

(4) Verfahren zur Vergabe von Aufträgen und Realisierungswettbewerbe sind nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zu vergeben. Der öffentliche Auftraggeber ist jedoch nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden.

(5) Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte (wie etwa Energieeffizienz, Materialeffizienz, Abfall- und Emissionsvermeidung, Bodenschutz) oder des Tierschutzes bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.

(6) Im Vergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.

(7) Im Vergabeverfahren kann auf innovative Aspekte Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch deren Berücksichtigung bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien erfolgen.

(8) Die Konzeption und Durchführung eines Vergabeverfahrens soll nach Möglichkeit so erfolgen, dass kleine und mittlere Unternehmen am Vergabeverfahren teilnehmen können.

(9) Die Konzeption oder Durchführung eines Vergabeverfahrens darf nicht den Zweck verfolgen, das Vergabeverfahren vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes auszunehmen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbes liegt jedenfalls dann vor, wenn durch die Konzeption oder Durchführung des Vergabeverfahrens bestimmte Unternehmer auf unzulässige Weise bevorzugt oder benachteiligt werden.

Übersicht:

I. Grundsätze des Vergabeverfahrens	E 1
A. Allgemeines	E 1
B. Diskriminierungsverbot	E 10
1. Allgemeines	E 10
2. Willkür	E 22
3. Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit	E 25
4. Zeitliche Aspekte	E 29
5. Fallbeispiele	E 34
C. Wettbewerbsprinzip	E 51
D. Vergabeabsicht (Abs 4)	E 58
E. Vergabefremde Aspekte	E 62

I. Grundsätze des Vergabeverfahrens

A. Allgemeines

E 1. Das Hauptziel der Vorschriften des Unionsrechts über das öffentliche Auftragswesen besteht in der Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten in den Bereichen der Ausführung von Bauaufträgen, der Lieferung von Waren und der Erbringung von Dienstleistungen. (EuGH 8. 5. 2014, C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme*)

E 2. Die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge auf Gemeinschaftsebene soll somit im Wesentlichen die Interessen der in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmer schützen, die den in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen öffentlichen Auftraggebern Waren oder Dienstleistungen anbieten möchten, und zu diesem Zweck die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter bei einer Auftragsvergabe und zugleich die Möglichkeit ausschließen, dass ein öffentlicher Auftraggeber sich von anderen als wirtschaftlichen Überlegungen leiten lässt. (EuGH 27. 11. 2001, C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini u Mantovani*)

E 3. Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge unterliegend den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts. (EuGH 23. 1. 2003, C-57/01, *Makedoniko Metro und Michaniki*)

E 4. Durch das Vergabeverfahren soll sichergestellt werden, dass nach Durchführung eines freien und lautereren Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bieter der Zuschlag an den Bestbieter erteilt wird. Alle anderen Entscheidungen im Vergabeverfahren dienen diesem Zweck. (VwGH 12. 12. 2001, 2000/04/0054; VwGH 24. 3. 2004, 2001/04/0088; VwGH 21. 12. 2004, 2002/04/0140)

E 5. Die Einhaltung der Vergabebestimmungen dient auch und vor allem dem Schutz der Bieter vor unlauterer Vorgangsweise bei der Vergabe. Die Bieter dürfen auf deren Beachtung durch die Organe der öffentlichen Hand vertrauen. (OGH 17. 12. 2001, 1 Ob 284/01 y)

E 6. Die Vergabe-RL gelten nicht für öffentliche Aufträge im Unterschwellenbereich. Öffentliche Aufträge, die vom Anwendungsbereich der Vergabe-RL ausgenommen sind, sind dennoch nach den Grundsätzen des EG-Vertrags zu vergeben. Insbesondere ist das Diskriminierungsverbot zu beachten. (EuGH 20. 10. 2005, C-264/03, *Kommission/Frankreich*; 18. 12. 2007, C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*; 19. 12. 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*; 8. 2. 2018, C-144/17, *Lloyd's of London*)

