

DISSERTATION

Ausgewählte Aspekte der öffentlichen Auftragsvergabe Ein Rechtsvergleich zwischen dem polnischen und dem österreichischen Recht

Stand: 18. Dezember 2009

Mag. Aneta Wala

angestrebter akademischer Grad

Doctor juris (Dr. jur.)

Wien, im März 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

o. Univ. Prof. Dr. Josef Aicher

*Gewidmet meiner Tochter Laura,
meinem Mann Damian
und meinen Eltern Eugenia und Józef*

INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	1
 1. RECHTSGRUNDLAGEN.....	3
1.1. Das österreichische Recht.....	3
1.2. Das polnische Recht	6
1.3. Das europäische Recht.....	8
1.4. Internationale Abkommen	12
 2. REGELUNGSGEGENSTAND	15
2.1. Das österreichische Recht	15
2.1.1. Sachlicher Geltungsbereich	15
2.1.1.1. Auftragsarten	16
2.1.1.2. Abgrenzungsregeln	18
2.1.1.3. Schwellenwerte	19
2.1.2. Persönlicher Geltungsbereich	20
 2.2. Das polnische Recht	23
2.2.1. Sachlicher Geltungsbereich	23
2.2.1.1. Auftragsarten.....	24
2.2.1.2. Abgrenzungsregeln	26
2.2.1.3. Schwellenwerte.....	26
2.2.2. Persönlicher Geltungsbereich	27
 2.3. Das europäische Recht	31
2.3.1. Sachlicher Geltungsbereich	31
2.3.1.1. Auftragsarten	31
2.3.1.2. Abgrenzungsregeln	32
2.3.1.3. Schwellenwerte.....	33
2.3.2. Persönlicher Geltungsbereich.....	33
 2.4. Rechtsvergleich.....	35

3. GRUNDSÄTZE DES VERGABEVERFAHRENS.....	40
3.1. Das österreichische Recht.....	40
3.1.1. Gleichbehandlungsgebot.....	41
3.1.2. Wettbewerbsgrundsatz.....	42
3.1.3. Vergabe nur an geeignete Bieter.....	43
3.1.4. Vergabe zu angemessenen Preisen.....	45
3.1.5. Tatsächliche Vergabeabsicht.....	46
3.1.6. Umweltgerechtigkeit der Leistung und Berücksichtigung sozialpolitischer Belange.....	47
3.1.7. Vertraulichkeits-Prinzip.....	48
3.1.8. Transparenzgebot.....	48
3.2. Das polnische Recht.....	49
3.2.1. Grundsatz des lautereren Wettbewerbs.....	49
3.2.2. Gleichbehandlungsgebot.....	51
3.2.3. Grundsatz der Unbefangenheit und der Objektivität.....	52
3.2.4. Auftragsvergabe an den gemäß dem Vergaberecht ausgewählten Auftragnehmer.....	52
3.2.5. Grundsatz der Öffentlichkeit	53
3.2.6. Grundsatz der Schriftlichkeit.....	55
3.2.7. Grundsatz der polnischen Sprache.....	56
3.2.8. Anwendung der im PZP vorgesehenen Arten des Vergabeverfahrens.....	57
3.3. Das europäische Recht.....	58
3.4. Rechtsvergleich.....	60
4. VERGABEVERFAHREN.....	62
4.1. Teilnahme an Vergabeverfahren	62
4.1.1. Das österreichische Recht.....	62
4.1.2. Das polnische Recht.....	67
4.1.3. Das europäische Recht.....	75
4.1.4. Rechtsvergleich.....	79

4.2. Vorbereitung des Vergabeverfahrens.....	84
4.2.1. Das österreichische Recht.....	84
4.2.1.1. Bekanntmachungen.....	84
4.2.1.2. Ausschreibung	86
4.2.1.3. Leistungsbeschreibung.....	91
4.2.1.4. Bestimmungen für einen Leistungsvertrag.....	93
4.2.2. Das polnische Recht.....	94
4.2.2.1. Bekanntmachungen.....	94
4.2.2.2. Spezifikation der wesentlichen Auftragsbedingungen (SIWZ).....	97
4.2.2.3. Leistungsbeschreibung.....	103
4.2.2.4. Bestimmungen für einen Leistungsvertrag.....	105
4.2.3. Das europäische Recht.....	106
4.2.4. Rechtsvergleich.....	110
4.3. Arten und Wahl des Vergabeverfahrens	114
4.3.1. Das österreichische Recht.....	114
4.3.1.1. Arten des Vergabeverfahrens.....	114
4.3.1.2. Wahl des Vergabeverfahrens im OSB und im USB	116
4.3.1.3. Nur im USB zugelassene Vergabeverfahren.....	121
4.3.2. Das polnische Recht.....	123
4.3.2.1. Arten der Auftragsvergabe.....	123
4.3.2.2. Wahl des Vergabeverfahrens.....	126
4.3.3. Das europäische Recht.....	132
4.3.4. Rechtsvergleich.....	137
4.4 Ablauf einzelner Vergabeverfahren.....	141
4.4.1. Das österreichische Recht.....	141
4.4.1.1. Ablauf des offenen Verfahrens.....	141
4.4.1.2. Ablauf des nicht offenen Verfahrens.....	143
4.4.1.3. Ablauf des Verhandlungsverfahrens.....	146
4.4.1.4. Ablauf des wettbewerblichen Dialogs.....	149
4.4.1.5. Ablauf der Direktvergabe.....	152
4.4.2. Das polnische Recht.....	153
4.4.2.1. Ablauf der unbeschränkten Ausschreibung	153
4.4.2.2. Ablauf der beschränkten Ausschreibung.....	154

4.4.2.3. Ablauf der Verhandlungen mit Bekanntmachung.....	156
4.4.2.4. Ablauf der Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung.....	159
4.4.2.5. Ablauf des wettbewerblichen Dialogs.....	160
4.4.2.6. Ablauf der freihändigen Vergabe.....	163
4.4.2.7. Ablauf des Vergabeverfahrens der Preisnachfrage.....	163
4.4.2.8. Ablauf der elektronischen Versteigerung.....	164
4.4.3. Das europäische Recht.....	166
4.4.4. Rechtsvergleich.....	170
4.5. Angebot.....	178
4.5.1. Das österreichische Recht.....	178
4.5.1.1. Begriff des Angebotes.....	178
4.5.1.2. Erstellung und Form des Angebotes.....	178
4.5.1.3. Inhalt des Angebotes.....	180
4.5.1.4. Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangebote.....	183
4.5.2. Das polnische Recht.....	185
4.5.2.1. Begriff des Angebotes.....	185
4.5.2.2. Erstellung und Form des Angebotes.....	186
4.5.2.3. Varianten- und Teilangebote.....	187
4.5.3. Das europäische Recht.....	188
4.5.4. Rechtsvergleich.....	189
4.6. Wahl des Angebotes, Widerruf (Österreich)/Nichtigkeitserklärung (Polen) des Vergabeverfahrens.....	192
4.6.1. Das österreichische Recht.....	192
4.6.1.1. Zuschlagsfrist.....	192
4.6.1.2. Verhandlungsverbot.....	192
4.6.1.3. Aufklärungsgespräche.....	193
4.6.1.4. Öffnung der Angebot.....	194
4.6.1.5. Prüfung der Angebote.....	195
4.6.1.6. Ausscheiden von Angeboten.....	197
4.6.1.7. Zuschlag.....	198
4.6.1.8. Widerruf des Vergabeverfahrens.....	199

4.6.2. Polen.....	202
4.6.2.1. Zuschlagsfrist.....	202
4.6.2.2. Öffnung der Angebote.....	202
4.6.2.3. Prüfung und Wertung von Angeboten.....	203
4.6.2.4. Ausscheiden von Angeboten.....	205
4.6.2.5. Auswahl des besten Angebotes.....	206
4.6.2.6. Nichtigkeitserklärung des Vergabeverfahrens.....	206
4.6.3. Das europäische Recht.....	208
4.6.4. Rechtsvergleich.....	213
5. MITTEL DES RECHTSCHUTZES.....	218
5. 1. Rechtsschutz vor dem Bundesvergabeamt in Österreich.....	218
5.1.1. Zuständigkeit und Verfahren.....	218
5.1.2. Nachprüfungsverfahren.....	220
5.1.3. Einstweilige Verfügungen	223
5.1.4. Feststellungsverfahren.....	225
5.2. Rechtsschutz vor dem Präsidenten des Vergabeamtes und der Landesberufungskammer in Polen.....	227
5.2.1. Kontrolle über die Auftragsvergabe.....	227
5.2.2. Protest.....	228
5.2.3. Berufung.....	232
5.4. Gerichtliche Kontrolle und Zivilrechtliche Bestimmungen in Österreich.....	234
5.4.1. Überprüfung der Entscheidungen der Vergabekontrolleinrichtungen.....	234
5.4.2. Schadenersatzansprüche.....	235
5.5. Gerichtliche Kontrolle und Zivilrechtliche Bestimmungen in Polen.....	240
5.5.1. Klagenverfahren.....	240
5.5.2. Schadenersatzansprüche.....	242
5.6. Das europäische Recht.....	245
5.7. Rechtsvergleich.....	253

Schlussbetrachtung.....	260
Literaturverzeichnis.....	262

Einleitung

Die Vergabe der Aufträge durch die öffentlichen Auftraggeber ist zweifellos als eine der bedeutsamsten Rechtsproblematik in den EU Mitgliedsländern anzusehen. In zahlreichen Publikationsmedien wurde mehrmals bewiesen, dass die Auftragsvergabe einen erheblichen Teil des Bruttoinlandsproduktes bildet und einen wichtigen Baustein für die Verwirklichung des gemeinsamen Markts darstellt. Ferner wird darauf hingewiesen, dass ohne bestimmte Rechtsrahmen die Vergabe der öffentlichen Aufträge oft missbräuchlich erfolgen würde und vorzugsweise zur Förderung der inländischen Auftragnehmer eingesetzt werden könnte.

In der vorliegenden Arbeit sollen die Rechtsrahmen der Auftragsvergabe in Österreich und Polen untersucht und anschließend verglichen werden. Die durch Rechtsvergleiche gewonnenen Einblicke in die Vergaberegime sollen dem Leser ermöglichen, das Wesen der einzelnen Institutionen des Vergaberechts besser zu verstehen. Eine der grundlegenden Regeln der Rechtsvergleichung sieht vor, dass das Gleiche mit dem Gleichen verglichen werden sollte.¹ Die Problematik der Auftragsvergabe in Österreich und in Polen eignet sich besonders gut zu diesem Zweck, weil in beiden Ländern das Recht des Beschaffungswesens von dem EU Recht, vor allem durch die Vergaberichtlinie, stark geprägt ist. Daraus ergibt sich aber noch die Notwendigkeit die entsprechenden Vorgaben des Gemeinschaftsrechts darzustellen.

In Anlehnung an die Systematik des österreichischen Vergabegesetzes, werden in der vorliegenden Dissertation die ausgewählten Aspekte der Auftragsvergabe in beiden Ländern näher erläutert. Zuerst sollen die Rechtsgrundlagen der Auftragsvergabe in Österreich und in Polen sowie der Regelungsgegenstand entsprechender Vergabegesetze beschrieben werden. Ferner wird insbesondere auf folgende Aspekte eingegangen:

- Grundsätze der Auftragsvergabe,
- Teilnahme an dem Vergabeverfahren,
- Vorbereitung des Vergabeverfahrens,
- Arten der Auftragsvergabe,
- Ablauf einzelner Vergabeverfahren,
- Angebot,
- Auswahl des Angebotes,
- Rechtsschutz im Vergabeverfahren.

¹ *Gutteridge*, Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research (1971), S. 73.

Abschließend ist zu erklären, dass die vorliegende Dissertation nicht eine ausführliche Darstellung der Auftragsvergabe in beiden Ländern anstrebt sondern einen Überblick über das polnische und österreichische Vergabegesetz liefern sollte. Aus diesem Grund werden einige Fragenkomplexe nicht detailliert erläutert und es wird auf die Beschreibung der anderen wie z.B. der Beschaffungen im Sektorenbereich verzichtet. Überdies muss darauf hingewiesen werden, dass die oben erwähnten Punkte hauptsächlich anhand der entsprechenden Vergabevorschriften dargestellt werden. Die Rechtsliteratur und die Rechtsprechung zur Auftragsvergabe werden selbstverständlich berücksichtigt, vor allem aber dann, wenn die Vergabevorschriften an sich das Anstellen eines Rechtsvergleiches nicht ermöglichen.

1. RECHTSGRUNDLAGEN

1.1. Das österreichische Recht

Österreich ist ein Bundesstaat, in dem die Staatsaufgaben zwischen dem Bund und den Ländern aufgeteilt sind. Die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens ist Bundessache. Die Landessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung von Auftragsvergaben, in denen der Auftraggeber das Land oder ein „landesnaher“ Rechtsträger ist.²

Die Kompetenzverteilung im Bereich der Vollziehung ist in Art. 14 b Abs. 2 Z1 und Z2 B-VG kasuistisch gestaltet, um möglichst jeden Kompetenzkonflikt zu vermeiden. In jedem Fall der Landessache geschieht die Vollziehung bei Auftragsvergabe durch:

- 1) das Land, die Gemeinde und die Gemeindeverbände;
- 2) die landesgesetzlich eingerichteten Selbstverwaltungskörperschaften;
- 3) Stiftungen, Fonds und Anstalten, die von Organen eines Landes, einer Gemeinde bzw. eines Gemeindeverbandes oder von Personen verwaltet werden, die von diesen Organen bestellt sind.

Hingegen Bundessache ist jedenfalls die Vollziehung bei Auftragvergabe durch:

- 1) den Bund;
- 2) die bundesgesetzlich eingerichteten Selbstverwaltungskörperschaften;
- 3) Stiftungen, Fonds und Anstalten, die von Organen des Bundes oder von Personen verwaltet werden, die von Organen des Bundes bestellt sind.

In allen andern Fällen muss festgestellt werden, ob der Bund oder die Länder über den überwiegenden finanziellen oder organisatorischen Einfluss auf den Auftraggeber verfügen. Wenn der Anteil des Bundes und der Anteil der Ländern gleich groß ist, fällt solche Auftragsvergabe in den Vollziehungsbereich des Bundes. Bei Aufträgen, die durch den Bund und die Länder gemeinsam erteilt werden, ist das Bundesvergabeamt (siehe näher unter 5.1) zuständig, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Auftragswert zumindest gleich hoch ist wie der Anteil der Länder. Außerdem fallen in den Vollziehungsbereich des Bundes alle Auftraggeber, die nicht ausdrücklich unter einen der in Art. 14 b Abs. 2 Z 2 B-VG zugunsten der Landeskompetenz genannten Tatbestände eingeordnet werden können.³

² Art 14b Abs. 1 und 2 des Bundes-Verfassungsgesetzes (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 127/2009.

³ Schiefer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 24.

