, Rz 30 ff.

⁸³⁴ VfSlg 11.506/1987; VfSlg 11.512/1987; VfSlg 11.569/1987; *Grabenwarter*, Art 6 EMRK, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht⁸ (2007) Rz 35.

⁸³⁵ EGMR *Ruotsalainen*, 16.6.2009, Rz 43 ff.

⁸³⁶ BVA 6.9.2005, 06N-72/05-27.

für nichtig erklärt werden. Die Unternehmer sind auf die Feststellung der Rechtswidrigkeit und anschließend auf die Geltendmachung von Schadenersatz zu verweisen.⁸³⁷

Bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Widerrufs hat das BVA als Maßstab das objektive Vorliegen von Widerrufsgründen heranzuziehen.⁸³⁸ Nach der Rechtsprechung des VwGH schadet eine bloß mangelhafte Begründung der Widerrufsentscheidung nicht, wenn andere objektive Widerrufsgründe vorliegen. In dieser Hinsicht darf jedoch nicht übersehen werden, dass die Begründung des AG entscheidend für die nachvollziehbare Überprüfung der Entscheidung des AG durch die Unternehmer ist. Teilt der AG den Unternehmern eine falsche Begründung für seine Entscheidung mit, die Anlass für ein Nachprüfungsverfahren darstellt, wird der Nachprüfungsantrag abgewiesen, wenn die Entscheidung des AG aus einem anderen, nicht mitgeteilten Grund rechtmäßig ist. Es stellt sich daher die Frage, ob den AG an der falschen Begründung für seine Entscheidung ein vorwerfbares Verschulden trifft und der Unternehmer Schadenersatzansprüche für die frustrierten Kosten des Nachprüfungsverfahrens geltendmachen kann.⁸³⁹

Im Zusammenhang mit der Kompetenz des BVA zur Feststellung des rechtswidrigen Widerrufs ist auf die novellierten Bestimmungen iSd §§ 140 Abs 8 bzw 279 Abs 8 BVergG hinzuweisen, wonach im Unterschwellenbereich die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung unterbleiben und der Widerruf unmittelbar erklärt werden kann (dh ohne Abwarten einer Stillhaltefrist). Im Unterschwellenbereich steht es im freien Ermessen des AG, ob er den Widerruf unmittelbar erklärt oder eine gesondert anfechtbare Widerrufsentscheidung erlässt (arg: "kann").

Die freiwillige Erlassung der gesondert anfechtbaren Widerrufsentscheidung ist etwa dann sinnvoll, wenn das Vorliegen eines sachlichen Widerrufsgrundes iSd § 138 Abs 2 bzw § 139 Abs 2 Z 3 BVergG fraglich ist und der AG mögliche Schadenersatzansprüche vermeiden möchte.⁸⁴⁰ Die Widerrufsentscheidung muss von beschwerten Unternehmern rechtzeitig im Nachprüfungsantrag angefochten werden. Andernfalls ist der Feststellungsantrag betreffend die Rechtswidrigkeit des Widerrufs gemäß § 332 Abs 5 BVergG unzulässig und folglich auch die Schadenersatzklage gemäß § 341 Abs 2 Z 3 BVergG ausgeschlossen.

Statt der gesondert anfechtbaren Widerrufsentscheidung kann der AG den Widerruf im Unterschwellenbereich auch unmittelbar erklären. Es trifft ihn lediglich die Pflicht, die im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer unverzüglich und nachweislich vom Widerruf zu verständigen. Ist die Verständigung aller im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer

⁸³⁷ *Reisner*, Der Widerruf des Vergabeverfahrens, in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 316.

⁸³⁸ *Reisner*, Der Widerruf des Vergabeverfahrens, in *Gruber/Gruber/Sachs* (Hrsg), Jahrbuch Vergaberecht 2008 (2008) 314.

⁸³⁹ VwGH 3.9.2008, 2008/04/0109 = RPA 2008/6, 325 (*Reisner*).

⁸⁴⁰ ErläutRV 127 BlgNr 23. GP 11.

nicht möglich (zB im Fall des Widerrufs vor Ablauf der Angebotsfrist im offenen Verfahren), hat der AG die Widerrufserklärung im Internet bekanntzumachen. Im Fall der unmittelbaren Widerrufserklärung läuft der AG jedoch Gefahr, dass ein Unternehmer die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Widerrufs mit der Behauptung beantragt, dass kein sachlicher Widerrufsgrund vorliege. Folglich könnte der beschwerte Unternehmer mit einem positiven Feststellungsbescheid des BVA Schadenersatzansprüche beim Zivilgericht geltendmachen. Durch die mögliche unmittelbare Widerrufserklärung im Unterschwellenbereich gewinnt der zivilrechtliche Sekundärrechtsschutz daher eine besondere Bedeutung.

Nach dem Wortlaut des § 312 Abs 4 Z 1 BVergG hat das BVA lediglich festzustellen, ob der Widerruf rechtswidrig war. Es kann jedoch die Situation eintreten, dass der Widerruf aufgrund des früheren rechtswidrigen Verhaltens des AG zulässig oder sogar geboten ist. Es handelt sich primär um Fälle, wo der AG aufgrund einer erfolgten oder zu erwartenden Nichtigerklärung seiner früheren rechtswidrigen Entscheidung durch das BVA zum Widerruf „gezwungen“ wird.⁸⁴¹ Beim rechtmäßigen Widerruf des AG ist ein inzidentes Aufgreifen früherer Vergaberechtsverstöße durch das BVA ausgeschlossen. Der Widerruf ist etwa dann rechtmäßig, wenn der AG im Vergabeverfahren mit dem Bestbieterprinzip keine (zulässigen) Zuschlagskriterien festlegt und die Bestbieterermittlung unmöglich ist. Ein vorwerfbares Verschulden des AG hat keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit des Widerrufs, sondern kann Schadenersatzpflichten auslösen.⁸⁴² Gemäß § 341 Abs 3 BVergG ist die Schadenersatzklage beim Zivilgericht auch ohne vorherigen Feststellungsbescheid des BVA zulässig, wenn der rechtmäßige Widerruf vom AG schuldhaft verursacht wurde.

8.7.1.2 Gegenantrag des Auftraggebers

Gemäß § 312 Abs 4 Z 2 BVergG ist das BVA auf Antrag des AG zur Feststellung zuständig, ob der Antragsteller selbst bei Einhaltung der Vergaberegeln keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte. Als „Antragsteller“ gilt jener Unternehmer, der die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Widerrufs beantragt hat. Der Gegenantrag des AG ist zum Feststellungsantrag akzessorisch und erst nach der rechtswirksamen Widerrufserklärung zulässig.⁸⁴³ Die Rechtslage entspricht weitgehend der Regelung über den Gegenantrag iSd § 312 Abs 3 Z 2 BVergG, sodass zur Vermeidung von Wiederholungen auf diesbezügliche Ausführungen verwiesen wird.

⁸⁴¹ Hofer, Bundesvergabegesetz-Novelle 2007: Ein Streifzug, RPA 2007, 14.

⁸⁴² VwGH 28.1.2008, ZI 2008/04/0001; VwGH 1.10.2008, 2004/04/0237, 0238 = RPA 2008/6, 328 (Papst).

⁸⁴³ BVA 12.5.2003, 02N-19/03-31.

8.7.2 Feststellung der rechtswidrigen Widerrufserklärung ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung

Durch die aktuelle Gesetzesnovelle sollen die Feststellungskompetenzen des BVA erweitert werden. Gemäß § 312 Abs 4 Z 3 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 ist das BVA zur Feststellung zuständig, ob der Widerruf rechtswidrig ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung iSd §§ 140 bzw 279 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 erklärt wurde. Im Anschluss an diese Feststellung soll das BVA gemäß § 334 Abs 8 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 den Widerruf des Vergabeverfahrens für unwirksam erklären können (arg: "kann").

8.7.3 Unwirksamerklärung des Widerrufs

Durch die aktuelle Gesetzesnovelle sollen die Feststellungskompetenzen des BVA um die neue Kompetenz zur Unwirksamerklärung des Widerrufs erweitert werden. Gemäß § 334 Abs 8 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll das BVA zur Unwirksamerklärung des Widerrufs zuständig sein, wenn es im Feststellungsverfahren iSd § 312 Abs 4 Z 3 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 festgestellt hat, dass der Widerruf rechtswidrigerweise ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung iSd §§ 140 bzw 279 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 erklärt wurde.

Die Ausübung der neuen Kompetenz soll im Ermessen des BVA stehen (arg: "kann"), wobei zwingend eine Interessensabwägung vorgenommen werden soll. Das BVA soll das Interesse des AG an der Beendigung des Vergabeverfahrens, das Interesse der Bieter an seiner Fortführung und allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abwägen.

8.8 Überleitung des Nachprüfungsverfahrens ins Feststellungsverfahren

In § 331 Abs 4 BVergG wird das rechtliche Schicksal des Nachprüfungsverfahrens geregelt, wenn das zugrundeliegende Vergabeverfahren während des Nachprüfungsverfahrens durch die Zuschlagserteilung oder die Widerrufserklärung beendet wird. Im Unterschied zur Vorgängerregelung des § 175 BVergG 2002 „kippt“ das Nachprüfungsverfahren nicht mehr automatisch in ein Feststellungsverfahren. Nach der geltenden Rechtslage bedarf es vielmehr eines gesonderten Antrags des ursprünglichen Nachprüfungswerbers. Bis zur Stellung dieses Antrags ruht das Nachprüfungsverfahren. Während dieser „Schwebezeit“ kann mangels Säumnis des BVA keine Beschwerde an den VwGH erhoben werden.⁸⁴⁴ Wird der Antrag iSd § 331 Abs 4 BVergG letztlich nicht innerhalb der Fristen iSd § 332 Abs 2 BVergG gestellt, ist das (noch immer anhängige) Nachprüfungsverfahren formlos einzustellen.

Diese Grundsätze gelten ausdrücklich auch dann, wenn im Nachprüfungsverfahren ein Bescheid des BVA erlassen, danach das Vergabeverfahren beendet und der Bescheid des

⁸⁴⁴ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 143.

BVA vom VwGH oder VfGH aufgehoben wird. Gemäß § 63 Abs 1 VwGG bzw § 87 Abs 2 VfGG ist das BVA im fortgesetzten Feststellungsverfahren grundsätzlich an die für das aufhebende Erkenntnis des Höchstgerichtes tragende Rechtsanschauung gebunden.⁸⁴⁵

In § 331 Abs 4 BVergG wird die Stellung eines „normalen“ Feststellungsantrages in einer besonderen Situation geregelt (dh Beendigung des Vergabeverfahrens während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens). Da hierdurch keine zusätzliche Zuständigkeit des BVA geschaffen wird, gelten im übergeleiteten Feststellungsverfahren weitgehend die allgemeinen Regeln über die Antragslegitimation, das Verfahren und die Entscheidungsbefugnis des BVA.

8.8.1 Antragslegitimation

Das Feststellungsverfahren iSd § 331 Abs 4 BVergG stellt die Fortsetzung des ursprünglichen Nachprüfungsverfahrens dar. Daher ist für die Antragslegitimation § 320 Abs 1 BVergG maßgeblich. Es ist zu prüfen, ob der Antragsteller den ursprünglichen Nachprüfungsantrag gestellt, die Antragslegitimation besessen und diese seither nicht verloren hat.⁸⁴⁶

Im übergeleiteten Feststellungsverfahren iSd § 331 Abs 4 BVergG fällt keine Pauschalgebühr an. Für diese Begünstigung ist keine sachliche Rechtfertigung ersichtlich. Die Differenzierung zwischen dem gebührenfreien Feststellungsantrag iSd § 331 Abs 4 BVergG und den anderen gebührenpflichtigen Anträgen erscheint daher gleichheitswidrig.⁸⁴⁷

Im übergeleiteten Feststellungsverfahren können der AG oder der präsumtive Zuschlagsempfänger den Gegenantrag stellen, dass der Antragsteller selbst bei Einhaltung der Vergaberegeln keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte.

8.8.2 Antragsinhalt

Aufgrund der ausdrücklichen Anordnung in § 331 Abs 4 BVergG sind für den Inhalt des überleitenden Feststellungsantrags die Anforderungen des § 332 Abs 1 BVergG maßgeblich. Beim Beschwerdepunkt ist zu beachten, dass im übergeleiteten Feststellungsverfahren nur dieselbe Rechtsverletzung wie im ursprünglichen Nachprüfungsverfahren geltendgemacht werden kann. Im Fall der Ausdehnung auf weitere Vergaberechtsverstöße wäre der Antrag als selbständiger und zusätzlicher (gebührenpflichtiger) Feststellungsantrag zu qualifizieren.⁸⁴⁸

⁸⁴⁵ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 28.

⁸⁴⁶ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 39.

⁸⁴⁷ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 34.

⁸⁴⁸ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 43.