E 7. Auch wenn bestimmte Verträge nicht in den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsrichtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge fallen, haben die öffentlichen Auftraggeber, die sie schließen, doch die Grundregeln des EG-Vertrags zu beachten. (EuGH 10. 9. 2009, C-573/07, *Sea Srl*)

E 8. Der öffentliche Auftraggeber hat die von ihm selbst festgelegten Kriterien strikt einzuhalten. (EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, *Manova*; 2. 6. 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*; 14. 12. 2016, C-171/15, *Connexion Taxi*)

E 9. Was die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz betrifft, ist den Mitgliedstaaten ein gewisses Ermessen zuzuerkennen, um zur Einhaltung dieser Grundsätze bestimmte Maßnahmen zu erlassen, die öffentliche Auftraggeber bei jedem Verfahren zur Vergabe eines Auftrags zu beachten haben. Solche Maßnahmen dürfen jedoch nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ist (EuGH 14. 12. 2004, C-210/03, *Swedish Match*), nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. (EuGH

23. 12. 2009, C-376/08, *Serrantoni Srl*; 16. 4. 2015, C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*)

→ Zur Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer s oben Vor §§ 78 ff.

B. Diskriminierungsverbot

1. Allgemeines

E 10. Öffentliche Auftraggeber haben den Grundsatz der Gleichbehandlung zu wahren. (EuGH 7. 12. 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz – zum Sektorenbereich ergangen*; 27. 11. 2001, C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini u Mantovani*)

E 11. Bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge haben die öffentlichen Auftraggeber den Grundsatz der Gleichbehandlung, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und die daraus folgende Transparenzpflicht zu beachten. (EuGH 10. 9. 2009, C-573/07, *Sea Srl*)

E 12. Auftraggeber müssen alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend behandeln und transparent vorgehen. (EuGH 18. 12. 2014, C-568/13, *Data Medical Service*)

E 13. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist. (EuGH 3. 3. 2005, C-21/03 und C-34/03, *Fabricom – zum Sektorenbereich ergangen*; 10. 10. 2013, C-336/12, *Manova*)

E 14. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verlangt, dass alle Angebote den Vorschriften der Verdingungsunterlagen entsprechen, damit ein objektiver Vergleich der Angebote der einzelnen Bieter gewährleistet ist. (EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, *Kommission/Dänemark*)

E 15. Das Transparenzgebot verlangt auch, dass der Auftraggeber imstande ist, tatsächlich zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen. (EuGH 4. 5. 2017, C-387/14, *Esaproject*)

E 16. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der verschiedenen Dienstleistungserbringer und der sich daraus ergebende Grundsatz der Transparenz verlangen, dass für jeden Auftrag der Gegenstand und die Zuschlagskriterien eindeutig festgelegt sein müssen. (EuGH 14. 10. 2004, C-340/02, *Kommission/Frankreich*; 10. 12. 2009, C-299/08, *Kommission/Frankreich*)

E 17. Die Pflicht zur Gleichbehandlung aller Bieter hat den Zweck, bei der öffentlichen Auftragsvergabe den Bestbieter in transparenter und objektiver Weise zu ermitteln. (OGH 9. 5. 2007, 7 Ob 269/06 v; 13. 9. 2006, 3 Ob 122/05 w)

E 18. Der Gleichbehandlung schließt eine Verpflichtung zur Transparenz ein (EuGH 4. 12. 2003, C-448/01, *EVN Wienstrom*; 24. 1. 2008, C-532/06, *Lianakis*; 27. 11. 2001, C-285/99 und C-286/99, *Impresa Lombardini u Mantovani*; 12. 11. 2009, C-199/07, *Kommission/Griechenland – zum Sektorenbereich ergangen*; 17. 12. 2015, C-25/14 und 26/14, *UNIS und Beaudout Père*), die es ermöglichen soll, seine Beachtung zu überprüfen, und durch die insb gewährleistet werden soll, dass nachgeprüft werden kann, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. (EuGH 4. 12. 2003, C-448/01, *EVN Wienstrom*)

E 19. Die Bieter, auch potenzielle, müssen allgemein gleichbehandelt werden und über die gleichen Chancen bei der Abfassung ihrer Teilnahmeanträge oder Angebote ver-

fügen. (EuGH 12. 11. 2009, C-199/07, *Kommission/Griechenland* – zum Sektorenbereich ergangen)