Wenn mehrere Länder an einer Auftragsvergabe beteiligt sind, richtet sich die Zuständigkeit zur Vollziehung nach den entsprechenden Abgrenzungsregeln zwischen dem Bund und den Ländern, dann nach dem Sitz des Auftraggebers, dann nach dem Schwerpunkt der Unternehmenstätigkeit des Auftraggebers, dann nach dem Sitz (Hauptwohnsitz) der vergebenden Stelle. Kann jedoch auch danach die Zuständigkeit nicht bestimmt werden, so ist dasjenige beteiligte Land zuständig, das im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens zum Vorsitz im Bundesrat berufen ist oder zuletzt war.⁴

Als Ergebnis der Kompetenzverteilung ist das österreichische Vergaberecht in das materielle Recht und den Rechtsschutz unterteilt. Sowohl für den Bund als auch für die Länder bestehen einheitliche materielle Regelungen im BVergG 2006.⁵ Darunter auch die Vorschriften des 5. Teils des BVergG 2006 über außerstaatliche Kontrolle und die zivilrechtlichen Bestimmungen.

Der Rechtsschutz wird in Bezug auf die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Auftragsvergabe auf der Bundesebene im 4. Teil des BVergG 2006 geregelt und auf der Länderebene in den einzelnen Landesvergabegesetzen, die zum Teil vom BVergG 2006 und auch untereinander abweichend sind. Derzeit gelten in Österreich folgende Landesvergabegesetze:

- 1) Wien: Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007;⁶
- 2) Burgenland: Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz;⁷
- 3) Niederösterreich: NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz;⁸
- 4) Oberösterreich: Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006;⁹
- 5) Salzburg: Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007;¹⁰
- 6) Steiermark: Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz;¹¹
- 7) Tirol: Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz;¹²

⁴ Art. 14 b Abs. 2 Z 2 lit. f B-VG

⁵ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 326/2008 und BGBl. II Nr. 125/2009 (Betragsanpassung durch V).

⁶ Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007(WVRG 2007), 22/12/2006 LGBl. Nr. 65/2006, 25/02/2009 LGBl. Nr. 18/2009.

⁷ Gesetz vom 14. Dezember 2006 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG), LGBl. Nr. 66/2006.

⁸ NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl 7200-1, Gliederungszahl 7200-1.

⁹ Landesgesetz über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006), LGBl. Nr. 130/2006.

¹⁰ Gesetz vom 7. Februar 2007 über die Kontrolle der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007- S.VKG 2007), LGBl Nr 28/2007, Änderungen: LGBl. Nr 24/2009, LGBl Nr 58/2009.

¹¹ Gesetz vom 17. Oktober 2006 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz - StVergRG), LGBl. Nr. 154/2006.

8) Kärnten: Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz,¹³

9) Vorarlberg: Vergabenachprüfungsgesetz.¹⁴

Das erste Vergabegesetz in Österreich stammt aus dem Jahr 1993 und wurde im Zuge des Beitritts Österreichs zum EWR erlassen. Durch das BVergG 1993¹⁵ wurden die vergaberechtlichen Regelungen der EG umgesetzt. Zu dieser Zeit war die ÖNORM A 2050 die einzige Grundlage des Vergaberechts in Österreich. Für den Bundesbereich wurde diese ÖNORM durch Ministerratsbeschluss für verbindlich erklärt. Die Länder haben eigene „Vergebungsvorschriften“ erlassen, die sich auf die ÖNORM A 2050 stützten.¹⁶ Trotz des Inkrafttretens des BVergG 1993, war die ÖNORM A 2050 weiter im Unterschwellenbereich anzuwenden.¹⁷ Im Jahr 1996 wurde das BVergG 1993 novelliert und wegen einer Wiederverlautbarung¹⁸ anschließend als BVergG 1997¹⁹ herausgegeben. Einige Jahre später stellte das VfGH fest, dass die gesetzliche Ungleichbehandlung der Auftragsvergaben oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte sowie die Rechtschutzinstanzen verfassungswidrig seien.²⁰ Somit wurde eine wesentliche Änderung des Bundesvergabegesetzes erforderlich und an die Stelle des BVergG 1997 ist das BVergG 2002²¹ getreten.²² Zuletzt wurde auch BVergG 2002 durch das BVergG 2006 ersetzt. Ziel der Neuerlassung des Bundesvergabegesetzes war die Anpassung der nationalen Rechtslage an das Gemeinschaftsrecht (Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) und an die Judikatur des EuGH, des VfGH sowie des VwGH.²³

Das BVergG 2006 enthält eine Reihe von Verordnungsermächtigungen, wobei nicht von allen Gebrauch gemacht wurde. Auf der Bundesebene gelten: die Publikationsmedienverordnung 2006²⁴ und die Bescheinigungsverordnung²⁵ sowie die

¹² Gesetz vom 5. Juli 2006 über die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in Tirol (Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006), LGBl. Nr. 70/2006.

¹³ Gesetz über die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz - K-VergRG), LGBl. Nr. 17/2003, zuletzt geändert durch: LGBl. Nr. 68/2009.

¹⁴ Gesetz über die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen, LGBl. Nr. 1/2003, 53/2006.

¹⁵ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz –BVergG), BGBl. Nr. 462/1993.

¹⁶ Pfeiler in *Kandhofer/Seyfried* (Hrsg.), *Interne Revision und Vergaberecht* (2008), S. 1.

¹⁷ Pfeiler in *Kandhofer/Seyfried* (Hrsg.), *Interne Revision und Vergaberecht* (2008), S. 5.

¹⁸ Pfeiler in *Kandhofer/Seyfried* (Hrsg.), *Interne Revision und Vergaberecht* (2008), S. 6.

¹⁹ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997–BVergG), BGBl. 56/1997.

²⁰ VfGH 30.11. 2000, G110/99 ua, RIS Slg. 16027.

²¹ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002–BVergG), BGBl. I Nr. 99/2002.

²² Pfeiler in *Kandhofer/Seyfried*, *Interne Revision und Vergaberecht* (2008), S. 7.

²³ 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien.

²⁴ Verordnung des Bundeskanzlers über die Festlegung des Publikationsmediums für Bekanntmachungen gemäß dem Bundesvergabegesetz 2006 – Publikationsmedienverordnung 2006, BGBl. II Nr. 300/2006.

²⁵ Verordnung der Bundesregierung, mit der die ÖNORM-EN 45503 für Bescheinigungen im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 1997 für verbindlich erklärt wird (Bescheinigungsverordnung), BGBl. II Nr. 251/1997.

Schwellenwerteverordnung 2006²⁶ und die Schwellenwerteverordnung 2009²⁷. Auf der Landesebene gelten eigene Publikationsmedien- und Pauschalgebührenverordnungen der Länder.

Ergänzend ist zu erwähnen, dass bei der Anwendung des BVergG 2006 unter anderem folgende Gesetze zu berücksichtigen sind: AVG²⁸, SigG²⁹, GewO 1994³⁰, VStG³¹, VVG³², ZPO³³, Dienstnehmerhaftpflichtgesetz³⁴, ABGB³⁵.

1.2. Das polnische Recht

Polen ist ein einheitlicher Staat, der als Ganzes die volle und ausschließliche Souveränität besitzt. Die territorialen Selbstverwaltungseinheiten verfügen über keine Eigenschaften, die für einen föderativen Staat charakteristisch sind. Deswegen gelten die Gesetze sowie Verordnungen ohne Einschränkungen auf dem ganzen Gebiet des Staates. Das Vergaberecht ist in Polen durch das Gesetz über das Recht der öffentlichen Aufträgen (*Prawo zamówień publicznych*, infolge **PZP** genannt) vom 29. Januar 2004³⁶ geregelt. Dieses Gesetz hat das Vergabegesetz vom 10. Juni 1994 ersetzt. Der vorherigen Regulierung sind unbestrittene Verdienste für die Erschaffung des Systems der öffentlichen Auftragsvergabe in Polen anzurechnen. Dennoch ist das Gesetz vom 10. Juni 1994 mehrfach geändert worden. Den Gesetzesänderungen lagen die Umwandlungsprozesse in der polnischen Wirtschaft sowie Entwicklung des Marktes der öffentlichen Auftragsvergabe zugrunde. In Folge dieser Änderungen ist das vorherige Vergabegesetz unübersichtlich, inkohärent und in der Praxis

²⁶ Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Anpassung der im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerte –Schwellenwerteverordnung 2006, BGBl. II Nr. 193/2006.

²⁷ Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerten –Schwellenwerteverordnung 2009, BGBl. II Nr. 125/2009.

²⁸ Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, BGBl. Nr. 51/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009.

²⁹ Bundesgesetz über elektronische Signaturen - Signaturgesetz – SigG, BGBl. 1Nr. 190/1999, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2008.

³⁰ Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009.

³¹ Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009

³² Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG, BGBl. Nr. 53/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008.

³³ Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten - Zivilprozessordnung – ZPO, BGBl. Nr.113/1895, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 137/2009.

³⁴ Bundesgesetz vom 31. März 1965 über die Beschränkung der Schadenersatzpflicht der Dienstnehmer (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz), BGBl. Nr. 80/1965, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 169/1983.

³⁵ Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS Nr. 946/1811, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009.

³⁶ Dz. U. 2004, Nr. 19 Pos. 177 zuletzt geändert durch Dz.U. 2008, Nr. 220 Pos. 1420; die Übersetzung vom Gesetzestext in dieser Arbeit stützt sich zum Teil auf *Głowcka/Kwaśnik/Franken*, Prawo zamówień publicznych. Recht des öffentlichen Auftragswesens. Zweisprachige Textausgabe. Polnisch-Deutsch (2004), S: VII.

schwer anwendbar geworden.³⁷ Mit dem Beitritt Polens zur EU am 1. Mai 2004 entstand ansonsten die Notwendigkeit einer Anpassung des polnischen Vergaberechts an *aquis communautaire*.³⁸ Folglich wirkte der EU Beitritt als Katalysator zum Verabschieden des neuen Gesetzes. Im Lichte des oben Geklärten bezweckt also die neue Regelung neben der Harmonisierung des polnischen Systems der öffentlichen Auftragsvergabe mit dem EG-Recht auch die Einführung transparenter und besser an den Markt angepassten Vergabevorschriften. Abgesehen davon ist zu erwähnen, dass auch das neu erlassene Gesetz nicht vollkommen war, so dass PZP seit ihrem Inkrafttreten mehrmals geändert werden musste.

Neben PZP sind für das System des Vergabewesens in Polen auch verschiedene Verordnungen von Bedeutung. Zu den wichtigsten Ausführungsvorschriften zählt man:

- 1) Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 19. Dezember 2007 über den mittleren Wechselkurs des Złoty's im Verhältnis zum EURO als Grundlage der Umrechnung des Wertes öffentlicher Aufträge;³⁹
- 2) Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 19. Dezember 2007 über Werte der Aufträge und Wettbewerbe, von denen Pflicht zur Übermittlung der Bekanntmachungen auf das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften;⁴⁰
- 3) Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 16. Oktober 2008 über das Protokoll des Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags;⁴¹
- 4) Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 2. Oktober 2007 über Ordnung des Verfahrens beim Verhandeln der Berufungen;⁴²
- 5) Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 25. August 2006 über die Jahresinformationen, die im Jahresbericht über vergebene Aufträge enthalten sind, über ihre Vorlage und die Übermittlungsart;⁴³
- 6) Verordnung des Ministerpräsidenten vom 9. Juli 2007 über Höhe und Art der Gebührenerhöhung vom Widerruf und über die Kostenarten in den Berufungsverfahren sowie über die Art ihrer Berechnung;⁴⁴

³⁷ Głowcka/Kwaśnik in Głowcka/Kwaśnik/Franken, Prawo zamówień publicznych. Recht des öffentlichen Auftragswesens. Zweisprachige Textausgabe. Polnisch-Deutsch (2004), S. VII.

³⁸ Rządowy projekt ustawy - Prawo zamówień publicznych, Druk sejmowy nr 2218.

³⁹ Dz. U. 2007 Nr. 241, Pos. 1763.

⁴⁰ Dz.U. 2007 Nr. 241, Pos. 1762.

⁴¹ Dz. U. 2008 Nr. 188, Pos. 1154.

⁴² Dz.U. 2007 Nr. 187, Pos. 1327, zuletzt geändert durch Dz.U. 2008 Nr. 188, Pos.1156.

⁴³ Dz.U. 2006 Nr. 155, Pos. 1110.

⁴⁴ Dz.U. 2007 Nr. 128, Pos. 886, zuletzt geändert durch Dz.U. 2008 Nr 182, Pos. 1122.

- 7) Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 16. Oktober 2008 über die Muster für die im Bulletin der Öffentlichen Ausschreibungen vorzunehmenden Bekanntmachungen;⁴⁵
- 8) Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 18. Mai 2006 über Unterlagen, welche der Auftraggeber von den Auftragnehmern verlangen kann und über Formen, in denen die Dokumente eingereicht werden können.⁴⁶

Ergänzend ist hinzuzufügen, dass bei der Anwendung und Auslegung des PZP, folgende Gesetze zu berücksichtigen sind:

- 1) Gesetz vom 9. Januar 2009 über Bau- und Dienstleistungskonzessionsaufträge;⁴⁷
- 2) Gesetz vom 23. April 1964 - Zivilgesetzbuch⁴⁸ (weiter als **ZGB** genannt);
- 3) Gesetz vom 30. Juni 2005 über die öffentlichen Finanzen⁴⁹ (weiter als **FinanPublU** genannt);
- 4) Gesetz vom 17. November 1964 - Gesetzbuch des Zivilverfahrens⁵⁰ (weiter als **ZVG**);
- 5) Gesetz vom 16. April 1993 über Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs;⁵¹
- 6) Gesetz vom 7.07.1994 – Das Baurecht;⁵²
- 7) Gesetz vom 5. Juli 2001 über Preise;⁵³
- 8) Gesetz vom 6. September 2001 über Zugang zur öffentlichen Information;⁵⁴
- 9) Gesetz vom 22. Januar 1999 über den Schutz der nicht öffentlichen Informationen;⁵⁵
- 10) Gesetz vom 17. Dezember 2004 über die Haftung für die Verletzung der Disziplin öffentlicher Finanzen.⁵⁶

⁴⁵ Dz.U. 2008 Nr. 188, Pos. 1153.

⁴⁶ Dz.U. 2006 Nr. 87, Pos. 605, zuletzt geändert durch Dz.U. Nr. 188, Pos.1155.

⁴⁷ Dz.U. 2009 Nr. 19; Pos.101, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 223, Pos. 1778.

⁴⁸ Dz.U. 1964 Nr. 16 Pos. 93, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 131, Pos.1075.

⁴⁹ Dz.U. 2005 Nr. 249, Pos. 2104, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 161, Pos. 1227.

⁵⁰ Dz.U. 1964 Nr. 43, Pos. 296, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 69, Pos.593.

⁵¹ Dz.U. 1993 Nr. 47, Pos. 211, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 201, Pos. 1540.

⁵² Dz.U. 1994 Nr. 89, Pos. 414, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 161, Pos. 1279.

⁵³ Dz.U. 2001 Nr. 97; Pos. 1050, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 118, Pos.989.

⁵⁴ Dz.U. 2001 Nr. 112, Pos. 1198, zuletzt geändert durch Dz.U. 2005 Nr. 132, Pos.1110.