8.8.3 Antragsfristen

Für die Stellung des Feststellungsantrags iSd § 331 Abs 4 BVergG gelten die allgemeinen Fristen des § 332 Abs 2 BVergG mit der Maßgabe, dass die Zeit eines allfälligen Verfahrens vor dem VwGH oder VfGH nicht in die Antragsfrist einzurechnen ist. Das höchstgerichtliche Verfahren beginnt mit dem Einlangen der Beschwerde und endet mit der Zustellung des Erkenntnisses.⁸⁴⁹ Während dieser Zeit wird der Verfahrenslauf gehemmt und die Antragsfrist dadurch verlängert.⁸⁵⁰

8.8.4 Entscheidung

Für den Feststellungsantrag iSd § 331 Abs 4 BVergG gelten die allgemeinen Regeln über die Wirkungen des Feststellungsbescheides des BVA. Die positive Feststellung des BVA über einen Vergaberechtsverstoß kann daher Grundlage für die Geltendmachung zivilrechtlicher Ansprüche iSd § 341 Abs 2 BVergG sein.

Gemäß § 338 Abs 2 BVergG ist der Schadenersatzanspruch jedoch ausgeschlossen, wenn der Schaden durch die rechtzeitige Beantragung einer EV hätte abgewendet werden können. In der Praxis ist dies besonders bedeutsam, wenn das Vergabeverfahren während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens gerade aufgrund der unterlassenen Stellung des Antrags auf Erlassung einer EV beendet wird.⁸⁵¹

8.9 Verfahrensverbindung

Entsprechend dem Rechtsschutzregime des BVergG ist es möglich, dass hinsichtlich ein und desselben Vergabeverfahrens mehrere Unternehmer „*sukzessiv*“ Rechtsschutzanträge an das BVA stellen.⁸⁵² Nach den Gesetzesmaterialien sollen mehrere Feststellungsverfahren aus verfahrensökonomischen Gründen nach Möglichkeit gemeinsam durchgeführt werden.⁸⁵³ Gemäß § 331 Abs 3 BVergG sind die Feststellungsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden, wenn ihnen hinsichtlich eines Vergabeverfahrens mehrere zulässige und rechtzeitige Feststellungsanträge iSd § 331 Abs 1 BVergG zugrundeliegen. Da die Verfahrensverbindung zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung erfolgt, muss für alle Entscheidungen derselbe Senat des BVA zuständig sein. Gemäß § 304 Abs 1 sieht die

⁸⁴⁹ Walter/Thienel (Hrsg), Die österreichischen Verwaltungsverfahrensgesetze¹⁷ (2008), 204.

⁸⁵⁰ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 35.

⁸⁵¹ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 26, 27.

⁸⁵² Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 16.

⁸⁵³ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 143.

Geschäftsverteilung des BVA vor, dass alle Eingaben hinsichtlich eines Vergabeverfahrens demselben Senat zuzuweisen sind.⁸⁵⁴

Das Gebot der Verfahrensverbindung iSd § 331 Abs 3 BVergG betrifft ausdrücklich nur mehrere Feststellungsanträge nach der Beendigung des Vergabeverfahrens iSd § 331 Abs 1 BVergG. Das Zusammentreffen mehrerer Feststellungsanträge ist auch vor der Beendigung des Vergabeverfahrens iSd § 331 Abs 2 BVergG denkbar. Die Verfahrensverbindung ist diesfalls nach der allgemeinen Regel des § 39 Abs 2 AVG zu beurteilen, sodass dem BVA ein gewisser Ermessensspielraum eingeräumt ist.⁸⁵⁵

Die Verfahrensverbindung iSd § 331 Abs 3 BVergG gilt ebenfalls nicht für mehrere Feststellungsanträge iSd § 331 Abs 4 BVergG. Nach der verfassungskonformen Auslegung sind auch in diesem Fall mehrere Feststellungsverfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden.⁸⁵⁶

Im Unterschied zur grundsätzlichen Verfahrensverbindung ist die Verfahrenstrennung zulässig, wenn dies im Interesse der Zweckmäßigkeit, Einfachheit und Kostenersparnis liegt. Die getrennte Verfahrensdurchführung kommt etwa dann in Betracht, wenn ein Antrag von vornherein eindeutig als unbegründet abzuweisen ist und die anderen Feststellungsanträge noch nicht entscheidungsreif sind.⁸⁵⁷

⁸⁵⁴ § 2 Abs 2 Geschäftsverteilung des BVA, gültig seit 15.12.2008 (15.12.2008).

⁸⁵⁵ Thienel, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 17.

⁸⁵⁶ Thienel, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 48.

⁸⁵⁷ Thienel, in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 331 Rz 21.

9. Zivilrechtlicher Rechtsschutz

Im zivilgerichtliche Verfahren können übergangene Unternehmer ihre Schadenersatz- und Unterlassungsansprüche geltendmachen. Der zivilrechtliche Sekundärrechtsschutz verhält sich subsidiär gegenüber dem vergabespezifischen Primärrechtsschutz, da die gerichtsförmige Kontrolle im Vergleich zur verwaltungsbehördlichen Vergabekontrolle erhebliche Defizite aufweist.⁸⁵⁸ Seit dem Bestehen von Vergabegesetzen wurde das „*Private Enforcement*“ spürbar zurückgedrängt.⁸⁵⁹ Die Anzahl vergaberechtlicher Schadenersatzklagen ist relativ gering, was auf die „*mangelnde Rechtsverfolgungsfreundlichkeit*“ in Vergabeangelegenheiten vor ordentlichen Zivilgerichten hinweist.⁸⁶⁰

Für den vergabespezifischen Schadenersatz gelten die besonderen zivilrechtlichen Bestimmungen iSd § 338 ff BVergG und die allgemeinen Regeln des Zivilrechts. Der Weg zum Schadenersatz ist grundsätzlich als zweiaktiger Vorgang konzipiert. Im ersten Akt haben beschwerte Unternehmer zunächst einen Feststellungsbescheid vor dem BVA zu erlangen. Im zweiten Akt ist ein vollstreckbarer Exekutionstitel beim zuständigen Zivilgericht zu erlangen, mit dem der Schadenersatzanspruch durchgesetzt werden kann.⁸⁶¹

9.1 Schadenersatzansprüche

Gemäß § 338 Abs 1 BVergG kann der übergangene Bewerber, Bieter oder Bestbieter bei schuldhafter Verletzung der Vergaberegeln durch Organe des AG oder der vergebenden Stelle eine Schadenersatzklage gegen den AG erheben.

9.1.1 Zuständigkeit

Gemäß § 341 Abs 1 BVergG kommt die ausschließliche Zuständigkeit zur Entscheidung über vergabespezifische Schadenersatzklagen in erster Instanz den ordentlichen Gerichtshöfen zu (ohne Rücksicht auf den Streitwert). Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Sitz des AG. Fehlt ein solcher Gerichtsstand im Inland, so ist das Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien zuständig.

Gemäß § 1 JN⁸⁶² sind die ordentlichen Zivilgerichte überdies für jene Rechtssachen subsidiär zuständig, die nicht in der taxativen Aufzählung der Zuständigkeiten des BVA iSd

⁸⁵⁸ VfSlg 1506/1998; *Aicher*, Die Vergabekontrollkommission in ihrer Bedeutung für die österreichische Rechtsentwicklung und für die Angleichung an das Recht der EG, in *Aicher/Korinek* (Hrsg), Vergabekontrollkommission (1991) 30 ff.

⁸⁵⁹ *Holly*, Private Enforcement im Vergaberecht, *ecolex* 2006, 813.

⁸⁶⁰ *Kluger*, Überlegungen zur Effizienzsteigerung im vergaberechtlichen Schadenersatz, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 307.

⁸⁶¹ *Kluger*, Überlegungen zur Effizienzsteigerung im vergaberechtlichen Schadenersatz, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 308.

⁸⁶² Jurisdiktionsnorm, RGBl. Nr 111/1895, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 30/2009.

§ 312 BVergG angeführt sind.⁸⁶³ Die subsidiäre Zuständigkeit der ordentlichen Zivilgerichte besteht etwa dann, wenn im nationalen Recht entgegen der gemeinschaftsrechtlich gebotenen Nachprüfungsmöglichkeit keine Zuständigkeit einer Vergabekontrollbehörde normiert ist.⁸⁶⁴

9.1.2 Zulässigkeit

Gemäß § 341 Abs 2 BVergG stellt der positive Feststellungsbescheid des BVA eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die zivilrechtliche Schadenersatz- und Unterlassungsklage dar. Nach den Gesetzesmaterialien soll das zwingende Feststellungsverfahren vor dem BVA einer übermäßigen Arbeitsbelastung der Zivilgerichte vorbeugen. Da die Vergabekontrollbehörde nur über Vergaberechtsverstöße abspricht, sollen Rechtsverstöße „aus anderen Gründen“ von den Zivilgerichten beurteilt werden.⁸⁶⁵ Nach der Rechtsprechung des OGH liegt der Zweck des zwingenden Feststellungsverfahrens vor der Vergabekontrollbehörde darin, dass der behauptete Vergaberechtsverstoß vorweg durch eine vergabespezifische Verwaltungsbehörde geprüft wird und dadurch „einer übermäßigen Arbeitsbelastung der Gerichte [vorgebeugt] und eine einheitliche Auslegung vergaberechtlicher Bestimmungen [gewährleistet]“ werden kann.⁸⁶⁶

Das zwingende Feststellungsverfahren vor dem BVA spielt eine besonders wichtige Rolle im Unterschwellenbereich. Gemäß §§ 140 Abs 8 bzw 279 Abs 8 BVergG kann der AG den Widerruf im Unterschwellenbereich unmittelbar erklären (dh ohne gesondert anfechtbare Widerrufsentscheidung des AG und ohne Abwarten der Stillhaltefrist). Bei der unmittelbaren Widerrufserklärung können beschwerte Unternehmer mangels einer gesondert anfechtbaren Widerrufsentscheidung keinen Nachprüfungsantrag stellen.⁸⁶⁷ Sie sind darauf angewiesen, im Feststellungsverfahren vor dem BVA die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Widerrufs zu beantragen und folglich vor dem Zivilgericht Schadenersatzansprüche geltendzumachen.

Beschwerte Unternehmer können die Schadenersatzklage ausnahmsweise auch direkt beim zuständigen Zivilgericht erheben (dh ohne vorherigen Feststellungsbescheid des BVA). Diese Ausnahme gilt dann, wenn der Widerruf gemäß § 341 Abs 3 BVergG rechtmäßig war, aber vom AG schuldhaft verursacht wurde. Die ausdrückliche Ausnahme vom Erfordernis des zwingenden Feststellungsverfahrens spiegelt das Fehlen einer Feststellungskompetenz des BVA bei Rechtmäßigkeit des Widerrufs wider. Durch die Ausnahmeregel wird die frühere uneinheitliche Rechtsprechung des OGH zum Erfordernis des Feststellungsbescheides zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen nach dem Widerruf des Vergabeverfahrens

⁸⁶³ Thienel, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 312 Rz 84.

⁸⁶⁴ VfGH 3.3.1998, G 450/97, VfSlg 15.106/1998; VfGH 30.11.2000, G 110/99, VfSlg 16.027/2000 = ÖZW 2001, 11 f (Thienel).

⁸⁶⁵ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 136.

⁸⁶⁶ OGH 11.12.2003, 6 Ob 279/03b; vgl auch OGH 20.5.2003, 4 Ob 62/03a.

⁸⁶⁷ ErläutRV 127 BlgNr 23. GP 11.

beseitigt.⁸⁶⁸ Die Ausnahmeregel des § 341 Abs 3 BVergG ist von besonderer praktischer Bedeutung beim rechtmäßigen Widerruf gemäß § 138 Abs 2, § 139 Abs 2 Z 3 bzw § 278 BVergG, wonach der Widerruf bei Vorliegen „sachlicher Gründe“ erklärt werden kann. Nach der Rechtsprechung des VwGH liegt ein sachlicher Widerrufsgrund etwa bei der Änderung des Leistungsgegenstandes vor, wenn statt des ursprünglich ausgeschriebenen Umbaus einer bereits bestehenden Anlage nachträglich ein Neubau der Anlage beschaffen werden soll. Trotz der Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung des AG können im zivilgerichtlichen Verfahren dem beschwerten Unternehmer Schadenersatzansprüche zustehen, wenn der AG die Änderung des Leistungsgegenstandes bereits bei der Planung der Ausschreibung hätte erkennen können und der Widerruf daher vom AG gemäß § 341 Abs 3 BVergG schuldhaft verursacht wurde.⁸⁶⁹

Nach *Fink* ist der Entfall des zwingenden Feststellungsverfahrens vor dem BVA beim rechtmäßigen Widerruf nicht nachvollziehbar, da dieser auch auf einem Vergaberechtsverstoß des AG basiere und daher die Feststellung der Rechtswidrigkeit durch eine mit spezifischem Know-how ausgestattete Vergabekontrollbehörde genauso nötig wie beim rechtswidrigen Widerruf sei.⁸⁷⁰

Eine weitere Ausnahme vom Erfordernis des zwingenden Feststellungsverfahrens vor dem BVA zur Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen liegt nach der Rechtsprechung des OGH vor, wenn der Schadenersatzanspruch auf culpa in contrahendo gestützt wird.⁸⁷¹ Da diesfalls kein Verstoß gegen vergaberechtliche Bestimmungen geltendgemacht wird, ist eine vorherige Prüfung durch die Vergabekontrollbehörde nicht erforderlich.