E 20. Die Pflicht zur Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung gehört zum Wesensgehalt der Richtlinien im Bereich der öffentlichen Aufträge. (EuGH 24. 11. 2005, C-331/04, *ATI EAC Srl* – zum Sektorenbereich ergangen)

E 21. Öffentlichen Auftraggebern kommt bei der Anwendung der in Art 2 der RL 2004/18 aufgestellten Grundsätze eine aktive Rolle zu. (EuGH 17. 5. 2018, C-531/16, „*Ecoservice projektai*“ *UAB*)

2. Willkür

E 22. Die Verpflichtung zur Transparenz soll im Wesentlichen die Gefahr einer Günstlingswirtschaft oder willkürlicher Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers ausschließen. (EuGH 12. 3. 2015, C-538/13, *eVigilo*; 5. 12. 2013, C-561/12, *Nordecon*; 29. 3. 2012, C-599/10, *SAG ELV*; 5. 4. 2017, C-298/15, „*Borta*“ *UAB* – zum Sektorenbereich ergangen; 4. 5. 2017, C-387/14, *Esaproject*; 13. 7. 2017, C-76/16, *INGSTEEL*; 14. 9. 2017, C-223/16, *Casertana Costruzioni*)

E 23. Interessenten an öffentlichen Ausschreibungen haben den vorvertraglichen Anspruch auf Gleichbehandlung und genießen daher Schutz vor willkürlicher Diskriminierung. (OGH 22. 11. 1994, 4 Ob 573/94)

E 24. Die Verpflichtung zur Transparenz soll ua die Gefahr willkürlicher Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers ausschließen. (EuGH 16. 4. 2015, C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*)

3. Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit

E 25. Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter bedeutet, dass alle Bieter unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit bei der Aufstellung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen müssen. (EuGH 13. 10. 2005, C-458/03, *Parking Brixen*)

E 26. Unzulässig sind nicht nur offensichtliche Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle versteckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen. (EuGH 5. 12. 1989, C-3/88, *Kommission/Italien*; 3. 6. 1992, C-360/89, *Kommission/Italien*; 27. 10. 2005, C-234/03, *Contse*)

E 27. Der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit schließen insb eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit die öffentliche Stelle, die Auftraggeberin ist, feststellen kann, ob sie beachtet worden sind. Diese der genannten Stelle obliegende Transparenzpflicht besteht darin, dass zugunsten der potenziellen Bieter ein angemessener Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen ist, der den Dienstleistungsauftrag dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt worden sind. (EuGH 18. 12. 2007, C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*)

E 28. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes verbietet der Grundsatz der Gleichbehandlung, der in Artikel 59 EG-Vertrag eine besondere Ausprägung gefunden hat, nicht nur offenkundige Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch alle verschleierte Formen der Diskriminierung, die mit Hilfe der Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu demselben Ergebnis führen. (EuGH 26. 9. 2000, C-225/98, *Kommission/Frankreich*)

4. Zeitliche Aspekte

E 29. Der Gleichbehandlungsgrundsatz und die Transparenzpflicht bedeuten ua, dass die Bieter sowohl zu dem Zeitpunkt, zu dem sie ihre Angebote vorbereiten, als auch zu dem Zeitpunkt, zu dem diese vom öffentlichen Auftraggeber beurteilt werden, gleich behandelt werden müssen. (EuGH 4. 12. 2003, C-448/01, *EVN Wienstrom*; 24. 11. 2005, C-331/04, *ATI EAC Srl* – zum Sektorenbereich ergangen; 14. 7. 2016, C-6/15, *TNS Dimarso NV*; 16. 12. 2008, C-213/07, *Michaniki*; 24. 5. 2016, C-396/14, *MT Højgaard A/S* – zum Sektorenbereich ergangen, 11. 5. 2017, C-131/16, *Archus* – zum Sektorenbereich ergangen; 12. 7. 2018, C-14/17, *VAR Srl* – zum Sektorenbereich ergangen)