⁵⁵ Dz.U. 1999 Nr. 11, Pos. 95, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 178, Pos.1375.

⁵⁶ Dz.U. 2005 Nr. 14, Pos. 114, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 223, Pos.1778.

1.3. Das europäische Recht

Der AEUV⁵⁷ enthält keine ausdrücklichen Regeln über die Vergabe von Aufträgen durch Staaten, Gebietskörperschaften und andere Einrichtungen des öffentlichen Rechts in der Europäischen Gemeinschaft. Dennoch führt der AEUV Grundsätze ein, die unmittelbare Anwendung im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe finden. Zu den Grundlagen des AEUV gehören: der Grundsatz der Nichtdiskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (Art. 18 AEUV), Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 AEUV), die Warenverkehrsfreiheit (Art. 34 AEUV), die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 Art. 56 AEUV) sowie die davon abgeleiteten Grundsätze wie z. B. der Grundsatz der Gleichbehandlung, der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Grundsatz der Transparenz.⁵⁸ In diesem Kontext ist zu bedenken, dass die Bestimmungen des AEUV grundsätzlich auf alle Vergaben von öffentlichen Auftraggebern Anwendung finden, also auch auf solche, welche sich wegen ihres Auftragswerts außerhalb des Anwendungsbereiches der Vergaberichtlinien befinden.⁵⁹ Zu beachten ist jedoch, dass diese Bestimmungen nur auf grenzüberschreitende und nicht auf rein nationale Sachverhalte anwendbar sind.⁶⁰

Ergänzend ist zu erwähnen, dass die einschlägige Rechtsprechung des EuGH als Bestandteil des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstandes zu qualifizieren ist⁶¹ und zusammen mit oben genannten Grundsätzen und Grundfreiheiten als primärrechtliche Rechtsquelle des EG-Vergaberechts anzusehen ist.

Das Vergaberecht ist in der Europäischen Union vor allem in der Form von Richtlinien geregelt. Primärziel dieser Richtlinien ist, die Praktiken zu unterbinden, die der Vergabe der öffentlichen Aufträge an Angehörige anderer EU-Länder entgegenstehen und somit zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen.⁶² Gegenwärtig gelten im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe die folgenden Richtlinien:

- 1) 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;⁶³

⁵⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Amtsblatt Nr. C 115 vom 9 Mai 2008.

⁵⁸ Erwägung Nr. 2 der Richtlinie 2004/18/EG.

⁵⁹ *Arrowsmith*, The Application of the E.C. Treaty Rules to Public and Utilities Procurement, PPLR 1996, 255 ff.

⁶⁰ EuGH 10.11.1992, Rs C-3/91 *Exportur*, EuGH 9.09.1999, Rs C-108/98 *RI.SAN. Srl /Comune di Ischia*.

⁶¹ *Glaesner* in *Schwarze* (Hrsg.), EU Kommentar (2000), Art 56, Rz 3.

⁶² *Schnitzer*, Internationales Vergaberecht (2007), S. 101.

⁶³ ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 1–113.

- 2) Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge⁶⁴;
- 3) Richtlinie 2005/51/EG der Kommission vom 7. September 2005 zur Änderung von Anhang XX der Richtlinie 2004/17/EG und von Anhang VIII der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Aufträge;⁶⁵
- 4) Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge;⁶⁶
- 5) 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;⁶⁷
- 6) Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge.⁶⁸

Außerdem gelten in diesem Bereich die folgenden Verordnungen:

- 1) Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV);⁶⁹
- 2) Verordnung (EG) Nr. 2151/2003 der Kommission vom 16. Dezember 2003 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV);⁷⁰
- 3) Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 der Kommission vom 7. September 2005 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher

⁶⁴ ABl. L 134 vom 30.4.2004, S. 114–240.

⁶⁵ ABl. L 257 vom 1.10.2005, S. 127–128.

⁶⁶ ABl. L 395 vom 30.12.1989, S. 33–35.

⁶⁷ ABl. L 76 vom 23.3.1992, S. 14–20.

⁶⁸ ABl. L 335 vom 20.12.2007, S. 31–46.

⁶⁹ ABl. L 340 vom 16.12.2002, S. 1–562.

⁷⁰ ABl. L 329 vom 17.12.2003, S. 1–270.

Aufträge gemäß der Richtlinie 2004/17/EG und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates;⁷¹

- 4) Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren;⁷²
- 5) Verordnung (EG) Nr. 1150/2009 der Kommission vom 10. November 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß den Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates.⁷³

Die Richtlinien sollen die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb gewährleisten⁷⁴ und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden⁷⁵. Außerdem sollen sie garantieren, dass die Zuschlagserteilung auf der Grundlage objektiver Kriterien und bei der Einhaltung der Transparenzgrundsätze, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung erfolgt.⁷⁶ Zuletzt bezwecken die Richtlinien die Gewährleistung, dass die Einhaltung der Vergabevorschriften einer Kontrolle unterliegt und dass ein wirksamer und möglich rascher Rechtsschutz in jedem Mitgliedstaat der EU besteht.⁷⁷

Die Richtlinien sind nur hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich und die volle und ganzheitliche Vereinheitlichung des Vergaberechts in der EG wird nicht beabsichtigt. Die Richtlinien haben zum Ziel vor allem die Koordinierung von verschiedenen nationalen Rechtssystemen.⁷⁸ Außerdem bezwecken die Richtlinien die Einführung der Mindestregeln bezüglich der Vergabe der öffentlichen Aufträge in EG-Mitgliedstaaten nur dann, wenn die bestimmten Schwellenwerte überschreiten werden.⁷⁹ Im Übrigen und unbeschadet der anderen verbindlichen Bestimmungen des EG Rechts, wird den Mitgliedstaaten überlassen, wie sie ihre nationalen Vergabeverfahren normieren.⁸⁰ Die polnischen und österreichischen Gesetzgeber haben auch bei der Rechtsetzung der

⁷¹ ABl. L 257 vom 1.10.2005, S. 1–126.

⁷² ABl. L 317 vom 5.12.2007, S. 34–35.

⁷³ ABL. L313 vom 18.11.2009 S. 3–26.

⁷⁴ Erwägung Nr. 2 der Richtlinie 2004/18/EG.

⁷⁵ Erwägung Nr. 46 der Richtlinie 2004/18/EG und Erwägung Nr. 55. und der Richtlinie 92/13 EWG.

⁷⁶ Erwägung Nr. 46 der Richtlinie 2004/18/EG und Erwägung Nr. 55. und der Richtlinie 92/13 EWG.

⁷⁷ Erwägungen der Richtlinie 89/665 EWG und der Richtlinie 92/13 EWG.

⁷⁸ Erwägungen Nr. 2 und 3 der Richtlinie 2004/18/EG und Erwägungen Nr. 2 und 3 der Richtlinie 2004/17/EG.

⁷⁹ Art. 7 der Richtlinie 2004/18/EG und Art. 16 der Richtlinie 2004/17/EG.

⁸⁰ Erwägung Nr. 9 der Richtlinie 2004/17/EG.

Auftragsvergabe im Unterschwellenbereich auf den Text der Richtlinien Rücksicht genommen.

Die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG bestimmen welche Aufträge und welche Auftraggeber von dem gemeinsamen Vergaberecht erfasst sind und welche Arten von Vergabeverfahren zulässig sind sowie die Bekanntmachungs- und Informationspflichten der Auftraggeber. Überdies stellen sie die Grundsätze der Abfassung technischer Spezifikationen zur Leistungsbeschreibung, Eignungskriterien zur Teilnahme am Vergabeverfahren und Zuschlagskriterien fest. Die Richtlinien 89/665/EWG und 2007/66/EG (Rechtsmittelrichtlinie) sowie 92/13/EWG (Sektorenrechtsmittelrichtlinie) regeln die Mechanismen, die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften bei den Vergabeverfahren öffentlicher Aufträge durch wirksame Rechtsinstrumente gewährleisten sollen.

1.4. Internationale Abkommen

Die Europäische Gemeinschaft hat eine Vielzahl der Vereinbarungen über das Vergaberecht abgeschlossen. Darunter kann grundsätzlich nach dem Regelungsziel zwischen drei Abkommenskategorien unterschieden werden.⁸¹ Auf der ersten Ebene befinden sich die Abkommen der EG mit verschiedenen europäischen Handelspartnern, in denen der räumliche Anwendungsbereich des EG-Vergaberegimes ausgeweitet wird (Typ I Abkommen). Zu diesem Typ zählt man: das EWR-Abkommen,⁸² das EG-Mazedonien-,⁸³ sowie das EG-Albanien-Abkommen⁸⁴. Abkommen Typ II stellen die bilateralen Abkommen im Rahmen des WTO dar, die den Anwendungsbereich des multilateralen GPA⁸⁵ spezifisch ausweiten. Hierzu

⁸¹ *Schnitzer*, The External Sphere of Public Procurement Law: Bi-regional Trade Relations from the Perspective of the European Community, PPLR 2005, 14(2), S. 87; *Arrowsmith*, The Law of Public and Utilities Procurement (2005), Rz 20.8.

⁸² 94/1/EG, EGKS: Beschluss des Rates und der Kommission vom 13. Dezember 1993 über den Abschluß des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten sowie der Republik Österreich, der Republik Finnland, der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen, dem Königreich Schweden und der Schweizerischen Eidgenossenschaft L1 vom 3.01.1994, S.1-1.

⁸³ 2004/239/EG, Euratom: Beschluss des Rates und der Kommission vom 23. Februar 2004 über den Abschluss des Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien andererseits, ABl. L 84 vom 20.3.2004, S. 1–2.

⁸⁴ Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Albanien andererseits, ABl. L 107 vom 28.4.2009, S. 166–502.

⁸⁵ 80/271/EWG: Beschluss des Rates vom 10. Dezember 1979 über den Abschluss der multilateralen Übereinkommen, die im Zuge der Handelsverhandlungen von 1973-1979 ausgehandelt wurden, ABl. L 281 vom 3.10.1981, S. 19.

zählen: das EG-USA Abkommen⁸⁶ sowie das Allgemeine EG-Israel-Abkommen⁸⁷ und das EG-Korea-Abkommen⁸⁸. Abkommen Typ III bilden eigenständige Abkommen, welche die EG mit Nicht-GPA-Vertragspartnern geschlossen hat und die auch keine Ausweitung des EG-Regimes darstellen (das EG-Mexiko-Abkommen⁸⁹ und das EG-Chile Abkommen⁹⁰).⁹¹ Sonstige Abkommen (Typ-IV-Abkommen) bilden unter anderem EG-Schweiz-Abkommen⁹² und EG-Türkei-Abkommen⁹³.⁹⁴ Das EG-Schweiz-Abkommen erweitert einerseits den Anwendungsbereich des GPA, andererseits bezweckt die gegenseitige Öffnung der nicht vom GPA erfasster Sektoren.⁹⁵

Bezüglich des EWR-Abkommens (Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum) ist zu erwähnen, dass es im Jahr 1992 unterzeichnet wurde und seit dem Jahr 2007 ganz 27 Mitgliedstaaten der EU und drei EFTA Staaten:⁹⁶ Island, Lichtenstein und Norwegen, umfasst. Im Wesen betrifft das Abkommen die Verpflichtung der EFTA-Mitgliedstaaten zur Übernahme des *acquis communautaire* der EG⁹⁷ und bezweckt die weitgehende gegenseitige Öffnung der Märkte für die Vertragspartner. In Bezug auf das Vergaberecht resultiert das EWR-Abkommen in der Schaffung eines offenen, auf den gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen basierenden Marktregim.⁹⁸

⁸⁶93/323/EWG: Beschluss des Rates vom 10. Mai 1993 über den Abschluss eines Abkommens in Form einer Vereinbarung für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 125 vom 20.5.1993, S. 1–53.

⁸⁷ 97/474/EG: Beschluss des Rates vom 24. Februar 1997 über den Abschluss zweier Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Staat Israel über die Beschaffungen der Betreiber von Telekommunikationsdiensten bzw. über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 202 vom 30.7.1997, S. 72–73.

⁸⁸ 97/784/EG: Beschluss des Rates vom 22. April 1997 über den Abschluss des Abkommens über die Beschaffung im Telekommunikationssektor und des Abkommens in Form eines Memorandums über die Beschaffung durch private Betreiber von Telekommunikationsdiensten zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Korea, ABl. L 321 vom 22.11.1997, S. 30–31.

⁸⁹ Beschluss Nr. 1/2000 des Gemischten Rates EG-Mexiko vom 23. März 2000 eingesetzt mit dem Interimsabkommen über Handel und handelsbezogene Fragen zwischen der Europäischen Gemeinschaft einerseits und den Vereinigten Mexikanischen Staaten andererseits vom 8. Dezember 1997 zur Festlegung seiner Geschäftsordnung - Geschäftsordnung des Gemischten Ausschusses, Amtsblatt Nr. L 157 vom 30/06/2000 S. 0006 – 0009.

⁹⁰ Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Chile andererseits – Schlussakte, ABl. L 352 vom 30.12.2002, S. 1–1450.

⁹¹ Schnitzer, Internationales Vergaberecht, S. 159

⁹² 2002/309/EG, Euratom: Beschluss des Rates und — bezüglich des Abkommens über die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit — der Kommission vom 4. April 2002 über den Abschluss von sieben Abkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl. L 114 vom 30.4.2002, S. 1–5.

⁹³ Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei, ABl. 217 vom 29.12.1964, S. 3687–3688.

⁹⁴ Schnitzer, Internationales Vergaberecht, S. 204 und 218.

⁹⁵ Schnitzer, Internationales Vergaberecht, S. 205.

⁹⁶ http://www.efta.int/content/publications/fact-sheets/eea-factsheets/FS_Enlargement

⁹⁷ Herrnfeld in Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar (2000), Art 310 Rz 10.

⁹⁸ Schnitzer, Internationales Vergaberecht, S. 161; Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement (2005), Rz 20.21.

Hinsichtlich des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen „WTO“ ist anzugeben, dass es mit dem Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay Runde (1986-1994) im Namen der EG genehmigt wurde. Das WTO-Übereinkommen hat zum Ziel, ausgewogene Rechte und Pflichten im öffentlichen Beschaffungswesen festzulegen, um den Welthandel zu liberalisieren und auszuweiten. Aufgrund der internationalen Rechte und Pflichten, die sich für die EG aus der Annahme des WTO-Übereinkommens ergeben, sind auf Bieter und Erzeugnisse aus Drittländern, die dieses Übereinkommen unterzeichnet haben, die darin enthaltenen Regeln anzuwenden. Da das WTO-Übereinkommen keine unmittelbare Wirkung hat, ist es daher angebracht, dass die unter das Übereinkommen fallenden öffentlichen Auftraggeber, die der Richtlinie 2004/18/EG nachkommen und sie auf die Wirtschaftsteilnehmer aus Drittländern anwenden, welche das Übereinkommen unterzeichnet haben, sich damit im Einklang mit dem Übereinkommen befinden.⁹⁹

Wichtig ist noch zu erwähnen, dass gemäß Art. 5 der Richtlinie 2004/18/EG bei der Vergabe öffentlicher Aufträge durch die öffentlichen Auftraggeber die Mitgliedstaaten untereinander Bedingungen anwenden müssen, die ebenso günstig wie diejenigen sind, die sie gemäß dem WTO- Übereinkommen den Wirtschaftsteilnehmern aus Drittländern einräumen.