Die Schadenersatzklage ist innerhalb der allgemeinen 3-jährigen Verjährungsfrist iSd § 1489 ABGB⁸⁷² zu erheben. Der Fristenlauf beginnt erst im Zeitpunkt des Vorliegens der Prozessvoraussetzungen (insb nach der Erlangung des Feststellungsbescheides des BVA).⁸⁷³

9.1.3 Umfang

Gemäß § 338 Abs 1 BVergG kann der klagende Unternehmer zwischen dem Begehren auf Ersatz des Vertrauensschadens und dem Begehren auf Ersatz des Erfüllungsinteresses wählen (arg: „alternativ“). Die ziffernmäßig bestimmte Leistungsklage hat diese Wahl zu präzisieren, da die Schadenersatzklage sonst wegen Unschlüssigkeit zurückzuweisen ist.⁸⁷⁴

⁸⁶⁸ *Lesniak*, Feststellungsbescheid und Schadenersatz nach Widerruf der Ausschreibung vom BVergG 1997 bis zum BVergG 2006, ZVB 2006/68, 242.

⁸⁶⁹ VwGH 3.9.2008, 2008/04/0109 = RPA 2008/6, 325 (*Reisner*).

⁸⁷⁰ *Fink*, Änderungen im Vergaberechtsschutz, *ecolex* 2006, 103 ff.

⁸⁷¹ OGH 20.5.2003, 4 Ob 62/03a; OGH 16.2.2005, 7 Ob 18/04d.

⁸⁷² Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr 946/1811, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 40/2009.

⁸⁷³ *Madl/Anderl*, Verjährung von Schadenersatzansprüchen bei Vergabeverfahren, *ecolex* 2005, 200.

⁸⁷⁴ *Kluger*, Überlegungen zur Effizienzsteigerung im vergaberechtlichen Schadenersatz, in *Sachs* (Hrsg), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) 310.

9.1.3.1 Ersatz des Vertrauensschadens

Gemäß § 338 Abs 1 erster Satz BVergG kommt dem übergangenen Bewerber, Bieter oder dem Bestbieter Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu. Der Schadenersatzanspruch umfasst die Kosten der Angebotsstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren. Dazu zählen die Kosten für die Prüfung der Ausschreibungsunterlagen, für die Erstellung von Plänen, für die Angebotsausarbeitung (Sach- und Personalaufwand), die Projektbesichtigung, die Reise- und Versandkosten sowie die Vergebührungskosten.⁸⁷⁵ Ein darüber hinausgehender Vertrauensschaden ist auf § 340 BVergG zu stützen. In dieser Hinsicht kommen etwa ein entgangener Gewinn aus einem im Vertrauen auf die rechtmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens abgelehnten anderen Auftrag oder die Kosten eines erfolgreichen Nachprüfungsverfahrens vor dem BVA in Betracht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des OGH gebührt der Ersatz des Vertrauensschadens bereits dann, wenn die Ausschreibung fehlerhaft war (zB wegen eines unerfüllbaren Ausschreibungskriteriums) und der AG das Vergabeverfahren hätte widerrufen müssen.⁸⁷⁶ Der Vertrauensschaden ist insb dann zu ersetzen, wenn der AG die Zuschlagskriterien beim Bestbieterprinzip nicht gewichtet hat. Bei der fehlenden Gewichtung von Zuschlagskriterien ist die Bestbieterermittlung nicht möglich. Daher kann der übergangene Bieter nicht nachweisen, dass er bei Einhaltung der Vergaberegeln den Zuschlag hätte erhalten müssen.⁸⁷⁷

Der Schadenersatzanspruch ist jedoch ausgeschlossen, wenn das BVA nach der Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung gemäß § 312 Abs 3 Z 2 BVergG die Feststellung getroffen hat, dass der übergangene Unternehmer selbst bei Einhaltung der Vergaberegeln keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte. Stellt der AG bzw der präsumtive Zuschlagsmepfänger keinen solchen Gegenantrag oder bleibt der Antrag erfolglos, kommt der Schadenersatzanspruch auch einem chancenlosen Unternehmer zu.⁸⁷⁸ Dadurch wird die Frage der Kausalität ausgeklammert.

Der Schadenersatzanspruch ist aufgrund der allgemeinen Schadensminderungspflicht auch dann ausgeschlossen, wenn der Schaden durch die Beantragung einer EV oder durch die Stellung eines Nachprüfungsantrags hätte abgewendet werden können.

9.1.3.2 Ersatz des Erfüllungsinteresses

Gemäß § 338 Abs 1 letzter Satz BVergG kommt der Anspruch auf Ersatz des Erfüllungsinteresses (dh positiver Schaden und entgangener Gewinn) nur dem übergangenen

⁸⁷⁵ *Holly*, Private Enforcement im Vergaberecht, ecolex 2006, 813, FN 1.

⁸⁷⁶ OGH 29.4.2004, 6 Ob 177/03b; OGH 30.5.2005, 8 Ob 39/05a = RIS-Justiz RS 0030354.

⁸⁷⁷ OGH 25.3.2003, 1 Ob 110/02m = SZ 2003/26; OGH 24.5.2005, 5 Ob 49/05z = SZ 2005/83; OGH 30.5.2005, 8 Ob 39/05a; OGH 8.7.2008, 4 Ob 98/08b = RPA 2008/6, 317 (*Terzaki/Nagelreiter*).

⁸⁷⁸ OGH 27.06.2001, 7 Ob 148/01t; OGH 25.03.2003, 1 Ob 110/02m.

Bestbieter und nur alternativ zum Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens zu. Nach der ständigen Rechtsprechung des OGH gebührt dem übergangenen Bestbieter der Ersatz des Erfüllungsinteresses, wenn ihm bei Einhaltung der Vergaberegeln der Zuschlag hätte erteilt werden müssen.⁸⁷⁹ Der Kläger hat die Bestbielereigenschaft sowie den Kausalzusammenhang zwischen dem Vergaberechtsverstoß des AG und dem eingetretenen Schaden nachzuweisen.

9.2 Unterlassungsansprüche

Der Vergaberechtsverstoß des AG kann nicht nur zum Schadenersatz verpflichten, sondern auch wettbewerbliche Unterlassungsansprüche der beschwerten Unternehmer begründen. Da ein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem AG und den Unternehmern nicht bereits durch die Anwendbarkeit des BVergG entsteht und die Zuschlagserteilung regelmäßig keine Wettbewerbshandlung darstellt, kommt hier die absichtlich sittenwidrige Förderung fremden Wettbewerbs durch Vergaberechtsbruch iSd § 1 UWG⁸⁸⁰ in Betracht.⁸⁸¹

9.2.1 Zulässigkeit

In § 341 Abs 2 BVergG wird der Vorrang des vergabespezifischen Rechtsschutzes vor dem wettbewerbsrechtlichen Verfahren normiert. Der positive Feststellungsbescheid des BVA stellt eine zwingende Zulässigkeitsvoraussetzung zur Erhebung der Unterlassungsklage dar: *„Eine Klage auf Unterlassung vergaberechtswidrigen und zugleich auch wettbewerbswidrigen Verhaltens ist daher nur zulässig, wenn die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde einen Verstoß gegen das BVergG festgestellt hat.“*⁸⁸² Das zwingende Erfordernis des Feststellungsbescheides des BVA gilt auch für wettbewerbliche Verfahren, die nicht gegen den AG selbst, sondern gegen einen Mitbewerber angestrengt werden.

Verabsäumt es der übergangene Unternehmer einen Feststellungsbescheid vor dem BVA zu erwirken, ist sein Hauptbegehren auf Unterlassung aufgrund der Unzulässigkeit des Rechtsweges zurückzuweisen und das Sicherungsbegehren ist nichtig.⁸⁸³ Das zwingende Feststellungsverfahren vor dem BVA schließt eine parallele oder spätere Inanspruchnahme wettbewerbsrechtlicher Instrumente aus. Daher sind zivilrechtliche Klagen auf Unterlassung der Zuschlagserteilung oder eines befürchteten rechtswidrigen Vertragsschlusses irrelevant.⁸⁸⁴

Nach ständiger Rechtsprechung des OGH ist einem Unternehmer die Beteiligung an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren dann als Wettbewerbsverstoß zuzurechnen, wenn der

⁸⁷⁹ OGH 25.3.2003, 1 Ob 110/02m = SZ 2003/26; OGH 29.4.2004, 6 Ob 177/03b = ZVB 2004/94 (Öhler); OGH 17.8.2006, 10 Ob 37/06y = ecolex 2007, 336 (Friedl); OGH 8.7.2008, 4 Ob 98/08b = RPA 2008/6, 317 (Terzaki/Nagelreiter).

⁸⁸⁰ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, BGBl. I Nr 448/1984, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr 79/2007.

⁸⁸¹ Holly, Private Enforcement im Vergaberecht, ecolex 2006, 813.

⁸⁸² ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 148.

⁸⁸³ Sehrschön, Vergaberecht und UWG, RPA 2006/5, 236.

⁸⁸⁴ Holly, Private Enforcement im Vergaberecht, ecolex 2006, 813.

Vergaberechtsverstoß für ihn offenkundig war und seine Teilnahme am rechtswidrigen Vergabeverfahren nicht mit guten Gründen vertreten werden kann.⁸⁸⁵ Für die Offenkundigkeit des Vergaberechtsverstoßes bedarf es keiner Mitwirkung des beklagten Unternehmers und der Verstoß muss auch nicht primär der Sphäre des Unternehmers zuzurechnen sein. Für die Zurechenbarkeit des Wettbewerbsverstoßes reicht es jedoch aus, wenn der Unternehmer den offensichtlichen Vergaberechtsverstoß des AG zur Förderung seines eigenen Wettbewerbs ausnützt.⁸⁸⁶ Der Verstoß muss dem beklagten Unternehmer vorwerfbar und dazu geeignet sein, ihm einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorsprung vor den rechtstreuen Mitbewerbern zu verschaffen.⁸⁸⁷ Grundsätzlich dürfen Unternehmer jedoch darauf vertrauen, dass der AG die Vergaberegeln einhält. Bloße Zweifel an der Zulässigkeit des Angebotes verpflichten die Unternehmer noch nicht zur Selbstbeschränkung.⁸⁸⁸

9.2.2 Umfang

Der wettbewerbsrechtliche Anspruch des klagenden Unternehmers gegen seinen rechtswidrig handelnden Mitbewerber ist regelmäßig auf Unterlassung der Vertragserfüllung gerichtet. Der beklagte Unternehmer kann sich nicht auf seine rechtlichen Pflichten gegenüber dem AG „ausreden“, da es ihm freigestanden wäre, solche Pflichten erst gar nicht zu übernehmen.

Durch die Unterlassung der Vertragserfüllung wird nicht in die Rechte dritter Personen (des AG) eingegriffen, da das Verbot der Vertragserfüllung nur an den beklagten Unternehmer gerichtet ist. Die Vertragswirksamkeit wird durch das Unterlassungsgebot nicht berührt: Es wird weder der Vertrag für nichtig erklärt, noch wird dem AG die Entgegennahme der Leistung untersagt.⁸⁸⁹ Für den beklagten Unternehmer kann daher die Situation entstehen, dass er zur Unterlassung der Vertragserfüllung gegenüber seinem klagenden Mitbewerber und gleichzeitig zur Vertragserfüllung gegenüber dem AG verpflichtet ist. Nach der Rechtsprechung des OGH ist diese „*unangenehme [Situation] aber eine Folge der Relativität schuldrechtlicher Beziehungen*“.⁸⁹⁰

Hinsichtlich der Wirksamkeit des geschlossenen Leistungsvertrages betont der OGH ausdrücklich, dass im wettbewerbsrechtlichen Verfahren (auch nicht vorfrageweise) über die Nichtigkeit oder die Anfechtung des Vertrages zu entscheiden ist.⁸⁹¹ Die Nichtigkeitssanktion greift vielmehr unter den Voraussetzungen des § 132 Abs 3 bzw § 273 Abs 3 BVergG.

⁸⁸⁵ OGH 13.9.1999, 4 Ob 155/99v; OGH 24.10.2000, 4 Ob 232/00x; OGH 13.11.2001, 4 Ob 261/01 p; OGH 14.3.2005, 4 Ob 262/04i.

⁸⁸⁶ OGH 23.5.2006, 4 Ob 23/06w.

⁸⁸⁷ OGH 14.3.2005, 4 Ob 260/04w.

⁸⁸⁸ *Seherschön*, Vergaberecht und UWG, RPA 2006/5, 234.

⁸⁸⁹ *Seherschön*, Vergaberecht und UWG, RPA 2006/5, 235.

⁸⁹⁰ OGH 14.3.2005, 4 Ob 260/04w.