E 30. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass die Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben müssen, was voraussetzt, dass die Angebote aller Bieter den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen. (EuGH 12. 3. 2015, C-538/13, *eVigilo*, 2. 6. 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, 4. 5. 2017, C-387/14, *Esaproject*, 13. 7. 2017, C-76/16, *INGSTEEL*; 14. 9. 2017, C-223/16, *Casertana Costruzioni*)

E 31. Das Transparenzgebot verlangt, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder im Lastenheft klar, genau und eindeutig formuliert sind, damit alle durchschnittlich fachkundigen Wirtschaftsteilnehmer bei Anwendung der üblichen Sorgfalt deren genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können. (EuGH 14. 12. 2016, C-171/15, *Connexion Taxi* unter Verweis auf 2. 6. 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*, 5. 4. 2017, C-298/15, „*Borta*“ *UAB* – zum Sektorenbereich ergangen; 4. 5. 2017, C-387/14, *Esaproject*; 13. 7. 2017, C-76/16, *INGSTEEL*; 14. 9. 2017, C-223/16, *Casertana Costruzioni*)

E 32. Ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags muss in jedem Stadium sowohl den Grundsatz der Gleichbehandlung der potenziellen Bieter als auch den Grundsatz der Transparenz wahren, damit alle Betroffenen bei der Abfassung ihrer Angebote über die gleichen Chancen verfügen. (EuGH 4. 12. 2003, C-448/01, *EVN Wienstrom*)

E 33. Zudem verlangt der Grundsatz der Gleichbehandlung, dass die an einer öffentlichen Ausschreibung interessierten Wirtschaftsteilnehmer bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben müssen, dass sie genau erkennen können, welche Bedingungen sie in dem Verfahren zu beachten haben, und dass sie die Gewissheit haben können, dass für alle Wettbewerber die gleichen Bedingungen gelten. (EuGH 14. 12. 2016, C-171/15, *Connexion Taxi* unter Verweis auf EuGH 2. 6. 2016, C-27/15, *Pippo Pizzo*)

5. Fallbeispiele

E 34. Der Grundsatz der Gleichbehandlung ist nicht verletzt, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Bieter in einem Vergabeverfahren zulässt, die Zuwendungen erhalten, die es ihnen wiederum ermöglichen, zu Preisen anzubieten, die erheblich unter denen ihrer nicht subventionierten Mitbewerber liegen. Dies gilt auch dann, wenn die Zuwendungen vom öffentlichen Auftraggeber selbst stammen. (EuGH 7. 12. 2000, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz* – zum Sektorenbereich ergangen)

E 35. Eine Regelung, wonach der Auftraggeber im Fall von mehr als fünf gültigen Angeboten solche Angebote, die in Anwendung eines in dieser Regelung vorgesehenen mathematischen Kriteriums als ungewöhnlich niedrig angesehen werden, automatisch und ohne die Möglichkeit der Erläuterung ausschließt, verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit und das allgemeine Diskriminierungsverbot. Das gilt nur dann nicht, wenn für den Fall einer übermäßig hohen Zahl an Angeboten ein angemessener Schwellenwert festgelegt wird, bei dessen Überschreiten ungewöhnlich nied-

rige Angebote automatisch ausgeschlossen werden. (EuGH 15. 5. 2008, C-147/06 und C-148/06, *SECAP und Santorso*)

E 36. Der Grundsatz der Transparenz bedeutet, dass alle Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens klar, präzise und eindeutig in der Vergabebekanntmachung oder dem Lastenheft formuliert werden, so dass zum einen alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter die genaue Bedeutung dieser Bedingungen und Modalitäten verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können und zum anderen der Auftraggeber tatsächlich überprüfen kann, ob die Angebote der Bieter die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen. (EuGH 10. 5. 2012, C-368/10, *Kommission/Niederlande*; 5. 4. 2017, C-298/15, „*Borta*“ UAB – zum Sektorenbereich ergangen)