⁹⁹ Erwägungsgrund Nr. 7 der Richtlinie 2004/18/EG.

2. REGELUNGSGEGENSTAND

2.1. Das österreichische Recht

2.1.1. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich richtet sich danach, **welche Auftragsart vergeben wird**, ob die Vergabe im klassischen Bereich oder im Sektorenbereich erfolgt und ob bestimmte Schwellenwerte überschritten werden.¹⁰⁰ Die Vorschriften des BVergG 2006 in Bezug auf den Sektorenbereich sowie in Hinblick auf die Abgrenzung des Sektorenbereiches von dem klassischen Bereich, sind kein Gegenstand der vorliegenden Ausarbeitung.

Die Leistungsbeschaffung unterliegt dem BVergG 2006 sofern dies in Form von Vertrag erfolgt und wenn die Gegenleistung des Auftraggebers das von ihm zu entrichtende Entgelt ist. Sowohl der Vertrags- wie auch der Entgeltsbegriff in BVergG 2006, sind in Österreich europarechtskonform weit auszulegen.¹⁰¹ Somit sind unter dem Vertrag nicht nur die privatrechtlichen sondern auch öffentlichrechtlichen Verträge zu verstehen.¹⁰² Für die Entgeltlichkeit ist nicht entscheidend, ob für die erbrachte Leistung ein Entgelt vom Auftraggeber bezahlt wird. Wichtig ist vielmehr, ob ein geldwerter Vorteil als Gegenleistung vom Auftraggeber erwirkt wird. Überdies ist das Erfordernis der Entgeltlichkeit auch dann erfüllt, wenn der Unternehmer durch Einräumung eines Rechtes vom Auftraggeber für die von ihm erbrachten Leistungen das Entgelt vom Dritten erhält.¹⁰³

Bezüglich der vertraglichen Beauftragung ist zu bemerken, dass nicht alle Aufträge unter dem Begriff „Beschaffung von Leistungen“ zu subsumieren sind. Das Vergaberecht findet keine Anwendung bei der hoheitlichen Vergabe der Berechtigungen¹⁰⁴ (weil vertragliche Beauftragung fällt¹⁰⁵), wenn ein Auftraggeber das Vermögen veräußert oder als ein Leistungserbringer auftritt¹⁰⁶. Überdies ist die Einräumung von Nutzungsrechten sowie die Gründung von Gesellschaften mit privaten Mitgesellschaften als vergabepflichtige Rechtsgeschäfte grundsätzlich nicht anzusehen.¹⁰⁷ Dennoch dürfen diese Situationen nicht zur Umgehung des Vergaberechts führen und muss immer geprüft werden, ob diese Vorgänge

¹⁰⁰ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 33.

¹⁰¹ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S.41.

¹⁰² Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S.43.

¹⁰³ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S.44.

¹⁰⁴ Holoubek/Fuchs in Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004), S. 65

¹⁰⁵ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S.41.

¹⁰⁶ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 53-54.

¹⁰⁷ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S.47.

einen beschaffungsrechtlichen Bezug haben.¹⁰⁸ Wenn z. B. Verpachtung von Grundstücken mit einer Leistung des Pächters gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber verbunden ist, dann ist die Vergabe dieser Leistung dem Vergaberecht nicht entzogen.

Nach Meinung von OGH sind Beschaffungsgegenstände der öffentlichen Auftraggeber Gegenstand des Vergaberechts. Kein Beschaffungsvorgang kann angenommen werden, wenn das Schwergewicht eines Vertrags auf der Erzielung von Einnahmen (z.B. durch Veräußerungsgeschäfte) für den öffentlichen Auftraggeber liegt.¹⁰⁹

Schließlich findet das BVergG 2006 keine Anwendung, wenn ein vertraglicher Leistungsaustausch nicht unmittelbar zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem privaten Auftragnehmer besteht. Es handelt sich um eine Situation, wo der Auftragnehmer auftragsgemäß nicht dem Auftraggeber, sondern einem Dritten eine Leistung erbringt.¹¹⁰ Es kann jedoch sein, dass solche Aufträge als Konzessionsaufträge dem BVergG 2006 unterliegen werden.

Am Ende ist noch zu bemerken, dass das BVergG 2006 eine Reihe von expliziten Ausnahmen vom seinen Geltungsbereich enthält, die im § 10 vollständig aufgezählt sind.

2.1.1.1. Auftragsarten

Das BVergG 2006 normiert die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen durch öffentliche Auftraggeber, die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre, die nicht öffentlichen Auftraggeber sind und die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden.¹¹¹ Unten werden lediglich die öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die die öffentlichen Auftraggeber vergeben, ausführlich besprochen.

Bauaufträge sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand die Ausführung bzw. die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I des BVergG 2006 genannten Tätigkeiten ist.¹¹² Überdies gilt als

¹⁰⁸ Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 54.

¹⁰⁹ OGH 7.8.2008, 5 Ob 146/08a, RIS..

¹¹⁰ Vgl. UVS Bgld 6.08.2002, 085/06/02001= RPA 2002, 213, zitiert nach Heid in Heid/Preslmayr (Hrsg) Handbuch Vergaberecht (2005), S. 55.

¹¹¹ §1 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006

¹¹² §4 Z 1 BVergG 2006

Bauftrag die Ausführung eines **Bauwerkes**¹¹³ oder die Erbringung einer **Bauleistung** durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt¹¹⁴. Das **Bauwerk** ist nach gesetzlicher Definition das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.¹¹⁵ Das Bauwerk umfasst die Herstellung eines funktionsfähigen Ganzen (z. B. ein Gebäude, ein Bauabschnitt einer Straße), das bis zu der letzten Ausbau- und Installationsphase vollendet ist.¹¹⁶ Als **Bauleistungen** bezeichnet man die Leistungen, die zur Herstellung dieses Ganzen erforderlich sind.¹¹⁷ Der Begriff des **Bauvorhabens** wurde in BVergG 2006 nicht definiert. Er umfasst neben der Erstellung eines Bauwerks auch andere Bauleistungen wie z. B. Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen.¹¹⁸ Somit stellt jede Erstellung eines Bauwerks ein Bauvorhaben dar, aber nicht jedes Bauvorhaben besteht in Erstellung eines Bauwerkes.

Fernerhin ist zu erklären, dass sich die Worte „Ausführung“ und „die gleichzeitige Ausführung und Planung“ auf Tätigkeiten und nicht auf das Bauvorhaben beziehen. Somit gilt als Vertragsgegenstand des Bauauftrags die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung der Bauleistungen in Verbindung mit einer der im Anhang I genannten Tätigkeiten für ein Bauvorhaben.¹¹⁹ Ferner weist die Verwendung des Wortes „gleichzeitig“ darauf hin, dass eine einheitliche gemeinsame Vergabeverfahren sowohl für die Planung als auch für die Ausführung eines konkreten Bauprojekts durchgeführt werden darf. Die Qualifikation als Bauauftrag gilt in diesem Fall auch wenn die Größe der Leistung für die Bauausführung geringer als die Planungsleistung ausfällt.¹²⁰

Erbringung einer Bauleistung durch Dritte laut dem §4 Z3 BVergG 2006 bedeutet, dass ein Auftraggeber nicht selbst einen Bauauftrag erteilt, sondern ein Auftragnehmer. Der Auftraggeber lässt dem Dritten mit Hilfe von z. B. Bauträger-, Mietkauf- oder Leasingverträgen bauen.¹²¹ Der Bau wird somit durch einen Dritten gemäß den Zwecken des öffentlichen Auftraggebers oder nach seinen Angaben und auf dessen Rechnung und wirtschaftliches Risiko ausgeführt. Für die Erbringung der Leistung durch Dritte ist entscheidend, inwieweit der Auftraggeber die Gestaltung des Bauwerks beeinflusst.¹²² Wenn

¹¹³ §4 Z 2 BVergG 2006

¹¹⁴ §4 Z3 BVergG 2006

¹¹⁵ §2 Z 11 BVergG 2006

¹¹⁶ 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 27

¹¹⁷ 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 27

¹¹⁸ 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 27

¹¹⁹ 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 27

¹²⁰ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S.65.

¹²¹ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S.61.

¹²² Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 62.

es nur eine allgemeine Gestaltung des Bauwerks gegeben hat, der nicht den Erfordernissen des Auftraggebers entspricht, dann liegt kein Bauauftrag gemäß §4 Z3 BVergG 2006 vor. Somit errichtet der private Auftragnehmer im eigenen Namen und auf eigene Rechnung das Bauwerk und vergibt zu diesem Zweck die Subaufträge. Diese Subaufträge unterliegen jedoch dem BVergG 2006 nicht.

Gemeinschaftsrechtlich ist der Bauauftragsbegriff sehr weit auszulegen.¹²³ Zivilrechtlich fallen die Bauaufträge unter den Begriff des Werkvertrags im Sinne der §§ 1165 f ABGB.¹²⁴

Lieferaufträge sind gemäß §5 BVergG 2006 entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf - mit oder ohne Kaufoption - von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation, ist. Der Wortlaut des §5 weist auf eine abschließende Aufzählung der Vertragstypen hin. Dennoch ist in Österreich von einem weiten Begriff des Lieferauftrags auszugehen und der Lieferauftrag ist funktionell zu betrachten.¹²⁵ Somit ist der zivilrechtliche Vertragstypus, die Eigentumsübertragung und Dauer der Beschaffung für Qualifikation als Lieferauftrag im Sinne des BVergG 2006 nicht entscheidend.¹²⁶ Lieferauftrag wird also in Österreich grundsätzlich als Vertrag zur Beschaffung von Waren definiert und die Aufzählung der Vertragstypen wird als nicht abschließend betrachtet. Der Begriff „der Waren“ ist gemeinschaftsrechtlich zu interpretieren.¹²⁷

Dienstleistungsaufträge sind nach §6 BVergG 2006 entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne des Anhangs III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder des Anhangs IV des BVergG 2006 (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind. Aus dieser Definition ist zu entnehmen, dass der Dienstleistungsbegriff gegenüber dem Begriff der Bau- und Lieferleistungen als subsidiär zu betrachten ist. Somit kommt den Dienstleistungsaufträgen eine Auffangfunktion zu.¹²⁸

2.1.1.2. Abgrenzungsregeln

Das BVergG 2006 enthält keine Abgrenzungsregeln für Bau- und Lieferaufträge. Im Fall einer Mischung von Bau- und Lieferleistungen schlägt die Lehre vor, die Lieferung von

¹²³ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 59.

¹²⁴ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 63.

¹²⁵ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S.54.

¹²⁶ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S.54.

¹²⁷ 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 28.

¹²⁸ 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 28.

Waren - die fest mit einem Bauwerk verbunden sind und für die Funktion des Bauwerks notwendig sind - den Bauaufträgen zuzuordnen.¹²⁹ Die Abgrenzung zwischen den Bau- und Dienstleistungsaufträgen regelt §9 Abs. 2 BVergG 2006. Somit gelten als Dienstleistungsaufträge diese Aufträge, die sowohl Dienstleistungen als auch Bauleistungen im Sinne des Anhangs I umfassen, dennoch die Bauleistungen als Nebenarbeiten im Verhältnis zum Hauptauftragsgegenstand zu betrachten sind.

Wenn Lieferaufträge im Sinne des §5 BVergG 2006 eine gewisse Dienstleistungselemente beinhalten (z. B. das Verlegen und die Installation), die als Nebenarbeiten eine Hilfsfunktion für die bestimmungsgemäße Verwendung der Ware erfüllen, dann werden diese Dienstleistungen vom Lieferauftrag umfasst.¹³⁰ Entgeltliche Aufträge, die sowohl Lieferungen im Sinne des §5 als auch Dienstleistungen im Sinne des §6 umfassen gelten als Dienstleistungsaufträge, wenn der Wert der vom Auftrag erfassten Dienstleistungen höher als der Gesamtwert der Waren ist. Andernfalls gelten derartige Aufträge als Lieferaufträge.¹³¹

2.1.1.3. Schwellenwerte

Im Bezug auf sachlichen Geltungsbereich ist noch hinzuzufügen, dass das **BVergG 2006 grundsätzlich für alle Auftragsarten im Oberschwellenbereich (OSB) sowie im Unterschwellenbereich (USB) gilt.** Gemäß §12 Abs. 1 des BVergG 2006 erfolgen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im OSB, wenn der geschätzte Auftragswert ohne Umsatzsteuer:

- 1) bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von zentralen öffentlichen Auftraggebern vergeben werden,¹³² mindestens 133 000 Euro beträgt; bei Lieferaufträgen, die im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung vergeben werden, gilt dies betreffend Waren nur für Aufträge im Bereich der Verteidigung,¹³³
- 2) bei allen übrigen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mindestens 206 000 Euro beträgt;
- 3) bei öffentlichen Bauaufträgen und Baukonzessionsverträgen mindestens 5 150 000 Euro beträgt.

¹²⁹ Pachner, zitiert nach Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegestz 2002. Kommentar (2005), S. 67.

¹³⁰ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegestz 2002. Kommentar (2005), S.54-55.

¹³¹ § 9 Abs. 1 BVergG 2006

¹³² Sie sind in Anhang V des BVergG 2006 genannt.

¹³³ Sie sind in Anhang VI des BVergG 2006 genannt.

Laut dem Abs. 3 § 12 des BVergG 2006 erfolgt die Vergabe von Aufträgen im USB, wenn der geschätzte Auftragswert die entsprechenden Beträge für OSB nicht erreicht. Für den USB gibt es in BVergG 2006 viele Vereinfachungen, wie beispielsweise in der Wahl des Verfahrens (§§ 37 BVergG 2006) oder bei der Bekanntmachungen (§§ 55 BVergG 2006).

2.1.2. Persönlicher Geltungsbereich

Unter dem Begriff öffentlicher Auftraggeber sind: der Bund (im Sinne von Art 2 B-VG), die Länder (im Sinne von Art 3 B-VG), die Gemeinden (im Sinne von Art 116 B-VG) und die Gemeindeverbände (im Sinne von Art 116a B-VG), zu verstehen.¹³⁴ Im Bundesbereich handelt es sich vor allem um die Bundesministerien, aber auch um die Gerichte oder das Parlament. Überdies umfasst dieser Begriff alle ihnen zugeordneten Einheiten ohne eigene Rechtspersönlichkeit. Wenn jedoch eine von diesen Einheiten zumindest teilrechtsfähig ist, dann fällt sie unter den §3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006.¹³⁵ Alle Einrichtungen, die unter der Auftraggeberkategorie gemäß §3 Abs.1 Z 1 BVergG 2006 fallen, sind als öffentliche Auftraggeber im engeren Sinn zu betrachten¹³⁶.

Als öffentliche Auftraggeber gelten auch Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Z1 oder 2 bestehen. Damit sind jene Einheiten erfasst, die z. B. vom Land zusammen mit einer Gemeinde finanziert oder beherrscht werden (§3 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006).