⁸⁹¹ OGH 23.5.2006, 4 Ob 23/06w.

VII. Rechtsvergleich

Im Vergabewesen zeichnen sich der österreichische und der slowakische Rechtsschutz durch beeindruckende Gemeinsamkeiten sowie durch erhebliche Unterschiede aus. Hinsichtlich der Gemeinsamkeiten haben beide EU-Mitgliedstaaten dieselben übergeordneten gemeinschafts- und völkerrechtlichen Determinanten zu beachten. Hinsichtlich der historischen Entwicklung gehen die beiden Rechtsordnungen auf ähnliche historische Wurzeln zurück. Während das österreichische Vergaberwesen auf die "Submissionsordnung" über die Auftragsvergabe aus dem Jahr 1911 zurückzuführen ist, wurde die Entwicklung des slowakischen Vergabewesens durch die Vergabeordnung⁸⁹² aus dem Jahr 1920 geprägt. Eine weitere Gemeinsamkeit der beiden Rechtsordnungen liegt darin, dass ihre Vergabegesetze großteils am 1. Februar 2006 in Kraft getreten sind⁸⁹³ und in mehreren Novellen die Vergaberechtsdynamik widerspiegeln.

Zwischen dem österreichischen und slowakischen Vergaberechtsschutz gibt es jedoch auch markante Unterschiede, auf die ausländische Unternehmer besonders achten sollten.

⁸⁹² Regierungsverordnung Nr. 667/1920 über die Vergabe staatlicher Lieferungen und Arbeiten - Vergabeordnung [Nariadenie Vlády Československej republiky č. 667/1920 o zadávaní štátnych dodávok a prác - Zadávací poriadok].

⁸⁹³ § 345 Abs 1 Z 1 BVergG; Art IV slowak VergG.

1. Organisation der Vergabekontrolle

Während die österreichische Vergabekontrolle dezentral durch zehn verschiedene Behörden ausgeübt wird, ist die slowakische Vergabekontrolle mit einer einzigen zuständigen Behörde zentral organisiert.

1.1 Österreich: Dezentrale Vergabekontrolle

Entsprechend den verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlagen iSd Art 14b B-VG ist die österreichische Vergabekontrolle auf zehn verschiedene Vergabekontrollbehörden zersplittert. Die dezentrale Vergabekontrolle spiegelt die bundesstaatliche Struktur Österreichs wider. Der Bund und die Länder behalten daher die Kontrolle über die öffentliche Auftragsvergabe in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich.

Ein möglicher Vorteil des dezentralen österreichischen Vergaberechtsschutzes besteht in der breiten Basis von vergaberechtskundigen Entscheidungsorganen. Die Spruchpraxis kann dabei zur hilfreichen Auslegung und Konkretisierung der Vergaberegeln beitragen. Aus der Unternehmenssicht kann eine reiche Entscheidungspraxis zur höheren Aufmerksamkeit bei der Angebotserstellung beitragen. Aus der Auftraggebersicht kann eine ständige Spruchpraxis zur Qualitätssteigerung bei der Vorbereitung von Ausschreibungen und bei der Durchführung von Vergabeverfahren beitragen.

Ein möglicher Nachteil des dezentralen Vergaberechtsschutzes besteht in der Gefahr von Zuständigkeitsstreitigkeiten bei gemischten Auftragsvergaben. Es besteht auch die Gefahr der uneinheitlichen Spruchpraxis, wenn mehrere Vergabekontrollbehörden widersprüchliche Entscheidungen zu ein und derselben Rechtsfrage treffen. Im österreichischen Vergaberecht wird die Einheitlichkeit der Rechtsprechung durch die Anrufung des VwGH gewährleistet.

1.2 Slowakei: Zentrale Vergabekontrolle

Gemäß § 109 Abs 1 slowak VergG ist die slowakische Vergabekontrolle zentral organisiert. Sie wird durch ein einziges „Organ der Staatsverwaltung für das öffentliche Vergabewesen“ ausgeübt. Dabei wird das slowakische Vergabeamt ÚVO durch drei regionale Außenstellen ohne Behördenqualität in Nitra, Žilina und Košice unterstützt.

Ein möglicher Vorteil des zentralen slowakischen Vergaberechtsschutzes besteht in seiner einheitlichen Struktur. Der Zuständigkeitsbereich des ÚVO ist in § 112 slowak VergG eindeutig abgegrenzt. Durch die gefestigte Spruchpraxis des ÚVO besteht Rechtssicherheit. Bei spezifischen Rechtsfragen im Zusammenhang mit einem konkreten Vergabeverfahren ist es für die Unternehmer sowie für die AG besonders begrüßenswert, dass sie Rechtsfragen an das ÚVO stellen können. Gemäß § 112 lit j) slowak VergG kann das ÚVO durch die sog

„methodischen Anleitungen“ die gestellten Rechtsfragen rasch klären und dadurch unnötige Nachprüfungsverfahren vermeiden.

Ein möglicher Nachteil des zentralen Vergaberechtsschutzes könnte darin liegen, dass die gefestigte Spruchpraxis einer einzigen Vergabekontrollbehörde sich kaum verändern wird. Allerdings könnte die Abkehr von einer vergaberechtlichen Sichtweise und die Entwicklung einer neuen Rechtsprechungslinie in bestimmten Fallkonstellationen durchaus sinnvoll sein.

2. Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde

Zwischen den österreichischen Vergabekontrollbehörden und dem slowakischen Vergabeamt bestehen erhebliche Unterschiede hinsichtlich des Zuständigkeitsbereiches und der inneren Organisation. Diese Unterschiede wirken sich auf die Effektivität des Vergaberechtsschutzes aus.

2.1 Österreichische Vergabekontrollbehörden: Umfassende Zuständigkeit

Während das BVA bis zur Zuschlagserteilung bzw. Widerrufserklärung gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Durchführung des Nachprüfungs- und Provisorialverfahrens zuständig ist, ist es nach der Beendigung des Vergabeverfahrens zur Durchführung des Feststellungsverfahrens gemäß § 312 Abs 3 und Abs 4 BVergG zuständig. Die Landesvergaberechtsschutzgesetze weisen den unabhängigen Verwaltungssenaten in den Ländern bzw. dem Vergabekontrollsenat in Wien und in Salzburg inhaltlich übereinstimmende Zuständigkeiten zu.

Durch die aktuelle Gesetzesnovelle sollen die taxativ aufgezählten Zuständigkeiten des BVA erweitert und an die neue RL 2007/66/EG angepasst werden. Zwecks Erhöhung der Effektivität des Vergabekontrollverfahrens soll das BVA gemäß § 334 Abs 2 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 über die Zuständigkeit zur Nichtigerklärung des vergaberechtswidrig abgeschlossenen Vertrages verfügen. Wenngleich unter gewissen Voraussetzungen von der grundsätzlichen Nichtigerklärung abgesehen werden soll, soll das BVA stattdessen über den AG eine Geldbuße gemäß § 334 Abs 8 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 verhängen. Das BVA wird bei der Entscheidung zwischen der Nichtigerklärung des Vertrages und dem Absehen von der Nichtigerklärung zwingend eine Interessenabwägung vornehmen und einen klaren Prüfungsmaßstab entwickeln müssen. Im Landesbereich wird die Umsetzung der RL 2007/66/EG die Zuständigkeiten der Landesvergabekontrollbehörden ebenfalls erweitern.

2.2 Slowakisches Vergabeamt: Fehlende Zuständigkeit zur Durchführung des Feststellungsverfahrens

Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage ist die Zuständigkeit des ÚVO auf die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens und auf die Erlassung von EV iSd § 138 slowak VergG beschränkt. Demgegenüber fehlt dem ÚVO die Zuständigkeit zur Durchführung des Feststellungsverfahrens nach der Zuschlagserteilung bzw. nach der Widerrufserklärung. Hinsichtlich der Umsetzung der neuen RL 2007/66/EG bleibt abzuwarten, wie die neuen Zuständigkeiten des ÚVO zur Nichtigerklärung des Vertrags und zur Verhängung alternativer Sanktionen über den AG ins nationale Recht umgesetzt werden.

Aus einer anderen Perspektive betrachtet verfügt das ÚVO über mehr Kompetenzen als die österreichischen Vergabekontrollbehörden. Während das Nachprüfungsverfahren in

Österreich vom strengen Antragsprinzip beherrscht wird, kann das ÚVO bei der Einleitung des Kontrollverfahrens gemäß § 146 Abs 1 und Abs 4 slowak VergG auch von Amts wegen tätig werden.

Die Zuständigkeit des ÚVO geht weit über rechtsschutzbezogene Funktionen hinaus. Vielmehr erfüllt das ÚVO auch eine methodische Funktion, da es gemäß § 112 slowak VergG allgemeine Konzeptionen erstellt und fachspezifische Vergaberechtsseminare organisiert. Zur Bekämpfung häufig auftretender Vergaberechtsverstöße erlässt das ÚVO sog „methodische Anleitungen“, die strittige Rechtsfragen in einem konkreten Vergabeverfahren rasch aufklären können.⁸⁹⁴ Das ÚVO erfüllt überdies auch eine Ausbildungsfunktion und führt eine Liste der staatlich geprüften Fachexperten im Vergabewesen.⁸⁹⁵ Das ÚVO führt auch eine Liste von Unternehmen, die die Erfüllung der Eignungskriterien nachgewiesen haben. Die Eintragung in dieser Liste des ÚVO gilt dabei als Nachweis über die Erfüllung der Eignungskriterien für die Dauer eines Jahres. Der Nachweis über die Eintragung in die Liste des ÚVO ist vom AG allgemein zu akzeptieren, wodurch der eingetragene Unternehmer die wiederholte Vorlage von Eignungsnachweisen vermeiden und die Verwaltungslasten senken kann.

Zur Transparenzerhöhung führt das ÚVO in Zusammenarbeit mit dem slowakischen Antimonopol-Amt eine sog „schwarze Liste“ kartellrechtswidrig handelnder Unternehmer. Die darin eingetragenen Unternehmer sind zwingend für die Dauer von drei Jahren von allen slowakischen Vergabeverfahren auszuschließen.⁸⁹⁶

Zur Transparenzerhöhung sieht die aktuelle Gesetzesnovelle eine neue Zuständigkeit des ÚVO vor. Gemäß dem neuen § 25 Abs 4 slowak VergG wird das ÚVO ab 1. Juli 2009 zuständig sein, Bekanntmachungen über die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungsaufträge im Ausschreibungsblatt zu veröffentlichen. Gemäß dem neuen § 25 Abs 3 slowak VergG ist der AG verpflichtet, vor der Vergabe des nicht prioritären Dienstleistungsauftrags mit einem geschätzten Auftragswert von mind. EUR 3 Mio. eine entsprechende Bekanntmachung an das ÚVO mindestens zwei Werktage vor der Bekanntmachung auf der eigenen Webseite des AG zu übermitteln.⁸⁹⁷

⁸⁹⁴ Páleníková, Rechtsschutz im slowakischen Vergaberecht, ZVB 2007/75, 305.

⁸⁹⁵ Gemäß § 116 Abs 1 slowak VergG sind slowakische AG verpflichtet, „Tätigkeiten im Vergabewesen“ durch staatlich geprüfte Vergabeexperten auszuüben, die in der einschlägigen Liste des ÚVO eingetragen sind.

⁸⁹⁶ Páleníková, Aktuelle Novelle des slowakischen Vergabegesetzes, ZVB 2008/62, 231; Páleníková, Novelle des Vergabegesetzes mit Wirkung vom 1. Juli 2008 [Novela zákona o verejnom obstarávaní s účinnosťou od 1. júla 2008], Justičná revue 2008/60, 1151.

⁸⁹⁷ Pelegrini/Madej, Erläuternder Bericht zum Gesetzesvorschlag über die Änderung und Ergänzung des Gesetzes Nr 25/2006 in der geltenden Fassung [Dôvodová správa k návrhu zákona, ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov] (5.2.2009).

3. Unabhängigkeit und Weisungsfreiheit

Während die Mitglieder der österreichischen Vergabekontrollbehörden und das Personal ihrer Geschäftsstellen aufgrund ausdrücklicher Gesetzesanordnungen in Ausübung ihres Amtes weisungsfrei gestellt werden, fehlt eine entsprechende ausdrückliche Garantie hinsichtlich der Mitglieder des slowakischen Vergabeamtes. Die gemeinschaftsrechtliche Konformität der Konzeption des slowakischen Vergaberechtsschutzes mit Art 2 Abs 8 RMRL bzw Art 2 Abs 9 SektRMRL wird erst durch die Möglichkeit der Anfechtung von Entscheidungen des ÚVO beim Zivilgericht gemäß § 140 Abs 4 slowak VergG sichergestellt.