E 37. Es ist dem öffentlichen Auftraggeber nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung und der Pflicht zur Transparenz untersagt, ein den Anforderungen der Ausschreibung genügendes Angebot unter Berufung auf Gründe abzulehnen, die nicht in der Ausschreibung vorgesehen sind. (EuGH 16. 4. 2015, C-278/14, *SC Enterprise Focused Solutions SRL*)

E 38. Das völlige Fehlen einer Ausschreibung widerspricht jedenfalls den Grundsätzen des Vergabeverfahrens. (EuGH 18. 12. 2007, C-220/06, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*)

E 39. Der Grundsatz der Gleichbehandlung verlangt, dass sich die potenziell Interessierten insb in Bezug auf den Umfang der in einer Vergabebekanntmachung enthaltenen Informationen in der gleichen Situation befinden müssen. Es würde diesen Grundsätzen nicht entsprechen, wenn eine Gruppe dieser Interessierten sich an den betreffenden Auftraggeber wenden müsste, um Klarstellungen und ergänzende Informationen über die tatsächliche Bedeutung des Inhalts einer Vergabebekanntmachung zu erhalten, da der Wortlaut der Mitteilung für einen verständigen und sorgfältigen Interessierten keinen Raum für Zweifel lässt. (EuGH 12. 11. 2009, C-199/07, *Kommission/Griechenland* – zum Sektorenbereich ergangen)

E 40. Der Grundsatz der Gleichbehandlung schützt zugleich diejenigen, die von der Angebotsabgabe abgeschreckt wurden, weil sie durch die Ausgestaltung des vom Auftraggeber angewandten Verfahrens benachteiligt wurden. (EuGH 12. 11. 2009, C-199/07, *Kommission/Griechenland* – zum Sektorenbereich ergangen)

E 41. Der Grundsatz der Gleichbehandlung steht einer Klausel entgegen, die den Eindruck erweckt, dass ein möglicher Unterschied zwischen den Qualifikationen, die ausländische Beratungsfirmen im Rahmen eines früheren von demselben Auftraggeber veranlassten Verfahren angegeben haben, und den Qualifikationen, die für das mit der streitigen Vergabebekanntmachung angekündigte Verfahren verlangt werden, dazu führt, dass sie automatisch von der Teilnahme an diesem Verfahren ausgeschlossen werden. (EuGH 12. 11. 2009, C-199/07, *Kommission/Griechenland* – zum Sektorenbereich ergangen)

E 42. Eine Festlegung, wonach die Bieter gehalten sind, soweit wie möglich Baustoffe und Verbrauchsgüter sowie Arbeitskräfte und Ausrüstungen aus dem Mitgliedsstaat des Auftraggebers zu verwenden, ist unzulässig. (EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, *Kommission/Dänemark*)

E 43. Eine Maßnahme, die sich gegen Kriminalität und Wettbewerbsverzerrungen im Bereich öffentlicher Aufträge richtet, wie die Verpflichtung, die Annahme dieser Art von Legalitätsprotokoll zu erklären, ist geeignet, die Gleichbehandlung und die Transparenz bei der Vergabe von Aufträgen zu stärken. Darüber hinaus verstößt sie nicht gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung, da diese Verpflichtung unterschiedslos jeden Bewerber oder Bieter trifft. (EuGH 22. 10. 2015, C-425/14, *Impresa Edilux*)

E 44. Eine solche Maßnahme darf jedoch nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts ist, nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich ist. (EuGH 22. 10. 2015, C-425/14, *Impresa Edilux*)

E 45. Die Pflicht, zu Beginn der Teilnahme an einer öffentlichen Ausschreibung zur Vergabe eines Auftrags die Annahme der in einem Legalitätsprotokoll enthaltenen Verpflichtungen zur Bekämpfung organisierter Kriminalität zu erklären, geht nicht über das hinaus, was zur Erreichung der angestrebten Ziele erforderlich ist. (EuGH 22. 10. 2015, C-425/14, *Impresa Edilux*)