Schließlich unter der Auftraggeberkategorie sind noch nach §3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 (öffentliche Auftraggeber im weiteren Sinn¹³⁷) alle Einrichtungen öffentlichen Rechts als auch privaten Rechts zu subsumieren, die zur Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben gegründet wurden und die dem Einfluss öffentlicher Auftraggeber unterliegen oder unterliegen können. Sie sind zumindest teilrechtsfähig und die fraglichen Aufgaben sind nicht von gewerblicher Art. Alle diese Prämissen müssen kumulativ erfüllt werden.

Bei der ersten Voraussetzung handelt es sich um die Einrichtungen, die „zu dem besondern Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen,

¹³⁴ §3 Abs 1 Z 1 BVergG 2006

¹³⁵ Heid in Heid/ Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 37.

¹³⁶ Werschitz/Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S. 60.

¹³⁷ Werschitz/Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S. 60.

die nicht gewerblicher Art sind“.¹³⁸ BVergG 2006 enthält keine Definition des Begriffes „Allgemeininteresse“. Dieser Begriff ist als ein den EU-Vergaberichtlinien entnommenes Merkmal gemeinschaftsrechtlich auszulegen.¹³⁹

Unter den „**im Allgemeininteresse liegende Aufgaben**“ sind die Aufgaben zu verstehen, die im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt werden. Es ist also berechtigt zu vermuten, dass ein Handeln in hoheitlicher Rechtsform einen öffentlichen Zweck hat und damit der Erfüllung einer Aufgabe im Allgemeininteresse dient. Diese Vermutung gilt hingegen in Bezug auf die Handlungen in privatrechtlichen Formen nicht. In diesem Fall um festzustellen, dass eine Einrichtung das Allgemeininteresse im Sinne des BVergG 2006 verwirklicht, muss sie eine ursprünglich staatliche (von der Zwecksetzung der anderen Marktteilnehmer unterscheidbare) und gesetzlich zugewiesene Aufgabe ausführen.¹⁴⁰ Es handelt sich vor allem um Tätigkeiten, die traditionellerweise von staatlichen Einrichtungen durchgeführt wurden, wie z. B. das Betreiben von Spitälern, Altersheimen, Museen, Sportanlagen und Bildungseinrichtungen.¹⁴¹

Eine weitere Voraussetzung für die Feststellung, dass ein Auftraggeber als „öffentlicher Auftraggeber“ im Sinne des BVergG gilt, ist die Besorgung von „**Aufgaben nicht gewerblicher Art**“. Die Wortfolge „gewerbliche Art“ stammt aus der Richtlinie 2004/18/EG. Die deutsche Übersetzung dieses Ausdrucks unterscheidet sich von der englischen und französischen Version der Richtlinie, worin auf den nicht kommerziellen bzw. industriellen Charakter der Aufgaben abgestellt wird.¹⁴² Diese Formulierung ist jedoch nicht im Sinne der österreichischen Gewerbeordnung, sondern gemeinschaftsrechtlich also autonom und einheitlich auszulegen.¹⁴³ Überdies ist dieses Kriterium nicht mit dem Begriff des „Allgemeininteresses“ zu vermischen, sondern als selbständiges Tatbestandsmerkmal zu prüfen.¹⁴⁴

Die zweite Voraussetzung, die die Zurechnung zur Kategorie der öffentlichen Auftraggebern in weiterem Sinn ermöglicht, ist „die Teilrechtsfähigkeit“¹⁴⁵. Anders als in Österreich verwendet die Richtlinie 2004/18/EG den Begriff „die Rechtspersönlichkeit“, die sich eher auf die Vollrechtsfähigkeit bezieht.

¹³⁸ § 3 Abs. 1 Z 2 lit a BVergG 2006

¹³⁹ Vgl. EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00 *Kommission/Spain*; EuGH 12. 12.2002, Rs C-470/99, *Universale-Bau*; EuGH 27.02.2003, Rs C 373/00, *Adolf Truley*; Heid in Heid/ Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 40.

¹⁴⁰ 1171 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage-Materialien, S. 23.

¹⁴¹ Heid in Heid/ Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 40.

¹⁴² Werschitz/Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S. 61.

¹⁴³ 1171 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage-Materialien, S.23.

¹⁴⁴ Heid in Heid/ Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 42.

¹⁴⁵ § 3 Abs. 1 Z 2 lit. B BVergG 2006

Die dritte Voraussetzung betrifft die Beherrschungstatbestände¹⁴⁶, die gemeinschaftsrechtlich weit auszulegen sind¹⁴⁷. Somit ist eine Einrichtung als ein öffentlicher Auftraggeber im weiteren Sinn zu kategorisieren, wenn sie überwiegend vom öffentlichen Auftraggeber im engeren Sinn finanziert wird oder hinsichtlich ihrer Aufsichtsleitung diesem Auftraggeber unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom öffentlichen Auftraggeber im engeren Sinn ernannt worden sind. Diese Kriterien sind als alternative Tatbestände verfasst.

Als „Finanzierung“ sind die finanziellen Mittel zu verstehen, die nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb durch die fragliche Entität erwirtschaftet wurden.¹⁴⁸ Bei „überwiegender“ Finanzierung handelt es sich um Zuwendungen, die mehr als 50% aller Mittel der Einrichtung ausmachen. Wenn das Ausmaß der staatlichen Unterstützung labil ist, dann ist es auf der Basis des Budgetjahres zu bestimmen. Der Status als öffentlicher Auftraggeber besteht für das entsprechende Budgetjahr. Sofern die Finanzierung die Schwelle von 50% überschreiten wird, fallen alle Beschaffungen des betreffenden Budgetjahres in den Anwendungsbereich des Vergabegerechtes.¹⁴⁹

Um festzustellen, dass die Voraussetzung „Aufsicht hinsichtlich der Leitung“ erfüllt wird, müssen die übrigen Beherrschungstatbestände berücksichtigen werden.¹⁵⁰ Wenn es sich aus einer Gesamtbetrachtung ergibt, dass direkt oder indirekt die Leitung einer Einrichtung der Aufsicht durch den öffentlichen Auftraggeber im engeren Sinn untersteht und er ihre Entscheidungen hinsichtlich der öffentlichen Aufträge beeinflusst, dann ist diese Voraussetzung erfüllt. Bei der Gesamtbetrachtung sind die folgenden Punkte zu beachten:

- selbstständiger Entscheidungsspielraum der beaufsichtigten Einrichtung;
- Recht „des öffentlichen Auftraggebers“ auf die Auflösung der Einrichtung;
- Befugnis „des öffentlichen Auftraggebers“, die Leitungsorgane vorläufig ihres Amtes zu entheben;
- Möglichkeit „des öffentlichen Auftraggebers“, dem Rechtsträger ein bestimmtes Geschäftsführungsprofil vorzugeben;
- Recht auf Kontrolle oder Untersuchung „des öffentlichen Auftraggebers“;

¹⁴⁶ § 3 Abs. 1 Z 2 lit. C BVergG 2006

¹⁴⁷ 1171 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage-Materialien, S.25; EuGH 17.12.1998, Rs C-306/97, *Connemara Machine Turf*.

¹⁴⁸ 1171 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage-Materialien, S.25; EuGH 3.10.2000. Rs C-380/98, *The University of Cambridge*.

¹⁴⁹ 1171 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage-Materialien, S.25.

¹⁵⁰ 1171 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage-Materialien, S.25; EuGH 1.02.2001, Rs C-237/99, *Kommission/Frankreich*.

- Möglichkeit Empfehlungen dazu zu machen, was in Untersuchungs- oder Kontrollbereiche geschehen soll, inklusive Sicherstellung der Umsetzungsmaßnahmen durch den kontrollierten Rechtsträger;
- Kontrolle über die Gesellschafter.¹⁵¹

Im § 3 Abs. 2 bis 5 des BVergG 2006 sind noch andere Einrichtungen genannt, die zur Einhaltung der einzelnen Bestimmungen des BVergG 2006 verpflichtet sind. Diese Einrichtungen sind jedoch nicht als öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 3 Abs. 1 BVergG 2006 zu kategorisieren.

Abschließend ist noch zu bemerken, dass für die Abgrenzung der Vollziehungsbereiche von Bund und Ländern von Bedeutung ist, dass als öffentlicher Auftraggeber jene Person anzusehen ist, mit der der zivilrechtliche Vertrag zustande kommen soll.¹⁵²

2.2. Das polnische Recht

2.2.1. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich richtet sich danach, welche Auftragsart vergeben wird, ob die Vergabe im klassischen Bereich oder im Sektorenbereich erfolgt und ob bestimmte Schwellenwerte überschritten werden. Die Vorschriften des PZP in Bezug auf den Sektorenbereich sowie in Hinblick auf die Abgrenzung des Sektorenbereiches von dem klassischen Bereich, sind kein Gegenstand der vorliegenden Ausarbeitung.

Unter dem Begriff öffentliche Auftragsvergabe sind entgeltliche Verträge zu verstehen, die zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer abgeschlossen werden und deren Gegenstand die Dienst-, Liefer- und Bauleistungen bilden. Demzufolge gehören zu den *essentialia negotii* des Vertrags über den öffentlichen Auftrag: (1) Entgeltlichkeit, (2) Auftraggeber und Auftragnehmer als Parteien des Vertrags, (3) Dienst-, Liefer- und Bauleistungen als Gegenstand des Vertrags.¹⁵³ Unter dem Anwendungsbereich des PZP fallen also nicht die unentgeltlichen Verträge (z. B. Schenkung, Leihe), obwohl sie als Gegenstand die Dienst-, Liefer- oder Bauleistungen haben. Die Entgeltlichkeit bedeutet, dass für die

¹⁵¹ 1171 der Beilagen XXII. GP-Regierungsvorlage-Materialien, S.25.

¹⁵² Sundström, Neuere Rechtsprechung zu ausgewählten Fragen des Vergaberechts, ecolex 2009, 20; Vgl. VwGH 25.2.2005, 2001/04/0215; VfGH 12.6.2001, B 1035/99; VfGH 9.11.2001, B 659/98; VfGH 9.10.2001, G 10/01; VfGH 13.10.2005, K I-2/05-20, K I-3/05-14, B 573/05-11, RIS.

¹⁵³ Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 25.

Leistung nicht nur das Geld sondern irgendein Vermögensvorteil erlangt wird.¹⁵⁴ PZP umfasst nicht die Fälle von Leistungserbringung, wenn jemand Andere als Auftraggeber für die Leistung bezahlt.¹⁵⁵ Überdies fallen darunter auch nicht Aufträge, die in einer anderen Art und Weise als aufgrund eines Vertrags vergeben werden.

Abschließend ist noch zu bemerken, dass PZP im Art. 4 eine Vielzahl von Ausschließungen vom seinem Geltungsbereich nennt, die eine Ausnahme von dem Grundsatz der Allgemeinheit der öffentlichen Auftragsvergabe darstellen.¹⁵⁶ Die Befreiung vom Geltungsbereich des PZP betrifft vor allem den Auftragsgegenstand. Somit bestimmt Art. 4 PZP welche Aufträge von der Anwendung des Vergabegesetzes ausgeschlossen sind.

2.2.1.1. Auftragsarten

Bauleistungsaufträge sind gemäß Art. 2 Z 8 PZP Aufträge zur Ausführung oder Ausführung und Planung von **Bauvorhaben** (*roboty budowlane*) im Sinne des Gesetzes über das Baurecht vom 7. Juli 1994, wie auch zur Erbringung des **Bauwerks** (*obiekt budowlany*) im Sinne dieses Gesetzes gleichgültig mit welchen Mitteln gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Entsprechend dem Art. 3 Z 7 des Baurechts fallen unter dem Bauvorhabenbegriff sowohl die auf das Bauen als auch auf Umbau, Montage, Reparatur oder Abbruch eines Bauobjekts bezogenen Bauarbeiten. Der Begriff des Bauwerkes umfasst laut dem Art. 3 Z 1 des Baurechts: Gebäude mit Installationen und technischen Anlagen sowie einen Bau, der eine technische und nutzbare Gesamtheit mit Installationen wie technischen Anlagen darstellt, und weitere Anlagen der kleinen Architektur einschließt.

Art. 3 des Baurechts definiert auch die anderen Begriffe, die die Zuordnung zu den Bauleistungen ermöglichen wie z. B. des Baus (*budowla*), der Reparatur (*remont*), des Umbaus (*przebudowa*) sowie des Gebäudes (*budynek*). Weiters ist zu bemerken, dass die Bauleistungsaufträge drei Arten von Aufträgen umfassen: Ausführung von Bauvorhaben, Ausführung und Planung von Bauvorhaben, Erbringung des Bauwerkes durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen. Die dritte Art der Aufträge betrifft in Polen zwei Situationen: (1) der Auftragnehmer verpflichtet sich zur Ausführung des Bauwerkes oder (2) es ist ein Bauwerk gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen zu

¹⁵⁴ Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 25; andere Meinung vertreten Baehr/Kwieciński/Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Łysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2007), S. 34.

¹⁵⁵ Baehr/Kwieciński/Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Łysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2007), S. 34.

¹⁵⁶ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 43.

erbringen, aber das Grundstück gehört dem Auftraggeber nicht und deswegen müssen das Eigentum sowie andere Rechte, die mit der Bauanlage verbunden sind, auf den Auftraggeber übertragen werden. Dies bedeutet, dass der Erwerb von Liegenschaft mit dem Bauwerk, die jedoch nicht gemäß den Erfordernissen des Auftraggebers errichtet wurde, von dem Geltungsbereich des PZG ausgeschlossen ist.¹⁵⁷

Liefieraufträge sind Aufträge zum Erwerb von Sachen, von Rechten sowie von anderen Gütern, insbesondere aufgrund eines Kauf-, Liefer-, Miet-, Pacht- oder Leasingvertrags.¹⁵⁸ PZP bedient sich einer eigenen, für die Zwecke des Vergaberechts geschaffenen Definition der Lieferung. Diese Definition unterscheidet sich wesentlich von dem Begriff des Liefervertrags gemäß dem ZGB, weil sie neben dem zivilrechtlichen Lieferauftrag auch einen Miet-, Pacht- oder Leasingvertrag umfasst und die Lieferung kann auch einmalig erfolgen.¹⁵⁹ Überdies, weil die Aufzählung der Verträge nur beispielhaft ist, haben die Parteien mehr Raum für die Gestaltung des Rechtsgeschäfts. Ferner entscheidend ist nicht die Bezeichnung des Vertrags sondern der Auftragsgegenstand.¹⁶⁰ Anders als im ZGB betrifft der Lieferauftrag nicht nur Erwerb von Sachen sondern auch von Rechten und von anderen Gütern als Sachen und Rechte.