3.1 Österreichische Vergabekontrollbehörden: Ausdrückliche Garantien für unabhängige Entscheidungsfindung

In § 295 BVergG iVm Art 20 Abs 2 Z 2 B-VG wird den Mitgliedern des BVA ausdrücklich die Weisungsfreiheit "bei der Ausübung der ihnen nach diesem [Bundesvergabe-]Gesetz und den dazu ergehenden Verordnungen zukommenden Aufgaben" garantiert. Im Landesbereich wird die Garantie für die Weisungsfreiheit der Mitglieder der Landesvergabekontrollbehörden in den maßgeblichen Landesgesetzen über die Einrichtung der UVS bzw in § 5 Abs 1 S.VKG und § 3 Abs 3 WVRG normiert.

Zur Gewährleistung einer unabhängigen Entscheidungsfindung sehen § 296 Abs 2 BVergG bzw § 7 AVG überdies vor, dass die Parteien des Vergabekontrollverfahrens bei Zweifeln über die Unbefangenheit eines entscheidungsbefugten Mitglieds der Behörde einen begründeten Ablehnungsantrag stellen können.

Durch die ausdrückliche Normierung der Weisungsfreiheit der entscheidungsbefugten Mitglieder der Vergabekontrollbehörden wird das Vertrauen von Unternehmern und AG in die unabhängige Entscheidungsfindung begründet. Durch die Normierung des Antragsrechtes von Verfahrensparteien auf Ablehnung von befangenen Mitgliedern wird dieses Vertrauen in die unabhängige Entscheidungsfindung zusätzlich gestärkt.

3.2 Slowakisches Vergabeamt: Fehlen ausdrücklicher Garantie für unabhängige Entscheidungsfindung

Hinsichtlich der Entscheidungsfindung im slowakischen Vergabeamt fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Garantie für die Weisungsfreiheit der entscheidungsbefugten Mitglieder. Dabei stehen die Mitglieder des ÚVO oft unter großem politischem Druck, da bei schwerwiegenden Vergaberechtsverstößen der öffentlichen Hand stets ein großes mediales Interesse entsteht.

Die Parteien des slowakischen Nachprüfungsverfahrens haben auch kein subjektives Antragsrecht auf Ablehnung eines befangenen Mitglieds des ÚVO. In dieser Hinsicht ist auch die Geltung der Verwaltungsverfahrensordnung durch § 153 slowak VergG ausgeschlossen.

Lediglich in Art 4 Abs 6 Statut der Nachprüfungskommission⁸⁹⁸ wird normiert, dass der Vorsitzende des ÚVO Mitglieder von Nachprüfungskommissionen bei bestimmten Verstößen abberufen „kann“. Allerdings wäre aus Gründen der Rechtssicherheit und der Effektivität des Vergaberechtsschutzes die ausdrückliche Normierung der Weisungsfreiheit der Mitglieder des ÚVO und die Normierung des Ablehnungsrechts der Verfahrensparteien wünschenswert.

⁸⁹⁸ Statut der Kommission im Einwendungsverfahren (27.4.2006), in der Fassung des Zusatzes Nr 1 (14.12.2007) [Štatút komisie pre rozhodovanie o námietkach (27.4.2006), v znení Dodatku č. 1 (14.12.2007)].

4. Konzeption des Vergaberechtsschutzes

Während der slowakische Vergaberechtsschutz grundsätzlich dreistufig konzipiert ist, weist der österreichische Vergaberechtsschutz eine einstufige Konzeption auf.

4.1 Österreich: Grundsätzlich einstufiger Rechtsschutzweg

Im Bundesbereich können gesondert anfechtbare Entscheidungen des AG unmittelbar beim BVA angefochten werden, ohne dass beschwerte Unternehmer zunächst den Rechtsschutzweg eines vorgeschalteten Schlichtungsverfahrens beschreiten müssten.

Im Landesbereich können die Vergabekontrollbehörden grundsätzlich ebenfalls direkt angerufen werden. Ausnahmsweise steht den beschwerten Unternehmern in Niederösterreich, Kärnten, Tirol und Wien ein (obligatorisches oder fakultatives) Vorverfahren zur Verfügung.

In Niederösterreich sind beschwerte Unternehmer gemäß § 3 Abs 1 Nö. Verg-NG verpflichtet, vor der Anrufung des UVS Niederösterreich zunächst einen Schlichtungsantrag bei der "NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge" zu stellen.

In Tirol und Wien ist ebenfalls ein vorgeschaltetes Schlichtungsverfahren vorgesehen. Gemäß § 5 Abs 5 Tir. Verg-NG bzw § 21 Abs 1 WVRG können der UVS Tirol bzw der VKS Wien einen Schlichtungsversuch zwischen den Streitteilen vornehmen.

In Kärnten können beschwerte Unternehmer fakultativ einen Antrag auf nachträgliche Prüfung von Entscheidungen des AG bei der "Ombudsstelle für Vergabewesen" gemäß § 4 Abs 1 K-VergRG stellen.

4.2 Slowakei: Grundsätzlich dreistufiger Rechtsschutzweg

Entsprechend der Konzeption des slowakischen Vergaberechtsschutzes können beschwerte Unternehmer das slowakische Vergabeamt grundsätzlich nicht unmittelbar anrufen. Vielmehr haben sie in der ersten Nachprüfungsstufe ein Verbesserungsersuchen an den AG gemäß § 136 slowak VergG zu richten. Bleibt das Verbesserungsersuchen erfolglos, können sie sich in der zweiten Nachprüfungsstufe an das slowakische Vergabeamt gemäß § 138 Abs 1 slowak VergG wenden. In der dritten Nachprüfungsstufe kann die Entscheidung des ÚVO schließlich beim Zivilgericht mittels einer Klage gemäß § 140 Abs 4 slowak VergG angefochten werden.

Da das ÚVO kein Gericht iSd Art 234 EGV bzw Art 6 EMRK darstellt, wird die Rechtskonformität der slowakischen Vergaberechtsschutzkonzeption mit Art 2 Abs 8 RMRL bzw Art 2 Abs 9 SektRMRL erst durch die Möglichkeit der Anfechtung von Entscheidungen des ÚVO beim Zivilgericht (in der dritten Nachprüfungsstufe) gemäß § 140 Abs 4 slowak VergG sichergestellt.

Aufgrund der mangelnden Tribunalqualität des slowakischen Vergabeamtes kann es nicht mit dem österreichischen BVA bzw mit den Landesvergabekontrollbehörden verglichen werden, die die Rechtsqualität eines echten Tribunals iSd Art 6 EMRK aufweisen.

Rechtsvergleichend betrachtet liegt der Vorteil der slowakischen Konzeption darin, dass die erste Nachprüfungsstufe (dh Verbesserungsverfahren beim AG) eine „*besondere Form des Schlichtungsverfahrens*“⁸⁹⁹ darstellt. Allfällige Vergaberechtsverstöße können daher in ersten Stufe einfach und freiwillig durch den AG selbst beseitigt werden. Ein oft kritisierte Nachteil der zwingenden Stellung des Verbesserungsersuchens an den AG vor der Anrufung des ÚVO (in der zweiten Nachprüfungsstufe) liegt darin, dass böswillige Unternehmer viele unbegründete Verbesserungsersuchen an den AG stellen und dadurch das Vergabeverfahren „*künstlich verzögern*“ können.⁹⁰⁰ Durch die Gesetzesnovelle mit Wirkung vom 15. November 2008⁹⁰¹ wurde daher eine Ausnahme von der zwingenden Anrufung des AG vor der Anrufung des ÚVO eingeführt. Durch die Novelle wurde das Institut des Verbesserungsersuchens gegen die sog „sonstige“ Entscheidung des AG beseitigt, sodass die sonstige, nicht ausdrücklich im Gesetz aufgezählte Entscheidung des AG unmittelbar beim ÚVO angefochten werden kann (dh ohne vorherige Stellung des Verbesserungsersuchens an den AG).

⁸⁹⁹ UNIKA (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen in der geltenden Fassung² [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s komentárom²] (2008) 157.

⁹⁰⁰ *Vážny*, 28. Sitzung des slowak Nationalrates NRSR (21.10.2008) 798.

⁹⁰¹ Art II Gesetz Nr. 442/2008, mit dem das Gesetz über das öffentliche Auftragswesen Nr 25/2006 geändert und ergänzt wird [Zákon č. 442/2008 Z. z., ktorým sa mení a dopĺňa zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov].

5. Nachprüfungsverfahren

Beim Aktenanfall im vergabespezifischen Nachprüfungsverfahren weisen das slowakische Vergabeamt und die österreichischen Vergabekontrollbehörden unterschiedliche Zahlen auf. Während an das ÚVO im Jahr 2008 insgesamt 227 Einwendungen erhoben wurden,⁹⁰² wurden bei den (zehn) österreichischen Vergabekontrollbehörden im Jahr 2007 insgesamt etwa 348 Verfahren eingeleitet. Davon entfallen auf den Bundesbereich 119 Nachprüfungs- und sechs Feststellungsverfahren⁹⁰³ und auf den Landesbereich etwa 229 Vergabekontrollverfahren⁹⁰⁴.

Aus den Tätigkeitsberichten der Vergabekontrollbehörden geht hervor, dass der Erfolg des beschwerten Unternehmers im slowakischen Einwendungsverfahren grundsätzlich besser als im österreichischen Vergabekontrollverfahren eingeschätzt werden kann. Während das BVA etwa 11% der Nachprüfungsanträge stattgegeben hat, hat das ÚVO etwa 37% der Einwendungen stattgegeben.⁹⁰⁵ Das rechtsschutzfreundliche Ergebnis des Verfahrensausgangs in der Slowakei könnte damit erklärt werden, dass das ÚVO im Einwendungsverfahren die Vergaberechtsverstöße von Amts wegen aufgreift⁹⁰⁶. Demgegenüber ist die Prüfungsbefugnis des BVA auf die vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte iSd § 312 Abs 2 Z 2 BVergG beschränkt.⁹⁰⁷

5.1 Antragslegitimation

Hinsichtlich der Antragslegitimation werden in der österreichischen Regelung des § 320 Abs 1 BVergG die Zulässigkeitsvoraussetzungen betreffend das Interesse am Vertragsabschluss und betreffend den durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder erst drohenden Schaden normiert. Der slowakische Gesetzgeber verzichtet hingegen auf eine ausdrückliche Festlegung der Zulässigkeitserfordernisse. Der Kreis der antragslegitimierten Personen im slowakischen Einwendungsverfahren iSd § 138 Abs 2 slowak VergG entspricht inhaltlich weitgehend jenem im österreichischen Nachprüfungsverfahren iSd § 320 Abs 1 BVergG.

⁹⁰² ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2008 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie za rok 2008] (2009) 17.

⁹⁰³ BVA, Sechster Tätigkeitsbericht des Bundesvergabeamtes (31.3.2008) 5, 6.

⁹⁰⁴ Vgl. *UVS Burgenland*, Tätigkeitsbericht 2007, Zahl A 05/01/1999.001/096 (1.4.2008); *UVS Oberösterreich*, Tätigkeitsbericht 2005-2007, 22 (2.6.2008); *UVS Tirol*, Tätigkeitsbericht 2007, Zahl 2008/53-1 (19.5.2008);

⁹⁰⁵ BVA, Sechster Tätigkeitsbericht des Bundesvergabeamtes (31.3.2008) 5; ÚVO, Tätigkeitsbericht des Vergabeamtes im Jahr 2008 [Správa o výsledkoch činnosti Úradu pre verejné obstarávanie za rok 2008] (2009) 18.

⁹⁰⁶ ÚVO 2.6.2006, GZ 603-214-7000/2006; ÚVO 6.6.2006, GZ 691-233-7000/2006; ÚVO 13.8.2007, GZ 815-103-7000/2007, 8; ÚVO 29.10.2007, GZ 1104-152-7000/2007, 14; ÚVO 14.3.2008, GZ 149-32-7000/2008, 8; ÚVO 19.5.2008, GZ 311-58-7000/2008; ÚVO 12.6.2008, GZ 511-81-7000/2008; ÚVO 6.10.2008, GZ 964-144-7000/2008; ÚVO 30.10.2008, GZ 1161-177-7000/2008; ÚVO 3.11.2008, GZ 1151-171-7000/2008; ÚVO 15.12.2008, GZ 1366-198-7000/2008.

⁹⁰⁷ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 136.

5.2 Anfechtbare Entscheidungen

Während nach dem österreichischen System von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß § 320 Abs 1 BVergG nur sog gesondert anfechtbare Entscheidungen des AG angefochten werden können, eröffnet die slowakische Bestimmung des § 138 Abs 2 lit g) slowak VergG die weite Möglichkeit, überhaupt auch alle „sonstigen“ Entscheidungen des AG anzufechten, die nicht ausdrücklich im Gesetz aufgezählt sind. Werden in Österreich andere als gesondert anfechtbare Entscheidungen des AG angefochten, ist der Antrag gemäß § 322 Abs 2 BVergG als unzulässig zurückzuweisen.

Rechtsvergleichend betrachtet ist die slowakische Regelung des § 138 Abs 2 lit g) slowak VergG rechtsschutzfreundlicher, da durch die weite Festlegung des Kreises der anfechtbaren Entscheidungen ein „maximaler“ Rechtsschutz erreicht werden kann⁹⁰⁸.