E 46. Der Gleichheitsgrundsatz hat nicht den Zweck, wirtschaftliche Fehleinschätzungen des Bestbieters bei der Kalkulation des Bestpreises im Nachhinein zu sanieren, wenn er merkt, dass er den Vertrag auch zu einem für ihn günstigeren höheren Preis hätte abschließen können. Der Gleichheitsgrundsatz sichert die Teilnahme am Geschäftsverkehr und hat nicht den Sinn, das unternehmerische Risiko des Einzelnen bei den Vertragsverhandlungen über den Preis abzuwenden. (OGH 9. 5. 2007, 7 Ob 269/06 v)

E 47. Eine Klausel die den Bietern die Bedingung vorschreibt, die „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ einzuhalten und anzugeben, wie sie diese Kriterien einhalten und „zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitragen“, verstößt gegen die Transparenzverpflichtung. (EuGH 10. 5. 2012, C-368/10, *Kommission/Niederlande*)

E 48. Eine Regelung, wonach ein Teil der Arbeiten Subunternehmern vorbehalten wird, die ihren Sitz in der Region haben, in der die Arbeiten ausgeführt werden, ist unzulässig. (EuGH 3. 6. 1992, C-360/89, *Kommission/Italien*)

E 49. Eine regelmäßige Preisanpassung nach der Vergabe von öffentlichen Aufträgen nicht vorzusehen, widerspricht nicht den allgemeinen Grundsätzen, insbesondere nicht dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem sich daraus ableitenden Transparenzgebot. (EuGH 19. 4. 2018, C-152/17, *Consorzio Italian Management – zum Sektorenberechnen*)

E 50. Soweit öffentliche Auftraggeber nicht schon ohnehin durch „nach außen“ wirksame Gesetze (zB BVergG) an das Diskriminierungsverbot gebunden sind, müssen sie im Vergabeverfahren jedenfalls das Gleichbehandlungsgebot und alle jene – selbst bloß als interne Dienstanweisungen einzuhaltenden – Vergabennormen beachten, die zur Durchsetzung eben dieser Gleichbehandlung aller Bieter bestimmt sind. (OGH 17. 12. 2001, 1 Ob 284/01 y)

C. Wettbewerbsprinzip

E 51. Das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen ist die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten. (EuGH 11. 1. 2005, C-26/03, *Stadt Halle und RPL Lochau*; 19. 6. 2008, C-454/06, *pressetext*)

E 52. Damit das Ziel der Entstehung eines echten Wettbewerbs erreicht wird, sucht die RL die Vergabe der Aufträge so auszugestalten, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien das günstigste Angebot auszuwählen. (EuGH 7. 10. 2004, C-247/02, *Sintesi*)

E 53. Die Gewährleistung eines lautereren Wettbewerbs, also das Wettbewerbsprinzip, nimmt unter den Grundsätzen des Vergaberechts eine zentrale Stellung ein. (VwGH 29. 5. 2002, 2002/04/0023)

E 54. Aus der häufigen Zusammenarbeit des Planers des gegenständlichen Vorhabens mit einem Bieter kann ohne konkrete Anhaltspunkte nicht geschlossen werden, dass der Bieter einen Wettbewerbsvorteil hat. (VwGH 17. 9. 2010, 2007/04/0142-11 – Ablehnungsbeschluss – zum Sektorenbereich ergangen)

E 55. Ein nachträgliches Abgehen des Auftraggebers von den Ausschreibungserfordernissen verhindert einen lautereren Wettbewerb. (VwGH 27. 1. 2010, 2006/04/0163-6 – Ablehnungsbeschluss)

E 56. Kern des Vergabeverfahrens ist die Organisation, die Wahrung und die Sicherung eines Parallelwettbewerbs von Bietern um einen in einer Leistungsbeschreibung artikulierten Beschaffungswunsch und die Beurteilung des Wettbewerbsergebnisses nach soweit wie möglich objektiven, nachvollziehbaren Kriterien. Dabei kommt dem Wettbewerbsprinzip eine zentrale Stellung unter den Grundsätzen des Vergaberechts zu. (VfGH 20. 6. 2001, B1560/00)