Dienstleistungsaufträge sind sämtliche Aufträge für Leistungen, deren Gegenstand keine Bauarbeiten oder Lieferungen sind, und die im Anhang II der Richtlinie 2004/18 genannt sind.¹⁶¹ Diese Definition ist verneinend formuliert, so dass alle Leistungen, die nicht als Bau- oder Lieferleistungen zu bezeichnen sind, unter den Dienstleistungsbegriff fallen. An dieser Stelle unterscheidet PZP zwischen den Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A und Teil B der Richtlinie 2004/18/EG nicht. Die Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B sind jedoch bei den Einschränkungen von dem Geltungsbereich des PZP berücksichtigt.¹⁶²

Darüber hinaus ist zu erwähnen, dass Art. 750 des ZGB eine allgemeine Norm bezüglich der Dienstleistungsverträge enthält. Demzufolge finden zu diesen nicht woanders geregelten Verträgen die Vorschriften des ZGB über den Auftragsvertrag (*zlecenie*) ihre Anwendung. Obwohl die Regelung der Dienstleistungsverträge in PZP als eine spezielle Regelung gegenüber dem Zivilgesetzbuch zu sehen ist, wird zu den nicht in PZP normierten Angelegenheiten Art. 750 verwendet.¹⁶³

¹⁵⁷ Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 29.

¹⁵⁸ Art. 2 Z 2 PZP

¹⁵⁹ Stachowiak in: Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 21.

¹⁶⁰ Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 12.

¹⁶¹ Art. 2 Z 10 PZP

¹⁶² Art. 5 PZP

¹⁶³ Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 22.

2.2.1.2. Abgrenzungsregeln

Bezüglich der Abgrenzungsregeln ist zu erwähnen, dass wenn der Auftrag sowohl Lieferungen als auch Dienstleistungen oder sowohl Bauleistungen als auch Dienstleistungen erfasst, dann sind auf Vergabe dieses Auftrags die Vorschriften anzuwenden, die auf den Auftrag Anwendung finden, dessen wertmäßiger Anteil an dem betreffenden Auftrag am größten ist.¹⁶⁴ Überdies nennt PZP drei Fälle wenn die Feststellung der Auftragsart unabhängig vom Wert jedes einzelnen Auftrags erfolgt.¹⁶⁵ Wenn der Auftrag sowohl Lieferungen als auch Dienstleistungen erfasst, die lediglich in der Verteilung oder Installation der gelieferten Sache oder eines anderen Gutes bestehen, so sind auf die Vergabe dieses Auftrags die Vorschriften über die Vergabe von Lieferaufträgen anzuwenden.¹⁶⁶ Erfasst der Auftrag sowohl Bauleistungen als auch die zu deren Ausführung unerlässliche Lieferungen, so sind auf Vergabe dieses Auftrags die Vorschriften über die Vergabe von Bauleistungen anzuwenden.¹⁶⁷ Schließlich, wenn der Auftrag sowohl Dienstleistungen als auch zu deren Ausführung unerlässliche Bauleistungen erfasst, so sind die Vorschriften über die Vergabe von Dienstleistungen anzuwenden.¹⁶⁸

2.2.1.3. Schwellenwerte

Das PZP ist auf die Vergabe von Aufträgen anzuwenden, deren Wert in Złoty den ausgedrückten Gegenwert des Betrags von 14 000 Euro übersteigt.¹⁶⁹ Der Schwellenwert von 14 000 Euro löst die Anwendung des Gesetzes aus.

Überdies ist zu erwähnen, dass Art. 11 Abs. 8 PZP eine Verordnungsermächtigung zur Bestimmung der Schwellenwerte für die einzelnen Aufträge enthält. Somit gemäß §§ 1 und 2 der Verordnung des Ministerpräsidenten vom 19.12.2007 über Werte der Aufträge und Wettbewerbe, von denen Pflicht zur Übermittlung der Bekanntmachungen auf das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften wurden die folgenden Schwellenwerte festgestellt:

- 1) mindestens 133 000 Euro - bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von Einrichtungen des Sektors des öffentlichen Finanzwesens im Sinne der Vorschriften

¹⁶⁴ Art. 6 Abs. 1 PZP

¹⁶⁵ *Pieróg*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 52.

¹⁶⁶ Art. 6 Abs. 2 PZP

¹⁶⁷ Art. 6 Abs. 3 PZP

¹⁶⁸ Art. 6 Abs. 4 PZP

¹⁶⁹ Art. 4 Z 8 PZP

über öffentliche Finanzen sowie von anderen staatlichen Einrichtungen ohne Rechtspersönlichkeit vergeben werden, mit Ausschluss von staatlichen Hochschulen, Entwicklungs- und Forschungseinheiten, staatlichen Institutionen der Kultur und dem kommunalen Untersektor;

- 2) mindestens 206 000 Euro - bei allen übrigen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen;
- 3) mindestens 5 150 000 Euro - bei öffentlichen Bauaufträgen und Baukonzessionsverträgen;

Diese Schwellenwerte bestimmen die Grenze zwischen dem Oberschwellenbereich (OSB) und Unterschwellenbereich (USB). OSB fängt ab der Erreichung der oben genannten Auftragswerten an. Für den USB gibt es in PZP viele Vereinfachungen, wie beispielsweise in der Sicherstellung¹⁷⁰ und in der Wahl des Verfahrens oder bei den Bekanntmachungen.

Am Ende ist zu erwähnen, dass im Falle von Bauleistungsaufträgen, deren Wert den in Złoty ausgedrückten Gegenwert des Betrages von 20 000 000 Euro (bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 10 000 000 Euro) übersteigt, einige Verschärfungen in PZP vorgesehen sind.¹⁷¹

2.2.2. Persönlicher Geltungsbereich

Laut PZP sind in der ersten Linie die Einheiten des Sektors der öffentlichen Finanzen verpflichtet dieses Gesetz anzuwenden.¹⁷² Dem Art. 4 Abs.1 FinanPublU zufolge zählen zum Sektor der öffentlichen Finanzen:

- 1) Organe der öffentlichen Gewalt, darunter die Organe der Regierungsverwaltung, die Organe der Staatskontrolle und Organe des Rechtsschutzes, Gerichte und Tribunale;
- 2) Gemeinden (*gminy*), Kreise (*powiaty*), die Selbstverwaltung der Woiwodschaft (*samorząd województwa*) und ihre Verbände;
- 3) Haushaltseinheiten (*jednostki budżetowe*), Haushaltsanstalten (*zakłady budżetowe*), und Hilfsbetriebe der Haushaltseinheiten;
- 4) Staatliche und kommunale zweckmäßige Fonds;
- 5) Staatliche Hochschulen;
- 6) Entwicklungs- und Forschungseinheiten;
- 7) Selbstständige öffentliche Betriebe der Gesundheitsfürsorge;

¹⁷⁰ Art. 45 Abs. 1 und 2 PZP

¹⁷¹ Art. 40 Abs. 4, Art 85 Abs. 1 Punkt 2, Art 98 Abs. 4, Art 137 Abs. 3, Art 162 Abs. 2, Art 201 Abs. 2 Punkt 3 PZP

¹⁷² Art. 3 Abs. 1 Punkt 1 PZP

- 8) Staatliche und kommunale Institutionen der Kultur;
- 9) Sozialversicherungsanstalt, Landwirtschaftliche Sozialversicherungskasse und die Fonds, die von ihr verwaltet werden;
- 10) Nationaler Gesundheitsfond;
- 11) Polnische Akademie der Wissenschaften;
- 12) Andere staatliche oder kommunale juristische Personen, die auf Grund von besonderen Gesetzen eingerichtet werden, mit dem Ziel der Erfüllung der öffentlichen Aufgaben, mit Ausschluss von Unternehmen, Banken und Gesellschaften des Handelsrechts.

Bezüglich des Punktes 12 (andere staatliche oder kommunale juristische Personen) ist zu bemerken, dass der Wortlaut „die Erfüllung der öffentlichen Aufgaben“ keine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung hat und sich auf das polnische Recht bezieht. Unter diesem Begriff versteht man laufendes und ununterbrochenes Befriedigen von kollektiven Bedürfnissen auf einem bestimmten Gebiet, das sich nicht an Gewinn orientiert.¹⁷³ Einen Katalog der öffentlichen Aufgaben enthält der Art. 7 des Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung¹⁷⁴ und Art. 6 Abs. 1 des Gesetzes über die staatlichen Unternehmen,¹⁷⁵ das den Begriff „des Unternehmens der öffentlichen Nützlichkeit“ (*przedsiębiorstwa użyteczności publicznej*) definiert.

Außerdem gelten als Einrichtungen, die verpflichtet sind, das PZP anzuwenden, auch andere staatliche Einrichtungen, die keine Rechtspersönlichkeit besitzen (andere als Einheiten des Sektors der öffentlichen Finanzen, die im Art. 4 Abs. 1 Punkt 1 FinanPublU genannt sind).¹⁷⁶ Zu dieser Gruppe zählt man alle neu eingerichteten Organisationseinheiten, die die hoheitlichen Organe mit Aufgaben beauftragten, die traditionell zum Teil von Regierungsverwaltung und Selbstverwaltung erfüllt wurden. Beispielsweise sind darunter die Staatlichen Forstbetriebe zu verstehen, sowie Institut des Nationalen Gedächtnisses – die Kommission des Verfolgens der Verbrechen gegen das Polnische Volk, der Generalinspektor für den Datenschutz und der Sprecher des Kinderrechtes.

Schließlich gilt dieses Gesetz für andere als die im Art. 3. Abs. 1 Punkt 1 PZP genannten juristischen Personen, die zu dem besonderen Zweck gegründet sind, die Bedürfnisse von allgemeinem Charakter zu erfüllen, die weder industrieller noch

¹⁷³ Norek, Prawo Zamówień publicznych. Komentarz (2005), S. 26.

¹⁷⁴ Dz. U. 1990, Nr. 16, Pos. 95, zuletzt geändert durch Dz. U. 2009, Nr. 157, Pos. 1241.

¹⁷⁵ Dz. U. 1981, Nr. 24, Pos. 122, zuletzt geändert durch Dz. U. 2009, Nr. 157, Pos. 1241.

¹⁷⁶ Art. 3 Abs. 1 Punkt 2 PZP

kommerzieller Art sind, wenn die in dieser Vorschrift sowie unter den Punkten 1 und 2 des Art. 3 Abs. 1 genannten Einrichtungen allein oder gemeinsam, unmittelbar oder mittelbar, durch eine andere Einrichtung

- 1) diese mit einem über 50%-igen Anteil finanzieren und/oder
- 2) mehr als die Hälfte der Anteile oder Aktien halten, und/oder
- 3) die Aufsicht über das geschäftsführende Organ ausüben und/oder
- 4) das Recht auf Benennung von mehr als der Hälfte der Mitglieder des Aufsichts- und/oder des geschäftsführenden Organs haben.¹⁷⁷

Zu diesen Einrichtungen zählt man die Einheiten des öffentlichen Radio- und Fernsehsenders und andere Gesellschaften des regionalen Rundfunks, die auf Grund des Gesetzes über öffentlichen Rundfunk und Fernsehen agieren.¹⁷⁸ Außerdem gehören zu dieser Kategorie die Polnische Nationalbank, das Unternehmen der öffentlichen Nützlichkeit „die Polnische Post“,¹⁷⁹ die Fonds, deren Gründer der Fiskus ist und die auf Grund des Gesetzes über die Fonds agieren,¹⁸⁰ Staatliches Unternehmen „Flughäfen“¹⁸¹ und verschiedene Agenturen der regionalen oder lokalen Entwicklung.¹⁸²

Die Auftraggeber von Art. 3 Abs. 1 Punkt 3 PZP werden in der polnischen Rechtsliteratur auch als „abhängige Subjekte“ bezeichnet (*podmioty zależne*).¹⁸³ Unter diesem Begriff versteht man die Gesellschaften des Handelsrechts (Aktiengesellschaften und Gesellschaften mit beschränkter Haftung) sowie Genossenschaften, die von Ober- und Zentralorganen der staatlichen Verwaltung und den Einheiten der Selbstverwaltung berufen wurden, wenn mehr als 50% des Gründungsvermögens den Gründern gehört oder sie das Recht auf die Ernennung von mehr als der Hälfte der Verwaltungs- und/oder Leitungsmitglieder haben. Zu diesen „abhängigen Subjekten“ zählen beispielsweise staatliche Unternehmen, die auf Grund des Gesetzes über Kommerzialisierung und Privatisierung der staatlichen Unternehmen¹⁸⁴ in Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter Haftung umgewandelt wurden. Überdies gehören zu dieser Kategorie kommunale und juristische Personen (in Form von Aktiengesellschaften oder Gesellschaften mit beschränkter

¹⁷⁷ Art. 3 Abs 1 Punkt 3 PZP

¹⁷⁸ Dz. U. 1993 Nr. 7, Pos. 34, zuletzt geändert durch Dz.U.2009 Nr. 201, Pos.1540.

¹⁷⁹ Pieróg, Prawo Zamówień publicznych. Komentarz (2004), S. 31- 32.

¹⁸⁰ Dz. U. 1984 Nr. 21 Pos. 97, zuletzt geändert durch Dz.U. 2005, Nr. 175 Pos. 1462.

¹⁸¹ SA w Warszawie, V SA/ Wa 496/07, Zugang zum Text unter:

<http://noweprzetargi.pl/index.php?mod=page&kat=74&id=1962>

¹⁸² Baehr/Kwieciński/Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Łysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2007), S. 40.

¹⁸³ Norek, Prawo Zamówień publicznych. Komentarz (2005), S. 28.

¹⁸⁴ Dz. U. 1996, Nr. 118, Pos. 561, zuletzt geändert durch Dz.U.2009 Nr 157, Pos.1241.

Haftung), die von Gemeinden oder anderen kommunalen juristischen Personen oder kommunalen Unternehmen eingerichtet wurden (auf Grund von Art. 43 des Gesetzes über die kommunale Selbstverwaltung.¹⁸⁵

Als Einrichtungen, die gemäß Art. 3 Abs. 1 Punkt 3a PZP verpflichtet sind dieses Gesetz anzuwenden, gelten auch Verbände, die aus einem oder mehreren Auftraggebern gemäß Punkte 1 und 2 oder/und 3 bestehen. Fraglich ist, ob solche Verbände eigene Rechtspersönlichkeiten besitzen müssen. Es scheint, dass die Antwort bejahend sein soll: Denn wenn die Einrichtungen, die den Verband bilden, auf Grund eigener Rechtspersönlichkeit agieren würden, würde diese Regelung keinen Sinn haben. Dann wären lediglich die entsprechenden Vorschriften dieser Einrichtungen anwendbar (also Art. 3 Abs. 1 Punkte 1-3 PZP). Ungewiss ist, ob die Verbände, die unter anderem aus Einrichtungen bestehen, die den Status des Auftraggebers im Sinne des PZP nicht besitzen, verpflichtet sind, das PZP anzuwenden. Die Antwort sollte auch in diesem Fall bejahend sein. Andernfalls würde diese Vorschrift einen guten Anlass zur Umgehung des PZP bieten.¹⁸⁶

Im Art. 3 Abs. 1 Punkte 4-7 PZP sind noch andere Einrichtungen genannt, die zur Einhaltung der einzelnen Bestimmungen des PZP verpflichtet sind (darunter die Sektorenauftraggeber, Konzessionsinhaber und die Einrichtungen, deren Aufträge aus öffentlichen Mitteln oder durch die in den Punkten 1-3- genannten Einrichtungen finanziert werden). Hinsichtlich Art. 3 Abs. 1 Punkt 6 PZP ist zu bemerken, dass diese Vorschrift eine Ausnahme von der Regel ist, dass nur das Gesetz bestimmt, wer verpflichtet ist, das PZP anzuwenden¹⁸⁷. Laut dieser Vorschrift muss bei allen Einrichtungen (außer Art. 3 Abs. 1 Punkt 1 und 2) das PZP Anwendung finden, wenn für die Finanzierung des Auftrags diese Mittel eingesetzt werden, deren Vergabe von der Anwendung des in PZP genannten Vergabeverfahrens abhängig ist.