5.3 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

Die Zulässigkeit des österreichischen Nachprüfungsantrags iSd § 322 BVergG sowie die Zulässigkeit der slowakischen Einwendungen iSd § 138 slowak VergG ist von der Erfüllung bestimmter Formal- und Inhaltserfordernisse abhängig. Die Mängel schriftlicher Anbringen werden jedoch unterschiedlich geregelt.

Wird bei den österreichischen Vergabekontrollbehörden ein mit Mängeln behafteter Nachprüfungsantrag eingebracht, so sind diese gemäß § 13 Abs 3 AVG iVm Art I Abs 2 lit C Z 37 EGVG bzw Art I Abs 2 lit A Z 2 EGVG zur Erlassung eines Mängelbehebungsauftrages verpflichtet. Sie sind daher nicht befugt, den mangelhaften Nachprüfungsantrag ohne weiteres Verfahren zurückzuweisen.

Im slowakischen Einwendungsverfahren ist kein Verbesserungsauftrag vorgesehen. In dieser Hinsicht wird die Geltung der Verwaltungsverfahrensordnung durch § 153 slowak VergG ausdrücklich ausgeschlossen. Vielmehr führen mangelhafter Einwendungen sofort zur Verfahrenseinstellung gemäß § 139 Abs 1 lit c) slowak VergG.

5.4 Antragsfrist

Die Fristen zur Einbringung des österreichischen Nachprüfungsantrags bzw der slowakischen Einwendungen werden unterschiedlich geregelt. Die österreichische Antragsfrist beträgt grundsätzlich 14 Tage ab der (möglichen) Kenntnis des Antragstellers von der anfechtbaren Entscheidung des AG gemäß § 321 Abs 1 BVergG bzw grundsätzlich zehn Tage gemäß § 321 Abs 1 BVergG idF der geplanten Novelle 2009. Demgegenüber beträgt die slowakische Frist zur Anfechtung der Entscheidungen des AG iSd § 138 Abs 2 lit a - lit f) slowak VergG sieben

⁹⁰⁸ UNIKA (Hrsg), Kommentar zum Gesetz Nr. 25/2006 über das öffentliche Auftragswesen in der geltenden Fassung² [Zákon č. 25/2006 Z. z. o verejnom obstarávaní a o zmene a doplnení niektorých zákonov v znení neskorších predpisov s komentárom²] (2008) 157.

Tage ab (möglicher) Kenntnis gemäß § 138 Abs 5 slowak VergG. Ausnahmsweise können „sonstige“, nicht ausdrücklich im Gesetz aufgezählte Entscheidungen des AG iSd § 138 Abs 2 lit g) slowak VergG jederzeit vor Vertragsschluss angefochten werden.

Rechtsvergleichend betrachtet ist die Möglichkeit der Anfechtung jeder „sonstigen“ Entscheidung des slowakischen AG sehr rechtsschutzfreundlich. Diese Regelung bietet jedoch große Schlupflöcher zur Erhebung rechtsmissbräuchlicher Einwendungen durch bösgläubige Unternehmer. Da durch die Anfechtung jeder „sonstigen“ Entscheidung des AG kurz vor dem Vertragsabschluss böswillige Unternehmer das Vergabeverfahren leicht verzögern könnten,⁹⁰⁹ hat die Gesetznovelle mit Wirkung vom 15. November 2008 den weit gefassten Rechtsschutz weitgehend eingeschränkt. In § 138 Abs 17 lit b) slowak VergG wurde die vom Antragsteller zu erlegende Kautions neu gefasst, sodass bei der Anfechtung der "sonstigen" Handlung des AG nach der Angebotsöffnung die Kautions 1% des Angebotspreises des Antragstellers, höchstens EUR 600.000 beträgt. Die hohe Kautions stellt jedoch eine erhebliche Erschwerung des Zugangs zur Vergabekontrollbehörde, die im Hinblick auf den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes und im Hinblick auf die Rechtsprechung des EGMR gemeinschaftsrechtlich bedenklich ist.

Die Frist zur Anfechtung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen und der Aufforderung zur Abgabe des Teilnahmeantrags wird in Österreich einer Sonderregelung iSd § 321 Abs 2 BVergG unterzogen, wonach die betreffenden Unterlagen spätestens drei bzw sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten bzw der Teilnahmefrist anzufechten sind. Der österreichische Gesetzgeber hat durch die normierte Rückrechnung der Frist erkannt, dass viele Ungereimtheiten in den Ausschreibungsunterlagen erst gegen Ende der Angebots- bzw Teilnahmefrist entdeckt werden.⁹¹⁰

Der slowakische Gesetzgeber hat hingegen eine praxisferne Regelung vorgesehen, wonach die Frist zur Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen gemäß § 136 Abs 3 slowak VergG lediglich sieben Tage ab Veröffentlichung der Bekanntmachung bzw sieben Tage ab Übernahme der Vergabeunterlagen beträgt. In der Praxis sind jedoch insb bei Großprojekten umfangreiche Ausschreibungsunterlagen üblich („über 600 Seiten schwierigen Textes“)⁹¹¹. Nach der slowakischen Fristenregelung müssen Unternehmer die oft komplexen Unterlagen in der kurzen Frist von sieben Tagen auf die Vergaberechtmäßigkeit überprüfen und im Fall von Vergaberechtsverstößen in dieser kurzen Frist gleichzeitig ein Verbesserungsersuchen an den AG stellen. Aus der Sicht des Vergaberechtsschutzes wäre es sehr wünschenswert, wenn

⁹⁰⁹ *SME*, Gegen das Maut-Vergabeverfahren gibt es erneut Einwendungen, es beklagt sich Slovakpass [Proti mýtnemu tendru je opäť námietka, sťažuje sa Slovakpass] (31.10.2008).

⁹¹⁰ ErläutRV 1171 BlgNr 22. GP 138.

⁹¹¹ *Vážny*, 28. Sitzung des slowak Nationalrates NRSR (21.10.2008) 798.

der slowakische Gesetzgeber eine Sonderregelung ähnlich der österreichischen Regelung des § 321 Abs 2 BVergG normieren würde.

Aufgrund der Umsetzung der neuen RL 2007/66/EG wird die nationale Regelung der Anfechtungsfristen im Oberschwellenbereich sowohl in der Slowakei als auch in Österreich novelliert werden müssen. Gemäß Art 2c (Sekt)RMRL hat die Nachprüfungsfrist mindestens zehn Kalendertage zu betragen, gerechnet ab Veröffentlichung der anfechtbaren Entscheidung des AG bzw ab dem Tag, der auf den Tag der Absendung der anfechtbaren Entscheidung an den Unternehmer folgt. Ausnahmsweise hat die Antragsfrist mindestens 15 Tage zu betragen, wenn die anfechtbare Entscheidung des AG durch andere Kommunikationsmittel als per Fax oder auf elektronischem Weg abgesendet wird.

5.5 Pauschalgebühr

Für die Inanspruchnahme der österreichischen Vergabekontrollbehörden sehen § 318 BVergG bzw die Landesvergaberechtsschutzgesetze die Entrichtung einer Pauschalgebühr vor. Für die Anspruchnahme des slowakischen Vergabebeamten wird auch die Entrichtung einer Kautions in § 138 Abs 17 slowak VergG normiert. Hinsichtlich der konkreten Höhe, der Rückerstattung und des Gebührenersatzes gelten jedoch unterschiedlich Regelungen.

5.5.1 Höhe

Die höchste Pauschalgebühr für den österreichischen Nachprüfungsantrag beträgt EUR 5.000 gemäß Anhang XIX BVergG.⁹¹² Nach der Rechtsprechung des VfGH ist bei der Festlegung der Gebührenhöhe entsprechend dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der „*durchschnittliche Aufwand der Geschäftsbehandlung*“ zu berücksichtigen.⁹¹³ Daher wurden die Gebührensätze sowohl im BVergG als auch in den Landesvergaberechtsschutzgesetzen neu angepasst.

Zwecks Erhebung der slowakischen Einwendungen beträgt der höchste Kautionsatz gemäß § 138 Abs 17 lit b) slowak VergG 1% des Angebotspreises und höchstens EUR 600.000. Die „*riesige*“⁹¹⁴ Kautions gilt bei der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung und der „*sonstigen*“ Entscheidung des AG nach der Angebotsöffnung.

Das slowakische Vergaberecht kennt keine der österreichischen Regelung des § 318 Abs 1 Z 5 BVergG vergleichbare Staffelung der Kautionshöhe für den Fall, dass der Antragsteller in ein und demselben Vergabeverfahren mehrere Einwendungen erhebt. Nach der Rechtsprechung des EGMR und dem Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes erscheint die slowakische Regelung der Kautionshöhe gemeinschaftsrechtlich bedenklich.

⁹¹² Verordnung der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabebeamten, BGBl. II Nr 366/2007.

⁹¹³ VfSlg 3550/1959.

⁹¹⁴ *Vážny*, 52. Sitzung des slowak Nationalrates NRSR (13.12.2005) 118.

5.5.2 Rückerstattung

Wird im österreichischen Nachprüfungsverfahren der gestellte Antrag vor der Durchführung der mündlichen Verhandlung bzw vor der Erlassung des Sachbescheides zurückgezogen, sind gemäß § 318 Abs 1 Z 7 BVergG nur 50% bzw 80% der festgesetzten Pauschalgebühr zu entrichten. In dieser Hinsicht sehen auch die Landesvergaberechtsschutzgesetze weitgehend übereinstimmende Regelungen vor.

Hinsichtlich der Rückerstattung der Kautions durch das slowakische Vergabeamt wird in § 138 Abs 18 slowak VergG normiert, dass die Kautions in der vollen Höhe rückzuerstatten ist, wenn die Einwendungen des Antragstellers nicht abgewiesen werden. Die slowakische Regelung der Rückerstattung der Kautions erscheint insofern rechtsschutzfreundlicher, als die Kautions dem Antragsteller in der vollen Höhe innerhalb von 30 Tagen sowohl im Fall der Antragsrückziehung vor der Bescheiderlassung als auch im Fall der Verfahrenseinstellung aus prozessualen Gründen (zB mangelhafte Einwendungen) rückerstattet wird. Andererseits ist die slowakische Kautionsregelung insofern sehr streng, als die Kautions im Fall des lediglich teilweisen Obsiegens nach der Spruchpraxis des ÚVO verfällt⁹¹⁵.

5.5.3 Ersatz

Während der Gebührenersatzanspruch sich gemäß § 319 Abs 1 BVergG gegen den AG richtet, kennt das slowakische Vergaberecht keinen Gebührenersatz durch den unterlegenen AG. Die Kautions ist vielmehr durch das ÚVO rückzuerstatten, wenn die Einwendungen des Antragstellers gemäß § 318 Abs 18 slowak VergG nicht abgewiesen werden.

5.6 Verfahrensregime

Während auf das behördliche Verfahren vor den österreichischen Vergabekontrollbehörden gemäß Art I Abs 2 lit C Z 37 EGVG bzw Art I Abs 2 lit A Z 2 EGVG klar festgelegte Regeln anzuwenden sind, fehlen detaillierte Verfahrensregeln für das behördliche Verfahren vor dem slowakischen Vergabeamt.

Gemäß § 153 slowak VergG ist die Geltung der Verwaltungsverfahrensordnung im Nachprüfungsverfahren ausgeschlossen. Dadurch können jedoch in der Vergabepaxis große Rechtsschutzdefizite entstehen. Aus der Sicht des Vergaberechtsschutzes ist es bedenklich, dass im slowakischen Nachprüfungsverfahren klare, rechtlich durchsetzbare Verfahrensregeln fehlen. In dieser Hinsicht mangelt es etwa an eindeutigen Regeln über die Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung und der mündlichen Verhandlung, über den Antrag auf Ablehnung eines befangenen Mitglieds der Nachprüfungskommission des ÚVO, über die Ladung von Zeugen, die Verfahrensverbundung oder über Mutwillensstrafen. Im Einwendungsverfahren

⁹¹⁵ ÚVO 19.5.2008, GZ 311-58-7000/2008.

vor dem ÚVO wird dem Antragsteller auch kein Recht auf Akteneinsicht gewährt,⁹¹⁶ was im klaren Widerspruch zur Rechtsprechung des EuGH⁹¹⁷ steht. Nach der Spruchpraxis des ÚVO wird die Nichtgewährung der Akteneinsicht damit begründet, dass weder das slowakische Vergabegesetz noch eine andere Vorschrift der slowakischen Rechtsordnung den Parteien des Vergabekontrollverfahrens das Recht auf Akteneinsicht einräumen würden.⁹¹⁸ Da die Geltung der Verwaltungsverfahrensordnung durch § 153 slowak VergG ausgeschlossen wird, könne die Regelung über die Akteneinsicht iSd § 23 slowak Verwaltungsverfahrensordnung nicht angewendet werden.