E 57. Der VwGH hat die Behandlung einer Beschwerde abgelehnt, weil das BVA im angefochtenen Bescheid mit der Rechtsansicht, dass bei der fallbezogenen offenen Ausschreibung von Bedarfsflügen für die Bundesregierung kein Monopolmarkt für Österreich für Linienluftfahrzeuge bestand, nicht von der Rsp des VwGH abgewichen ist und keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen hat. (VwGH 25. 3. 2010, 2010/04/0010-3 – Ablehnungsbeschluss)

D. Vergabeabsicht (Abs 4)

E 58. Auftraggebern ist es untersagt, Vergabeverfahren nur zu dem Zweck durchzuführen, sich durch das Verfahren Lösungsvorschläge zu beschaffen oder Preisvergleiche anzustellen. (VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0042 – zum Sektorenbereich ergangen)

E 59. § 19 Abs 4 BVergG 2006 beinhaltet ein subjektives und ein objektives Element. Zunächst muss (subjektiv) die Absicht des Auftraggebers vorliegen, den ausgeschriebenen Auftrag auch tatsächlich zu vergeben. Eine Ausschreibung etwa zur Erkundung der Marktverhältnisse ist (wie die Materialien anführen) unzulässig. Darüber hinaus muss (objektiv) der Auftraggeber rechtlich und wirtschaftlich in der Lage sein, den ausgeschriebenen Vertrag tatsächlich abzuschließen und durchzuführen. Dies setzt neben den in den Materialien genannten personellen und finanziellen Ressourcen zur Abwicklung des Vergabeverfahrens die interne und externe Befugnis der vergebenden Stelle zum Abschluss des betreffenden Vertrags voraus. (VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0042 – zum Sektorenbereich ergangen)

E 60. Diese objektive Voraussetzung muss jedenfalls im Zeitpunkt der Ausschreibung vorliegen. Fällt diese jedoch im Zuge des Vergabeverfahrens weg, so ist der Auftraggeber – so § 19 Abs 4 zweiter Satz BVergG 2006 – nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden. (VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0042 – zum Sektorenbereich ergangen)

E 61. Es liegt ein zwingender Widerrufsgrund vor, wenn die Auftraggeberin feststellt, dass ihr ein Irrtum unterlaufen ist, weil die Vertragskündigung des Altvertrags entgegen ihrer ursprünglichen Annahme nicht möglich ist und somit ein Hindernis für den Abschluss des neuen Vertrags vorliegt. (VwGH 26. 4. 2006, 2004/04/0112-5 – Ablehnungsbeschluss)

E. Vergabefremde Aspekte

E 62. Vergabefremde Anforderungen (hier: insb soziale und umweltbezogene Aspekte gemäß Art 26 der VergabeRL 2004/18) dürfen nur gestellt werden, sofern sie mit

dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind. (EuGH 18. 9. 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*)

E 63. Eine gesetzliche Maßnahme, mit der öffentlichen Auftraggebern (nicht auch privaten Auftraggebern) vorgeschrieben wird, Aufträge für Bauleistungen nur an solche Unternehmen zu vergeben, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu zahlen, ist unzulässig. (EuGH 3. 4. 2008, C-346/06, *Rüffert*)

E 64. Die Anwendung einer gesetzlichen Lohnschutzregelung, aufgrund derer die Bieter und ihre Nachunternehmer verpflichtet werden, ihren Beschäftigten ein bestimmtes Mindestentgelt zu bezahlen, ist jedenfalls in Situationen unverhältnismäßig, in denen die Arbeitnehmer einen öffentlichen Auftrag in einem anderen Mitgliedsstaat ausführen als der öffentliche Auftraggeber angehört und in dem die Mindestlohnsätze niedriger sind. (EuGH 18. 9. 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*)

E 65. Eine Rechtsvorschrift, wonach Bieter und deren Nachunternehmer sich bei sonstigem Ausschluss im Angebot verpflichten müssen, ihren zur Ausführung der auftragsgegenständlichen Leistungen eingesetzten Mitarbeitern einen gesetzlich festgelegten Mindestlohn zu bezahlen, ist zulässig. (EuGH 17. 11. 2015, C-115/14, *RegioPost*)

E 66. Die Bedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen ist mit der VergabeRL 71/305 vereinbar, wenn sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedsstaaten führt. (EuGH 20. 9. 1988, C-31/87, *Gebroeders Beentjes*)