¹⁸⁵ Dz. U. 1990 Nr 16, Pos. 95, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr 157, Pos.1241.

¹⁸⁶ Baehr/Kwieciński/Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2007), S. 45.

¹⁸⁷ Pieróg, Prawo Zamówień publicznych. Komentarz (2004), S. 38

2.3. Das europäische Recht

2.3.1. Sachlicher Geltungsbereich

Laut Richtlinie 2004/18/EG sind die öffentlichen Aufträge die in Schriftform verfassten entgeltlichen Verträge über die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, welche im Sinne dieser Richtlinie zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern geschlossen wurden.¹⁸⁸ An das Vertragserfordernis sind keine strengen Anforderungen zu stellen und das Tatbestandsmerkmal „Vertrag“ darf nicht ausschließlich im Lichte des jeweiligen nationalen Rechts interpretiert werden.¹⁸⁹

2.3.1.1. Auftragsarten

Öffentliche Bauaufträge sind öffentliche Aufträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig über die Planung und die Ausführung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I (Aufteilung von Baugewerben) genannten Tätigkeiten oder eines Bauwerks oder der Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen. Ein Bauwerk ist das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- oder Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.¹⁹⁰

Öffentliche Lieferaufträge sind andere öffentliche Aufträge als die Bauaufträge; sie betreffen den Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder den Ratenkauf - mit oder ohne Kaufoption - von Waren.¹⁹¹ Mangels eigener Definition der „Waren“ in der Richtlinie 2004/18/EG ist auf den Warenbegriff des AEUV und nicht auf den Begriff „bewegliche Sache“ im Zivilrecht der einzelnen Mitgliedstaaten zurückzugreifen.¹⁹² Unter dem Begriff „Ware“ sind somit körperliche Gegenstände zu verstehen, die Geldwert haben und Gegenstand von Handelsgeschäften sein können.¹⁹³ Sie müssen jedoch nicht notwendigerweise in das Eigentum der öffentlichen Hand übergehen.¹⁹⁴

¹⁸⁸ Art. 1 Abs. 2 a Richtlinie 2004/18

¹⁸⁹ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), S. 156.

¹⁹⁰ Art. 1 Abs. 2 b Richtlinie 2004/18

¹⁹¹ Art. 1 Abs. 2 c Richtlinie 2004/18

¹⁹² Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), S. 186.

¹⁹³ EuGH 10. 12.1968, Rs C-7/68, *Kommission/Italien*; EuGH 9. 07.1992, Rs C-2/90, *Kommission/Belgien*.

¹⁹⁴ EuGH 26.4.1994, Rs C-272/91, *Kommission/Italien*.

Immaterielle Güter und Dienstleistungen stellen keine Waren dar.¹⁹⁵ Im Bezug auf Abgrenzung von Waren und Dienstleistungen ist die Rechtsprechung des EuGH sehr kasuistisch, so dass keine generelle Regeln aufgestellt werden können.¹⁹⁶

Öffentliche Dienstleistungsaufträge sind öffentliche Aufträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II der Richtlinie 2004/18/EG, die keine öffentlichen Bau- oder Lieferaufträge sind.¹⁹⁷ Die Vergaberichtlinie teilt die Dienstleistungen in prioritäre (Anhang II Teil A) und nicht-prioritäre (Anhang II Teil B) Dienstleistungen ein. Auf die prioritäre Dienstleistungen findet die Richtlinie 2004/18/EG volle Anwendung. Für die nicht-prioritären wurde ein erleichtertes Sonderregime vorgesehen.¹⁹⁸

Ergänzend ist noch hinzuzufügen, dass die Richtlinie 2004/18/EG noch die öffentliche Baukonzessionen und Dienstleistungskonzessionen definiert und anschließend normiert. Diese Verträge werden aber unten nicht besprochen.

2.3.1.2. Abgrenzungsregeln

Im Falle von gemischten Aufträgen muss als Erstes geprüft werden, ob die Pflicht zur getrennten Vergabe besteht (wenn eine Zusammenfassung von nicht zusammengehörenden Auftragsgegenständen zur Umgehung der Schwellenwertregelungen führt) oder ein Vergabevorgang als eine einzige Vergabe zu betrachten ist.¹⁹⁹ In dem zweiten Fall ist zunächst festzustellen, ob eine der ausdrücklichen Zuordnungsregeln Anwendung findet.

Laut Richtlinie 2004/18/EG gilt ein öffentlicher Auftrag über die Lieferung von Waren, der das Verlegen und Anbringen lediglich als Nebenarbeiten umfasst, als öffentlicher Lieferauftrag.²⁰⁰ Ein öffentlicher Auftrag, der sowohl Waren als auch Dienstleistungen im Sinne von Anhang II umfasst, gilt als öffentlicher Dienstleistungsauftrag, wenn der Wert der betreffenden Dienstleistungen den Wert der in den Auftrag einbezogenen Waren übersteigt. Ferner gilt als öffentlicher Dienstleistungsauftrag ein öffentlicher Auftrag über die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang II, der Tätigkeiten im Sinne von Anhang I (Aufteilung von Baugewerbe) lediglich als Nebenarbeiten im Verhältnis zum

¹⁹⁵ EuGH 14. 07.1977, Rs C-1/77, *Robert Bosch*, Rn 4.

¹⁹⁶ *Sachs* in *Gruber/Gruber/Sachs*, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 205

¹⁹⁷ Art 1 Abs. 2 d Richtlinie 2004/18/EG

¹⁹⁸ *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), S. 187.

¹⁹⁹ *Egger*, Europäisches Vergaberecht (2008), S. 194- 195.

²⁰⁰ Art. 1 Abs. 2 c Richtlinie 2004/18/EG

Hauptauftragsgegenstand umfasst.²⁰¹ In übrigen Fällen ist als Kriterium der Abgrenzung der Hauptzweck des Auftrags heranzuziehen (sein wesentlicher Gegenstand).²⁰²

2.3.1.3. Schwellenwerte

Ob ein Beschaffungsvorgang dem Regime der Richtlinie 2004/18/EG unterliegt, hängt vom sachkundig geschätzten Auftragswert ab. Somit gilt ab dem 1. Januar 2008²⁰³ diese Richtlinie für die Vergabe öffentlicher Aufträge, deren geschätzter Nettowert ohne Mehrwertsteuer die folgenden Schwellenwerte erreicht oder überschreitet:

- a) 133 000 EUR bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von den im Anhang IV genannten zentralen Regierungsbehörden als den öffentlichen Auftraggebern vergeben werden,
- b) 206 000 EUR bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von anderen als die im Anhang IV genannten öffentlichen Auftraggebern vergeben werden,
- c) 5 150 000 EUR bei öffentlichen Bauaufträgen.

2.3.2. Persönlicher Geltungsbereich

Öffentliche Auftraggeber sind: der Staat, die Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts und die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen.²⁰⁴ Unter dem Begriff Staat sind alle Organe zu verstehen, die die gesetzgebende, die vollziehende und die rechtsprechende Gewalt ausüben.²⁰⁵ In Bezug auf die Bundesstaaten gilt das gleiche für die Organe, die diese Gewalten auf der Ebene der Einzelstaaten ausüben.²⁰⁶ Somit ist der in der Richtlinie 2004/18/EG verwendete Begriff des Staates im funktionellen Sinn zu verstehen ist²⁰⁷ und eine rein formelle, auf die Organisationsform reduzierte Betrachtungsweise relativiert wird.²⁰⁸

Als Einrichtung des öffentlichen Rechts gilt jede Einrichtung, die

²⁰¹ Art. 1 Abs. 2 d Richtlinie 2004/18/EG

²⁰² Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), S. 195.

²⁰³ Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl. L 317 vom 5.12.2007, S. 34-35.

²⁰⁴ Art. 1 Abs. 9 Richtlinie 2004/18/EG

²⁰⁵ Sachs in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 132

²⁰⁶ EuGH 17.09.1998, Rs C 323/96, *Kommission/Belgien*.

²⁰⁷ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, *Beentjes*.

²⁰⁸ Sachs in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 132

- a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurde, die im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben²⁰⁹ nicht gewerblicher Art²¹⁰ zu erfüllen,
- b) Rechtspersönlichkeit besitzt²¹¹ und
- c) überwiegend vom Staat, von Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts finanziert wird²¹², hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch Letztere unterliegt oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die vom Staat, von den Gebietskörperschaften oder von anderen Einrichtungen des öffentlichen Rechts ernannt worden sind.²¹³

Hinsichtlich des Begriffes der Einrichtung des öffentlichen Rechts ist darauf hinzuweisen, dass er im Sinne der Ziele der Richtlinie 2004/18/EG weit auszulegen ist.²¹⁴ Die Erfüllung von den im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art wird meistens zum einen auf eine historische Betrachtungsweise der öffentlichen Einrichtungen abgestellt, zum anderen auf die Betrachtung des jeweiligen (potenziellen) Marktes unter Berücksichtigung der damit verbundenen Auswirkungen auf die Verletzung der Grundfreiheiten der EG.²¹⁵ Fernerhin unterliegt die öffentliche Einrichtung auch dann der Richtlinie 2004/18, wenn die entsprechenden Aufgaben nur einen relativ geringen Teil der Tätigkeiten bilden²¹⁶.

Abschließend ist noch zu erwähnen, dass die nicht erschöpfenden Verzeichnisse der Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts, die diese Kriterien erfüllen, in Anhang III der Richtlinie 2004/18 enthalten sind.

²⁰⁹ Siehe näher EuGH 19.2.1998, Rs C-360/96 *Gemeente Arnhem und Gemeente Rheden*; EuGH 10.12.1991, Rs C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova*; EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96, *Mannesmann*; EuGH 3.10.2000, Rs C-380/98, *University of Cambridge*; EuGH 1.2.2001, Rs C-237/99 *Kommission/Frankreich*; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 *Universale-Bau*; EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00 *Kommission/ Spanien*; EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00, *Adolf Truley*.

²¹⁰ Siehe näher EuGH 10.12.1991, Rs C-179/90 *Genova*; EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01 *Korhonen*.

²¹¹ Siehe näher EuGH 24.4.1994, Rs C-272/91, *Kommission/Italien*.

²¹² Siehe näher EuGH 13.1.2.2007, Rs C-337/06, *Bayerischer Rundfunk*.

²¹³ Art. 1 Abs. 9 Richtlinie 2004/18/EG

²¹⁴ EuGH 15.05.2004, Rs C-214/00 *Kommission/Spanien*; EuGH 27.2.2003, Rs C-373/00 *Adolf Truley*; EuGH 16.10. 2003, Rs C 283/00 *Kommission/Spanien*.

²¹⁵ *Sachs in Gruber/Gruber/Sachs*, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 133.

²¹⁶ EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96, *Mannesmann*; EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01, *Korhonen*.

2.4. Rechtsvergleich

BVergG 2006 und PZP sind sich in Bezug auf den sachlichen sowie den persönlichen Geltungsbereich sehr ähnlich. Diese weitgehende Ähnlichkeit der Vergabegesetze konnte wegen der Umsetzung der Richtlinie 2004/18 in Österreich und Polen erwartet werden.

Die Richtlinie 2004/18/EG definiert im Art. 1 Abs. 2a den Begriff des öffentlichen Auftrags. Diese Definition ist im PZP Art. 2 Z 13 zu finden. Sie entspricht größtenteils der Definition von Richtlinie 2004/18/EG. Die Abweichung liegt darin, dass Art. 2 Z 13 PZP keine Voraussetzung enthält, dass die Verträge in schriftlicher Form abzuschließen sind. Dies wurde jedoch im Art. 139 Abs. 2 PZP vorgesehen (somit bedarf der Leistungsvertrag zwingend der schriftlichen Form, es sei denn, dass andere Vorschriften eine besondere Form verschreiben).

BVergG 2006 enthält hingegen keine Definition des öffentlichen Auftrags. Um festzustellen, was der öffentliche Auftrag ist, müssen mehrere Vorschriften zusammengestellt werden, nämlich §§ 4 bis 6 und §2 Abs. 8 bis 9 BVergG 2006. Entgeltlichkeit ergibt sich aus den Definitionen der einzelnen Aufträgen (§§ 4 bis 6 BVergG 2006), Entgeltlichkeit und Vertraglichkeit aus der Definition des Auftraggebers und Auftragnehmers (§2 Abs 8 bis 9 BVergG 2006).

Die Begriffe Entgeltlichkeit und Vertraglichkeit sind ähnlich in BVergG 2006 und PZP zu verstehen. Beide stammen aus der Richtlinie 2004/18/EG und sind europarechtskonform weit auszulegen. Entgeltlichkeit bedeutet, dass für die Leistung nicht nur das Geld sondern irgendein Vermögensvorteil erlangt wird. Entgeltlichkeit ist mit dem Auftraggeberbegriff verbunden, in dem die Vergabegesetze nur die Fälle von Leistungserbringung umfassen, wenn der Auftraggeber für die Leistung bezahlt. Die Vertraglichkeit bedeutet, dass die Aufträge nicht in einer anderen Art und Weise als aufgrund eines Vertrags zu vergeben sind. Dennoch dürfen nicht andere Rechtsgeschäfte zur Umgehung des Vergaberechts führen und es muss immer geprüft werden, ob die bestimmten Vorgänge einen beschaffungsrechtlichen Bezug haben.

Die Definitionen des Bauauftrags- und des Bauwerksbegriffes im BVergG 2006 sind mit dem Wortlaut entsprechender Definitionen in Richtlinie 2004/18/EG übereinstimmend. Der Begriff des Bauvorhabens wurde in BVergG 2006 nicht definiert. Es wurde aber festgestellt, dass er neben der Erstellung eines Bauwerks auch andere Bauleistungen umfasst, wie z. B. Umbauten, Instandsetzungen und Reparaturen. In Polen wurde den Bauauftragsbegriff abweichend definiert. Erstens wurden die Begriffe Bauvorhaben und

Bauwerk durch das Verweisen auf die Definitionen, die im Gesetz über das Baurecht vom 7. Juli 1994 bestimmt wurden, definiert. Zweitens, bezieht sich die Ausführung sowie die Ausführung und Planung nicht auf die in einem Anhang genannten Tätigkeiten sondern auf das Bauvorhaben. Drittens, umfasst PZP nicht die Erbringung einer Bauleistung sondern eines Bauwerks durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen.

In Bezug auf die Begriffe des Bauvorhabens und des Bauwerks ist festzustellen, dass sie in Polen und Österreich größtenteils die gleiche Bedeutung haben. Die Definition des Bauwerkes hebt hervor, dass das Bauwerk die Herstellung eines funktionsfähigen Ganzen umfasst. In Österreich wurde dies anhand einer allgemeinen, funktionellen Definition erreicht, in Polen hingegen durch die Aufzählung der drei Arten des Bauwerkes. Das Bauvorhaben umfasst in BVergG 2006 sowie in PZP neben dem Bauen (z. B. Erstellung eines Bauwerks) auch andere Bauleistungen (z. B. Umbauten, Reparaturen).