Die Regelung über die Parteistellung ist im österreichischen Nachprüfungsverfahren und im slowakischen Einwendungsverfahren unterschiedlich geregelt. Gemäß § 324 BVergG kommt die Parteistellung dem Antragsteller, dem AG, dem präsumtiven Zuschlagsempfänger sowie anderen betroffenen Unternehmern zu. Demgegenüber kommt die Parteistellung gemäß § 138 Abs 3 slowak VergG lediglich dem Antragsteller und dem AG zu. Potentiell betroffene Unternehmer haben daher im slowakischen Einwendungsverfahren kein rechtliches Gehör, obwohl sie in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig beeinträchtigt sein könnten. Die betroffenen Unternehmer sind darauf angewiesen, vermutete Vergaberechtsverstöße des AG selbst durch die Stellung eigener Einwendungen geltendzumachen (samt der Entrichtung der entsprechenden Kautions). Wenngleich die Sachentscheidung des ÚVO gemäß § 139 Abs 6 slowak VergG allen im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmern zuzustellen ist und eine erga omnes Wirkung entfaltet, können diese Unternehmer ihre Argumente vor der Erlassung der Entscheidung des ÚVO nicht vorbringen.

5.7 Entscheidung der Vergabekontrollbehörde

Die unterschiedliche Zuständigkeit der untersuchten Vergabekontrollbehörden führt auch zu ihrer unterschiedlichen Entscheidungsbefugnis. Das österreichische BVA hat gemäß § 325 Abs 1 BVergG die angefochtene Entscheidung des AG nur dann für nichtig zu erklären, wenn sie den Antragsteller im von ihm geltend gemachten Recht verletzt und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Hinsichtlich der Nichtigerklärung sehen die Landesvergaberechtsschutzgesetze inhaltlich weitgehend ähnliche Regelungen vor.

Das slowakische Vergabeamt ist nicht an den vom Antragsteller geltendgemachten Beschwerdepunkt gebunden und kann Vergaberechtsverstöße des AG auch von Amts wegen aufgreifen.⁹¹⁹ Gemäß § 139 Abs 3 slowak VergG hat das ÚVO bei Vergaberechtsverstößen,

⁹¹⁶ ÚVO 14.3.2008, GZ 249-7000/2008, 3.

⁹¹⁷ EuGH 14.2.2008, Rs C-450/06, *Varec*.

⁹¹⁸ ÚVO 14.3.2008, GZ 249-7000/2008, 3.

⁹¹⁹ ÚVO 2.6.2006, GZ 603-214-7000/2006; ÚVO 6.6.2006, GZ 691-233-7000/2006; ÚVO 13.8.2007, GZ 815-103-7000/2007, 8; ÚVO 29.10.2007, GZ 1104-152-7000/2007, 14; ÚVO 14.3.2008, GZ 149-

die „das Ergebnis des Vergabeverfahrens nicht beeinflussen konnten, [...] die Beseitigung des rechtswidrigen Zustandes“ anzuordnen.

32-7000/2008, 8; ÚVO 19.5.2008, GZ 311-58-7000/2008; ÚVO 12.6.2008, GZ 511-81-7000/2008; ÚVO 6.10.2008, GZ 964-144-7000/2008; ÚVO 30.10.2008, GZ 1161-177-7000/2008; ÚVO 3.11.2008, GZ 1151-171-7000/2008; ÚVO 15.12.2008, GZ 1366-198-7000/2008.

6. Provisorialverfahren

Während die Durchführung des Provisorialverfahrens und die Erlassung der EV gemäß § 328 BVergG und nach den Landesvergaberechtsschutzgesetzen ausdrücklich geregelt wird, fehlt im slowakischen Vergaberecht die Regelung des Antrags auf Erlassung einer EV.

Das slowakische Vergaberecht sieht kein Institut des Antrags auf Erlassung einer EV vor. In der ersten Nachprüfungsstufe entfaltet die Stellung des Verbesserungsersuchens an den AG iSd § 136 slowak VergG keine aufschiebende Wirkung. Der AG darf das betreffende Vergabeverfahren fortsetzen und alle Fristen laufen weiter. In der zweiten Nachprüfungsstufe entfalten Einwendungen an das ÚVO eine aufschiebende Wirkung gemäß § 138 Abs 10 slowak VergG nur dann, wenn sie eine gesetzlich aufgezählte Entscheidung des AG iSd § 138 Abs 2 lit a) - lit f) slowak VergG anfechten. Das ÚVO kann die aufschiebende Wirkung jedoch aberkennen, wenn ihre negativen Auswirkungen das öffentliche Interesse bedrohen. Gegen die Entscheidung des ÚVO über die Aberkennung des Suspensiveffekts kann kein Rechtsbehelf erhoben werden.

Die Anfechtung der „sonstigen“ Entscheidung des AG iSd § 138 Abs 2 lit g) slowak VergG entfaltet im Unterschied zu den ausdrücklich gesetzlich aufgezählten Entscheidungen des AG keine aufschiebende Wirkung. Das Fehlen des Antrags auf Erlassung einer EV führt gerade in diesem Fall zu einer erheblichen Rechtsschutzlücke. Gemäß § 138 Abs 11 slowak VergG wird das ÚVO lediglich ermächtigt, nach seinem Ermessen eine vorläufige Maßnahme zu erlassen (arg: „kann“). Für die Ermessensausübung fehlen jedoch eindeutige gesetzliche Vorgaben. Aus der Sicht des Vergaberechtsschutzes ist besonders kritisch zu beurteilen, dass der Antragsteller kein subjektives Recht auf die Erlassung einer vorläufigen Maßnahme hat.

Aufgrund der besonderen Bedeutung des Provisorialrechtsschutzes wäre es wünschenswert, dass das Antragsrecht des beschwerten Unternehmers auf Erlassung einer EV im slowakischen Vergabegesetz ausdrücklich geregelt wird.

7. Verhängung von Sanktionen

Da die Entscheidung der Vergabekontrollbehörde gemäß Art 2 Abs 7 RMRL bzw Art 2 Abs 8 SektRMRL wirksam durchsetzbar sein muss, spielen Sanktionen eine wichtige Rolle im Vergabekontrollverfahren. Zur Sicherstellung der Wirksamkeit von Entscheidungen kommen den österreichischen Vergabekontrollbehörden und dem slowakischen Vergabeamt verschiedene Befugnisse zur Verhängung von Geldbußen, Verwaltungsstrafen oder anderen Sanktionen zu.

Bestimmte Vergaberechtsverstöße des AG im BVergG und in den maßgeblichen Landesvergaberechtsschutzgesetzen sind bereits ex lege ausdrücklich mit der Nichtigkeits- bzw Unwirksamkeitssanktion bedroht. Daher beschränkt sich die Sanktionsbefugnis des BVA und der Landesvergabekontrollbehörden lediglich auf die Verhängung von Mutwillensstrafen. Das slowakische Vergabeamt verfügt hingegen über die Zuständigkeit zur Verhängung von Verwaltungsstrafen über den AG in der Höhe von bis zu EUR 15.000 gemäß § 149 slowak VergG.

Durch die aktuelle österreichische Gesetzesnovelle soll die Zuständigkeit des BVA erweitert werden. Gemäß § 334 Abs 8 BVergG idF der geplanten Novelle 2009 soll das BVA beim Absehen von der grundsätzlichen Nichtigkeitserklärung des vergaberechtswidrigen Vertrages zur Verhängung einer Geldbuße über den AG verpflichtet sein. Es wird erst die Praxis zeigen, ob die neue Sanktionsbefugnis „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ iSd Art 2e Abs 2 (Sekt)RMRL ist.

Kartellrechtliche Sanktionen werden ebenfalls unterschiedlich geregelt. Während die österreichische Bestimmung des § 168b StGB⁹²⁰ „wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Vergabeverfahren“ unter Strafe stellt, fehlt eine entsprechende slowakische Bestimmung über Submissionskartelle. Andererseits hat das slowakische Vergabeamt gemäß § 112 lit o) slowak VergG in Zusammenarbeit mit dem Antimonopol-Amt eine Liste von kartellrechtswidrig handelnden Unternehmen zu führen, die auf der Homepage des ÚVO zu veröffentlichen ist. Im Fall einer nachgewiesenen Kartellabsprache sind die betroffenen Unternehmer mit einer dreijährigen Sperre von der Teilnahme an slowakischen Vergabeverfahren zu bestrafen.⁹²¹

⁹²⁰ Strafgesetzbuch, BGBl. I Nr 60/1974 idF BGBl. I Nr 40/2009.

⁹²¹ Páleníková, Aktuelle Novelle des slowakischen Vergabegesetzes, ZVB 2008/62, 231; Páleníková, Novelle des Vergabegesetzes mit Wirkung vom 1. Juli 2008 [Novela zákona o verejnom obstarávaní s účinnosťou od 1. júla 2008], Justičná revue 2008/60, 1151.

8. Zusammenfassung

Die dynamische Entwicklung des Vergaberechts verlangt, dass nationale Gesetzgeber einen präzisen rechtlichen Rahmen schaffen und die richtungsweisenden Erkenntnisse des EuGH ständig mit scharfem Blick beobachten. Da das Vergaberecht sich in stetigem Fluss befindet, müssen die Vergabepraktiker die flexiblen Anforderungen des „gelebten Rechtsschutzes“⁹²² sorgfältig berücksichtigen. Als Reaktion auf festgestellte Gesetzeslücken und Schlupflöcher wurde etwa das slowakische Vergaberecht im Jahr 2008 gleich zwei Mal novelliert, zuletzt im sog. „verkürzten“⁹²³ Gesetzgebungsverfahren.⁹²⁴ Im Jahr 2009 steht bereits die dritte Novelle des slowakischen Vergabegesetzes an, wodurch die RL 2007/66/EG umgesetzt werden soll.

Bei der Analyse der österreichischen und slowakischen Vergaberechtslage wurden in der gegenständlichen Dissertationsarbeit die wichtigsten Unterschiede herausgearbeitet. Die rechtsvergleichende Studie und die gemeinschaftsrechtlichen Determinanten weisen auf einen möglichen Reformbedarf hin. Zwecks Erhöhung der Effektivität des Vergaberechtsschutzes darf die finale Umsetzung der RL 2007/66/EG sowohl in Österreich als auch in der Slowakei mit Spannung erwartet werden. In Österreich greift der zweite aktuelle Begutachtungsentwurf der BVergG-Novelle 2009 wichtige Rechtsschutzlücken auf und wirft neue spannende Fragen auf. In der Slowakei arbeitet das slowakische Vergabeamt am entsprechenden Entwurf für die Richtlinienumsetzung noch auf Hochtouren.

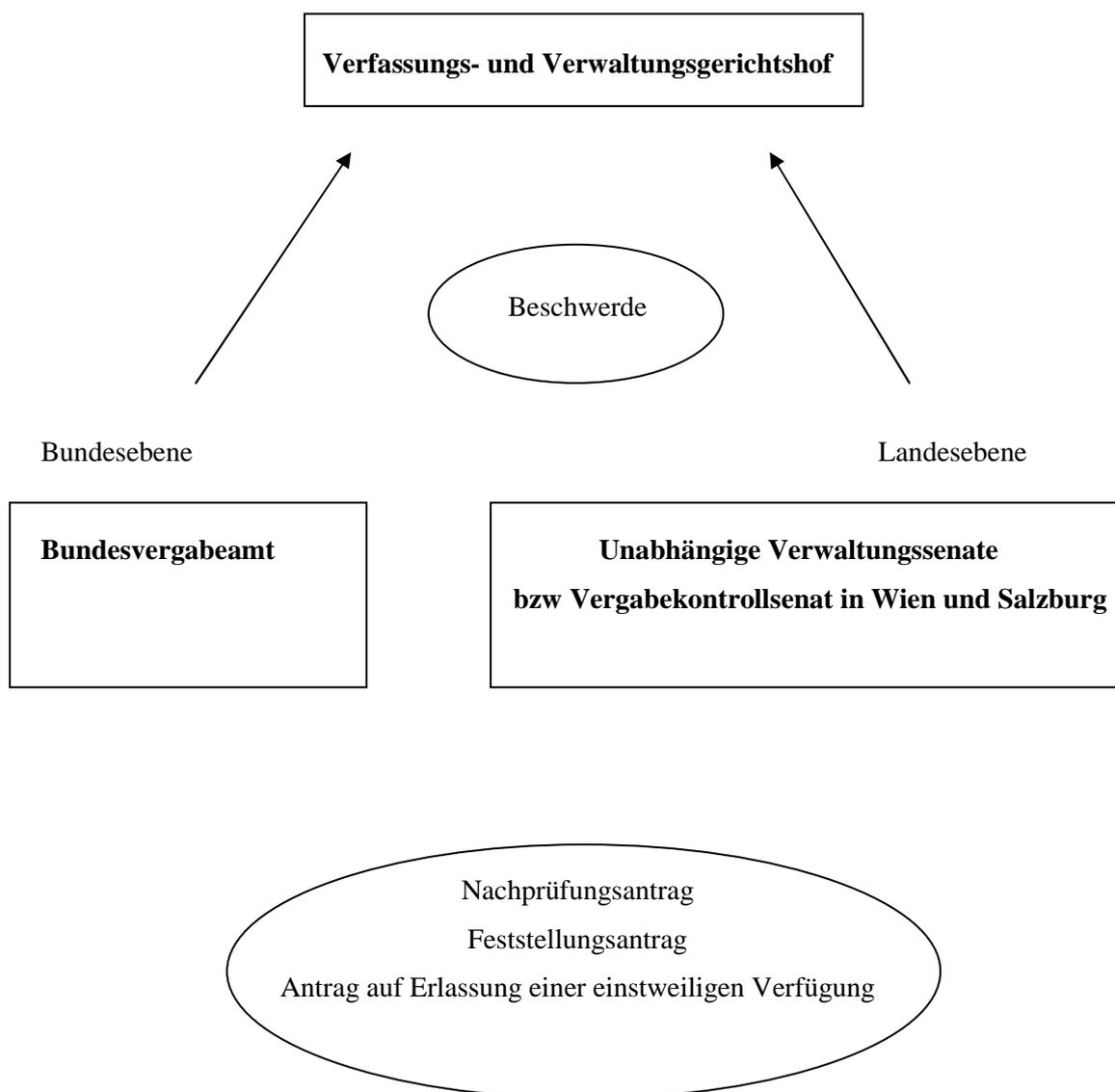
⁹²² VwGH 26.7.2007, GZ 2003/04/0074-7 = ZVB 2007/80, 328 (*Pachner*).