E 67. Vorzuschreiben, dass der zu liefernde Tee und Kaffee von Kleinerzeugern aus Entwicklungsländern stammt, zu denen für sie günstige Handelsbeziehungen bestehen, ist ein sozialer Aspekt, dessen Rechtmäßigkeit zu prüfen ist. (EuGH 10. 5. 2012, C-368/10, *Kommission/Niederlande*)

E 68. Öffentliche Auftraggeber dürfen auch Zuschlagskriterien wählen, die auf soziale Aspekte gestützt sind, die die Nutzer oder Nutznießer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, aber auch andere Personen betreffen können. (EuGH 10. 5. 2012, C-368/10, *Kommission/Niederlande*)

E 69. Eine Klausel die den Bietern die Bedingung vorschreibt, die „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ einzuhalten und anzugeben, wie sie diese Kriterien einhalten und „zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitragen“, verstößt gegen die Transparenzverpflichtung. (EuGH 10. 5. 2012, C-368/10, *Kommission/Niederlande*)

E 70. § 19 Abs 6 BVergG 2006 spricht lediglich davon, dass im Vergabeverfahren auf die Beschäftigung von Frauen Bedacht genommen werden kann. Diese Bestimmung hebt lediglich die Möglichkeit der Berücksichtigung (Ermächtigung) derartiger Aspekte hervor. Ob der Auftraggeber diese Aspekte letztlich berücksichtigt oder nicht, liegt in seinem Ermessen. (VwGH 21. 12. 2016, Ra 2016/04/0130)

Allgemeine Bestimmungen über Bewerber und Bieter

§ 21. (1) Bewerber oder Bieter, die im Gebiet einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens oder in der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Schweiz) ansässig sind und die für die Ausübung einer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation einholen müssen, haben ein darauf gerichtetes Verfahren möglichst umgehend, jedenfalls aber vor Ablauf der Angebotsfrist einzuleiten.

(2) Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften können Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der öffentliche Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen. Der öffentliche Auftraggeber darf Arbeits- oder Bietergemeinschaften nicht verpflichten, zwecks Einreichens eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Der öffentliche Auftraggeber kann jedoch von einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft verlangen, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages erforderlich ist. Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften sind als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem öffentlichen Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

(3) Unbeschadet des Abs. 2 dürfen Bewerber oder Bieter, die gemäß den Rechtsvorschriften der Schweiz oder einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens, in deren Gebiet sie ansässig und zur Erbringung der betreffenden Leistung berechtigt sind, nicht allein deshalb abgelehnt werden, weil sie gemäß den österreichischen Rechtsvorschriften entweder eine natürliche oder juristische Person sein müssten.

(4) Bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen sowie bei Lieferaufträgen, die Dienstleistungen oder Verlege- oder Installationsarbeiten umfassen, können Bewerber oder Bieter, die keine natürliche Person sind, verpflichtet werden, in ihrem Angebot oder in ihrem Teilnahmeantrag die Namen und die berufliche Qualifikation jener natürlichen Personen anzugeben, die für die Erbringung der betreffenden Leistung verantwortlich sein sollen.

Übersicht:

I. Allgemeine Bestimmungen über Bewerber und Bieter	E 1
A. Anerkennung der Berufsqualifikation	E 1
B. Arbeits- und Bietergemeinschaften	E 7
1. Allgemeines	E 7
2. Änderungen der Zusammensetzung	E 20
C. Mehrfachbeteiligung	E 24

I. Allgemeine Bestimmungen über Bewerber und Bieter

A. Anerkennung der Berufsqualifikation

→ Siehe § 141 BVergG 2018 Ausscheiden von Angeboten.

E 1. Bei der Befugnis zur Erbringung vorübergehender grenzüberschreitender Dienstleistungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit ist grundsätzlich auf die Befugnis des Unternehmers im Herkunftsmitgliedstaat der EU abzustellen. Dies ergibt sich bereits aus § 373 a GewO 1994, der in seinem Abs 1 davon spricht, dass Staatsangehörige