⁹²³ *Paška*, Entscheidung des Vorsitzenden des Nationalrates der Slowakischen Republik [Rozhodnutie predsedu Národnej Rady Slovenskej republiky] (3.10.2008).

⁹²⁴ *Žitňanská*, 28. Sitzung des slowak Nationalrates NRSR (22.10.2008) 798.

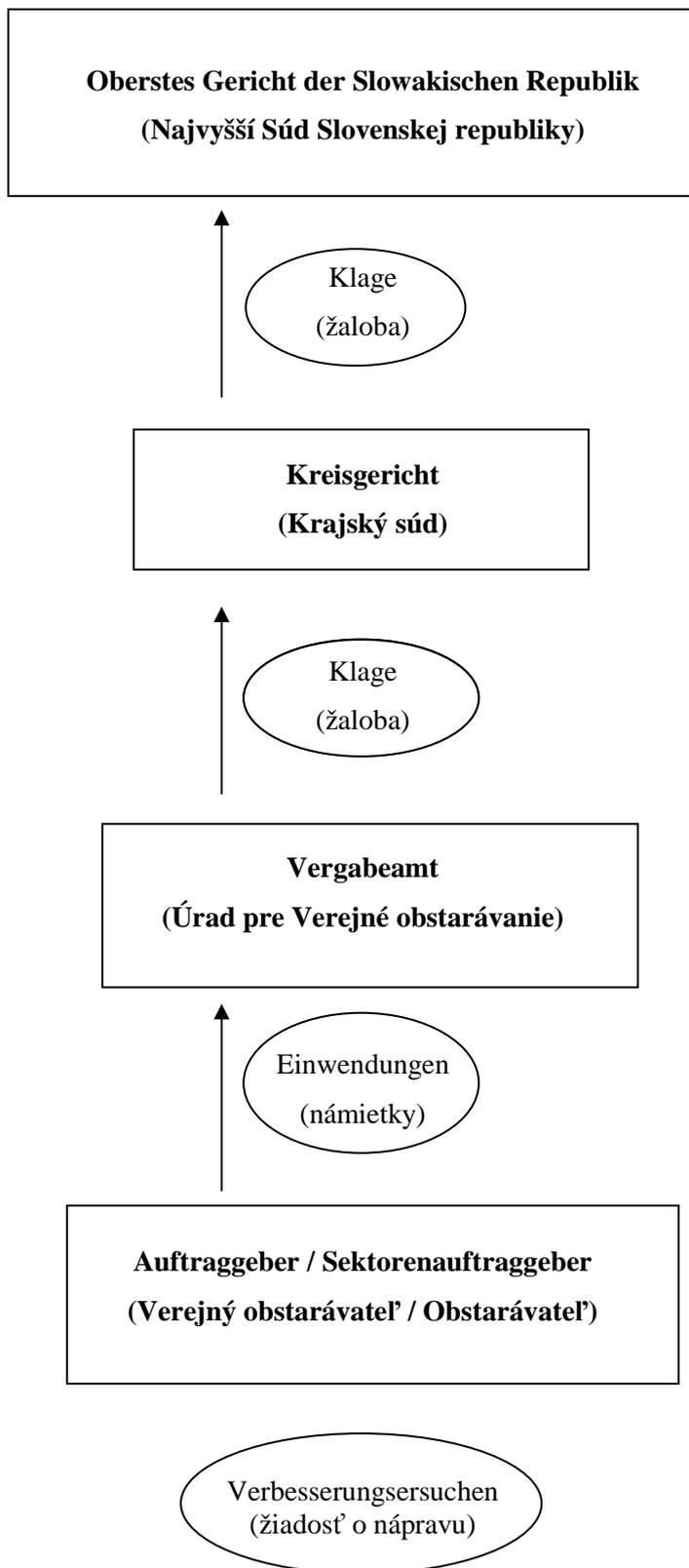
ANLAGE I

Vergaberechtsschutzbehörden in Österreich



ANLAGE II

Vergaberechtsschutzbehörden in der Slowakei



ZUSAMMENFASSUNG

Die gegenständliche Dissertationsarbeit setzt sich mit dem Vergaberecht auseinander, das die Vergabe öffentlicher Aufträge regelt. Im Zentrum der Dissertationsarbeit steht der Vergaberechtsschutz in der Slowakei und in Österreich. Seine genaue Ausgestaltung bestimmt wesentlich die Rechte beschwerter Bieter und Bewerber, die das Vergabeverfahren eines Auftraggebers anfechten wollen.

Die Ausgestaltung des slowakischen und österreichischen Vergaberechtsschutzes beruht auf gemeinschaftsrechtlichen Grundlagen. Aufbauend auf den europäischen Vergaberichtlinien und den fundamentalen Vergabegrundsätzen haben die nationalen Gesetzgeber einen präzisen Rechtsrahmen für das Verfahren des öffentlichen Beschaffungswesens geschaffen. Die dynamische Entwicklung des Vergaberechts resultiert oft aus den richtungweisenden Erkenntnissen des Europäischen Gerichtshofs. Daher sollten diese Erkenntnisse durch die Gesetzgeber, Auftraggeber, Vergabekontrollbehörden sowie die Vergabepraktiker ständig mit scharfem Blick beobachtet werden.

Bei der Darstellung des österreichischen und slowakischen Vergaberechtsschutzes wurden die wichtigsten Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgearbeitet. Während zu den maßgeblichen rechtlichen Bestimmungen in Österreich sowohl das Bundesvergabegesetz als auch neun verschiedene Landesvergaberechtsschutzgesetze gehören, gilt in der Slowakei das zentrale Vergabegesetz. Daher wird die Vergabekontrolle in Österreich dezentral durch zehn verschiedene Vergabekontrollbehörden ausgeübt. Für die Vergabekontrolle in der Slowakei ist hingegen zentral das Vergabeamt zuständig.

Bei der Analyse wurde auch der gelebte Rechtsschutz berücksichtigt, indem die entwickelte Rechtsprechung des österreichischen Bundesvergabeamtes, der Landesvergabekontrollbehörden sowie der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts aufgezeigt wurde. Ferner wurden auch die Rechtsprechung und die sogenannten methodischen Anleitungen des slowakischen Vergabeamtes dargestellt.

Die Dissertationsarbeit zeichnet sich durch einen besonderen Aktualitätswert aus, indem auf der gemeinschaftsrechtlichen Ebene die Rechtsmittel-Änderungsrichtlinie 2007/66/EG und auf der österreichischen Ebene der zweite Begutachtungsentwurf der Novelle des Bundesvergabegesetzes aus dem Jahr 2009 behandelt werden. In der Slowakei wird an der ordnungsgemäßen Richtlinienumsetzung noch auf Hochtouren gearbeitet, sodass spannende Rechtsfragen erwartet werden können.

ABSTRACT

The doctoral thesis analyses the law of public procurement, which regulates the award of public contracts. It focuses mainly on the regulation of the legal protection of bidders and candidates pursuant to the Austrian and the Slovak public procurement law. The respective regulations determine the review procedure before the competent review authorities, which the aggrieved private bidders and candidates shall follow when challenging the conduct of the tender procedure by the public authority.

The doctoral thesis elaborates on the most important differences and similarities between the Austrian and the Slovak public procurement law. With regard to the similarities, both legal systems are based on the applicable European directives as well as on the fundamental principles stipulated by the jurisprudence of the European Court of Justice. With regard to the differences, the Austrian review system is marked by the competence of ten different review authorities on the federal and regional level. In contrast, the Slovak review system prescribes the central competence of the Slovak Office for Public Procurement.

The doctoral thesis provides an up-to-date overview of the new European remedies directive 2007/66/EC and its transposition into the national law. Moreover, the doctoral thesis also reflects the legal practice by analysing the case-law of the competent review authorities in Austria and Slovakia. Having said this, the author intends to provide an up-to-date and practical guidebook to the Austrian and the Slovak public procurement law.

LEBENS LAUF



Mag. Lubica Páleníková

Ramperstorffergasse 19/39
A-1050 Wien

Tel.: +43 (0) 681 / 105 201 31
E-Mail: lubkapalenikova@yahoo.com

Staatsbürgerschaft: Slowakei
Geboren am 11.08.1984
Familienstand: ledig

Ausbildung:

- 10/07-06/08 **Gerichtsjahr**
- Seit 03/07 **Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften**
Dissertationsarbeit: „Rechtsschutz im slowakischen und österreichischen Vergaberecht“
- 10/02-01/07 **Universität Wien**
Studium der Rechtswissenschaften
Schwerpunkte: Unternehmensrecht
Recht der internationalen Beziehungen
- 09/85-05/02 **Gymnasium** in Bratislava (Matura mit Auszeichnung;
bilinguale, slowakisch-österreichische Klasse)

Berufserfahrung:

- Seit 02/08 **Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH –**
Rechtsanwaltsanwärterin
- 09/06-03/07 **Specht Rechtsanwalt GmbH –**
juristische Mitarbeiterin
- 10/05-01/06 **Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH –**
juristische Mitarbeiterin
- 07/05-08/05 **Brandl & Talos Rechtsanwälte GmbH –**
juristische Praktikantin
- 07/04-08/04 **Binder Grösswang Rechtsanwälte –**
juristische Praktikantin
- 07/02-08/02 **Presseagentur der Slowakischen Republik –**
Übersetzerin von deutschen und englischen Nachrichten

Studienbegleitende Berufstätigkeit

- 05/05-03/07 **European Law Students' Association**
 - *Organisation von „study visits“; Betreuung von rechtsbezogenen Seminaren und Podiumsdiskussionen*

Publikationen:

Páleníková, Kaution in der Höhe von EUR 600.000 – Beschränkung des Rechts auf ein faires Verfahren? [Kaucia vo výške 600.000 EUR – Obmedzenie práva na spravodlivé súdne konanie?], *Justičná Revue* 2009, 782

Páleníková, Vergaberechtsschutz in der Slowakei – neue Struktur nach zwei Novellen, *Eastlex* 2009/3, 95

Páleníková, Novelle des Vergabegesetzes mit Wirkung vom 15. November 2008 [Novela zákona o verejnom obstarávaní s účinnosťou od 15. novembra 2008], *Justičná Revue* 2009/61, 130

Páleníková, Novelle des Vergabegesetzes mit Wirkung vom 1. Juli 2008 [Novela zákona o verejnom obstarávaní s účinnosťou od 1. júla 2008], *Justičná Revue* 2008/60, 1148

Páleníková/Feurstein, Die zwingende Subvergabe bei Bauleistungen, *ZVB* 2009/28

Essletzichler/Páleníková, Aktuelle Novelle des slowakischen Vergabegesetzes, *ZVB* 2008/62, 229

Páleníková, Rechtsschutz im slowakischen Vergaberecht, *ZVB* 2007/75, 304

Páleníková, Schuld und Sühne: Der spezielle Kampf gegen Korruption und Mafia in der Slowakei, *JSt* 2007, 156

Páleníková, Einheitliche Regelungen im Sicherungsrecht bald nicht mehr nur Zukunftsmusik, *ZIK* 2005/178

Fortbildung:

10/05-01/06 **Universität Wien**

Russisch-Sprachkurs

02/06-06/06 **Radboud Universiteit Nijmegen**

Niederländisch-Sprachkurs

Interessen:

Hobbies: Literatur, zahlreiche Sportarten (Laufen, Radfahren, Schwimmen, Skifahren), Reisen

Diverses:

Sprachen: Slowakisch – Muttersprache
Tschechisch – verhandlungssicher
Deutsch – verhandlungssicher
Englisch – verhandlungssicher
Niederländisch – gut in Wort und Schrift
Russisch - Grundkenntnisse

EDV: sehr gute Computerkenntnisse:
MS Office, Internet Explorer

Führerschein: für PKW

Wien, Juli 2009