Der wesentliche Unterschied zwischen den Begriffen des Bauauftrags besteht darin, dass in Österreich die Erbringung einer Bauleistung und in Polen die Erbringung eines Bauwerkes als öffentlicher Bauauftrag zu qualifizieren ist. Definition in PZP sei enger als die Definition in BVergG 2006 zu sein und stimmt mit der Richtlinie 2004/18/EG nicht überein. Es kann vermutet werden, dass die Schuld an der Übersetzung der Richtlinie 2004/18/EG in die polnische Sprache liegt. Die polnische Version der Richtlinie 2004/18/EG enthält anstatt (als in deutscher Version) des Begriffes Bauleistung (*usługi budowlane*) den Begriff des Bauwerkes (*obiekt budowlany*).

Schließlich ist zu bemerken, dass die Festlegung des Bauvorhabens- und des Bauwerkbegriffes in PZP durch das Verweisen auf das polnische Baurecht sehr nützlich erscheint. Die Begriffe des Baurechtes sind seit dem Jahr 1994 im Gebrauch und wurden seitdem durch die polnische Rechtslehre und Judikatur gut bearbeitet.

BVergG 2006 sowie PZP setzen den Begriff des öffentlichen Lieferauftrags fast Wort für Wort nach dem Wortlaut der Richtlinie 2004/18/EG um. Einige wichtige Abweichungen betreffen den Warenbegriff. In PZP wurden anstatt Ware (die beweglichen Sachen) mehrere Bezeichnungen angewendet, nämlich Sachen, Rechte und andere Güter. Folglich scheint die polnische Definition der Lieferaufträge weiter als die österreichische zu sein. Überdies, hebt der polnische Gesetzgeber durch das Wort „insbesondere“, dass die Aufzählung der Verträge beispielhaft ist. Dennoch, obwohl der österreichische Gesetzgeber dieses Wort nicht ausdrücklich verwendet, wird diese Aufzählung auch als nicht abschließend betrachtet. Nach Meinung der Rechtslehre ist von einem weiten Begriff des Lieferauftrags auszugehen und der Lieferauftrag ist funktionell auszulegen.

Die Definition der öffentlichen Dienstleistungsaufträge stellt in PZP die Wiederholung der Richtlinie 2004/18/EG dar. Wichtig ist, dass PZP keine Liste der Dienstleistungsaufträge enthält und unmittelbar auf den Anhang II der Richtlinie 2004/18/EG verweist. BVergG 2006 enthält hingegen die eigene Liste von Dienstleistungsaufträgen und unterscheidet zwischen den prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungsaufträgen. Die Abgrenzung zwischen dem prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen ist von Bedeutung, weil auf die prioritäre und nicht-prioritäre Dienstleistungen verschiedene Regelungsregime des BVergG 2006 anzuwenden sind. PZP unterscheidet an dieser Stelle zwischen den Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil A und Teil B der Richtlinie 2004/18/EG nicht. Die Dienstleistungen gemäß Anhang II Teil B wurden aber bei den Einschränkungen des Geltungsbereichs des PZP berücksichtigt.

Abschließend ist zu bemerken, dass den Begriff der öffentlichen Dienstleistungsverträgen in PZP sowie BVergG 2006 gegenüber dem Begriff der Bau- und Lieferleistungen als subsidiär zu betrachten ist. Somit kommt den Dienstleistungsaufträgen in den beiden Ländern eine Auffangfunktion zu.

Hinsichtlich der Abgrenzungsregeln ist zu bemerken, dass sie in PZP größtenteils abweichend von Richtlinie 2004/18/EG und dem österreichischen Vergaberecht bestimmt sind. Die Abgrenzungsregeln decken sich im Bezug auf Aufträge, die sowohl Lieferungen als auch Dienstleistungen umfassen und in Bezug auf Aufträge - die sowohl Lieferungen als auch Dienstleistungen - die lediglich in der Verteilung oder Installation der gelieferten Sache oder eines anderen Gutes bestehen. Das BVergG 2006 sowie die Richtlinie 2004/18/EG enthalten keine Abgrenzungsregel für Bau- und Lieferaufträge. Im Fall einer Mischung von Bau- und Lieferleistungen schlägt die österreichische Rechtslehre vor, die Warenlieferungen, welche fest mit einem Bauwerk verbunden sind und für die Funktion des Bauwerks notwendig sind, den Bauaufträgen zuzuordnen. In Polen sieht das PZP ausdrücklich vor, dass wenn der Auftrag sowohl Bauleistungen als auch die zu deren Ausführung unerlässlichen Lieferungen umfasst, dann sind auf Vergabe dieses Auftrags die Vorschriften über die Vergabe von Bauleistungen anzuwenden.

Im Allgemeinen muss jedoch hervorgehoben werden, dass PZP eine Möglichkeit zulässt, dass ein Auftrag gleichzeitig Lieferungen und Dienstleistungen oder gleichzeitig Bauleistungen und Dienstleistungen erfassen kann. In diesem Fall sind auf Vergabe des Auftrags grundsätzlich die Vorschriften anzuwenden, die auf den Auftrag dessen wertmäßiger Anteil an dem betreffenden Auftrag am größten ist, Anwendung finden. Die übrigen Abgrenzungsregelungen, darunter die oben erwähnten Regelungen, die sich mit dem

österreichischem Vergaberecht und der Richtlinie decken, sind nur unter bestimmten Umständen zu berücksichtigen.

Schließlich ist zu bemerken, dass PZP eine zusätzliche Abgrenzungsregel enthält, die in BVergG 2006 und Richtlinie 2004/18/EG nicht zu finden ist. Es handelt sich um die Aufträge, die sowohl Dienstleistungen als auch die zu deren Ausführung unerlässlichen Bauleistungen umfassen. In diesem Fall sind die Vorschriften über die Vergabe von Dienstleistungen anzuwenden.

In Hinsicht auf sachlichen Geltungsbereich ist noch hinzuzufügen, dass sowohl BVergG 2006 als auch PZP grundsätzlich für alle Auftragsarten im OSB sowie im USB gelten und die Schwellenwerte für die Abgrenzung der beiden Bereiche der Richtlinie 2004/18/EG und der Verordnung Nr. 1422/2007/EG entsprechen. Außerdem sehen sowohl BVergG 2006 als auch PZP viele Vereinfachungen im USB vor (z. B. in der Wahl des Vergabeverfahrens und bei den Bekanntmachungen). Der wichtigste Unterschied liegt darin, dass PZP nur auf die Vergabe von Aufträgen anzuwenden ist, deren Wert in Złoty den ausgedrückten Gegenwert des Betrages von 14 000 Euro übersteigt und das im Falle von Bauleistungsaufträgen, deren Wert den in Złoty ausgedrückten Gegenwert des Betrages von 20 000 000 Euro (bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 10 000 000 Euro) übersteigt, einige Verschärfungen in PZP vorgesehen sind.

Bezüglich des persönlichen Geltungsbereiches ist zu sagen, dass BVergG 2006 und PZP stark von der Richtlinie 2004/18/EG und der Rechtsprechung des EuGH geprägt sind. Die beiden Regelungen sind einander ähnlich, indem sie den Begriff des öffentlichen Auftraggebers und der Einrichtungen des öffentlichen Rechts von der Richtlinie 2004/18 EG übernehmen. Demzufolge umfassen die entsprechenden Vorschriften des BVergG 2006 und des PZP die gleichen Einrichtungen, die sich zwar in Name und Form unterscheiden, funktionell jedoch als äquivalent bezeichnet werden können.

Der wichtigste Unterschied zwischen dem polnischen und dem österreichischen Vergabegesetz im Bezug auf den persönlichen Geltungsbereich liegt in der Technik der Regelung. Der österreichische Gesetzgeber hat sich an dem funktionellen Verständnis des Auftraggeberbegriffes orientiert. Aus diesem Grund enthält §3 Abs. 1 Punkt 2 BVergG 2006 keine umfassende Liste öffentlicher Auftraggeber in weiterem Sinn, sondern viele unbestimmten Gesetzesbegriffe, anhand derer die funktionelle Zurechnung zu dieser Kategorie vorzunehmen ist. In Polen ist der Art. 3 Abs. 1 Punkt 3 PZP dem §3 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 sehr ähnlich, umfasst jedoch inhaltlich weniger Einrichtungen. Denn dem Art.

3 Abs. 1 Punkt 1 und 2 PZP sind fast alle Organisationseinheiten gesetzlich zugeschrieben, die theoretisch auch dem Art. 3 Abs. 1 Punkt 3 unterliegen könnten.

Abschließend ist noch zu bemerken, dass theoretisch in Polen mehr Einrichtungen als in Österreich der Vergabeordnung unterliegen können. Denn dem Art. 3 Abs. 1 Punkt 6 PZP zufolge gibt es überdies Einrichtungen, die das PZP bei der Vergabe der Aufträge anwenden müssen, wenn für die Finanzierung des Auftrags solche Mittel eingesetzt werden, deren Vergabe von der Anwendung des in PZP genannten Vergabeverfahrens abhängig ist.

3. Grundsätze des Vergabeverfahrens

3.1. Das österreichische Recht

Im 5. Abschnitt des BVergG 2006 sind im § 19 die Grundsätze des Vergabeverfahrens normiert. Die vergaberechtlichen Grundsätze sind programmatisch vorangestellt, so dass eine nähere Ausgestaltung erfahren sie durch die einzelne Bestimmungen des BVergG 2006 und die Rechtsprechung der Vergabekontrollanrichtungen sowie EuGH.²¹⁷ Gleichzeitig sind diese Grundsätze zur Auslegung der Bestimmungen des BVergG 2006 bezüglich sämtlichen Verfahren heranzuziehen²¹⁸ und bilden in der Praxis eine Orientierungshilfe für die Beurteilung der Rechtskonformität einer Handlung im Rahmen des Vergabeverfahrens²¹⁹. Sie haben jedoch keinen selbständig justiziablen Charakter. Dies bedeutet, dass bei Fehlen einer entsprechenden Bestimmung in BVergG 2006 eine konkrete Handlung oder Unterlassung des Auftraggebers nicht allein aus diesen Grundsätzen abgeleitet werden kann.²²⁰ Wichtig ist noch hinzuzufügen, dass die einzelnen Grundsätze nicht isoliert nebeneinander, sondern miteinander in unmittelbarer Verbindung stehen und dementsprechend anzuwenden sind.²²¹

§19 Abs. 1 BVergG 2006 enthält einen Überblick allgemeiner Grundsätze für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen und weist explizit auf die Anwendung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten hin. Auf diese Weise wird ansonsten zum Ausdruck gebracht, dass diese Freiheiten den Maßstab für die Auslegung des vergaberechtlichen Normtatbestands bilden.²²² Gemäß Abs. 1 sind Vergabeverfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Laut Abs. 2 bleibt dennoch die völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlung von Bewerbern und Bietern aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder des Warenursprungs von Abs.1 unberührt.

²¹⁷ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 177.

²¹⁸ Erläuterungen zu §19, Hoffer/Barbist/Innerhofer, Bundesvergabegesetz 2006 (2006), S. 73; BVA 8.4.2009, N/0016- BVA/04/2009-15; BVA 12.05.2009, N/0026-BVA/02/2009-15, RIS.

²¹⁹ Werschitz/ Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S.42

²²⁰ Gölls in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 516.

²²¹ Werschitz/ Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S. 42.

²²² Werschitz/ Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S.42.

3.1.1. Gleichbehandlungsgebot

Das vergaberechtliche Gleichbehandlungsgebot ist im gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot gewurzelt.²²³ Überdies, wurde dieses Gebot in Österreich durch verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz beeinflusst.²²⁴ Das Gleichbehandlungsgebot gebietet eine Gleichstellung aller Bieter eines Vergabeverfahrens und fordert, dass die Vergabeentscheidung auf einem objektiven Vergleich der Angebote beruht.²²⁵

Das Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter beinhaltet zwei wesentliche Komponente: das Verbot der völkerrechtlichen Diskriminierung (bei Bietern aus unterschiedlichen Ländern) sowie der Inländerdiskriminierung.^{226, 227} Die erste Komponente betrifft vor allem Anbieter innerhalb der EU. Sie kommt auch in Frage wenn das GPA der WTO oder andere internationale Übereinkommen zur Anwendung gelangen. Die zweite Komponente bezieht sich auf die Situation, wenn Inländer im Verhältnis zu anderen EU Bürgern benachteiligt werden würden.²²⁸

Das Gleichbehandlungsgebot findet seine Konkretisierung in Vorschriften des BVergG 2006 bezüglich Unzulässigkeit einer gebietsmäßigen Beschränkung oder einer Beschränkung der Teilnahme an dem Vergabeverfahren auf einzelne Berufsstände,²²⁹ Kommunikationsmittelauswahl zur Informationsübermittlung,²³⁰ Ausschluss wegen Beteiligung an der Erarbeitung der Unterlagen,²³¹ Verbot von Lokalpräferenzen,²³² Verhandlungsverbot,²³³ Beschränkung der Erörterungen bei Alternativ- und Abänderungsangeboten²³⁴.

²²³ Holoubek/Fuchs/ Weinhandl, Vergaberecht (2005), S.75.

²²⁴ Holoubek/Fuchs/ Weinhandl, Vergaberecht (2005), S.75.

²²⁵ Göller in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 518.

²²⁶ Vgl. BVA 28.1.2002, N-127/01-29, ZVB 2002, 102.

²²⁷ Werschitz/ Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S.45.

²²⁸ Werschitz/ Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S.45.

²²⁹ § 19 Abs. 3 BVergG 2006

²³⁰ § 43 Abs. 2 BVergG 2006

²³¹ § 20 Abs. 5 BVergG 2006

²³² § 19 Abs. 3 BVergG 2006

²³³ § 101 Abs. 3 und §104 Abs.2 BVergG 2006

²³⁴ § 127 Abs. 2 BVergG 2006

3.1.2. Wettbewerbsgrundsatz

Der Wettbewerbsgrundsatz gründet sich auf der Annahme, dass wenn im Vergabeverfahren eine möglichst große Anzahl von Teilnehmern miteinander konkurriert, dann wird dadurch ein möglichst günstiges Angebot erzielt.²³⁵ Somit sollte das Vergabeverfahren unter den gleichen Bedingungen für alle Bewerber verlaufen und es sollte für jeden die Möglichkeit bestehen, das für seine Verhältnisse das beste Angebot zu legen.

Der freie Wettbewerb betrifft das Verhältnis Auftraggeber - Bewerber/Bieter und setzt die Schaffung gleicher Bedingungen aller Teilnehmer an Vergabeverfahren voraus. Somit ist der Auftraggeber verpflichtet, den Auftrag nur nach objektiven Kriterien zu vergeben und darf keine ungerechtfertigten Beschränkungen (z. B. hinsichtlich der Zugangs- oder Ausübungsrestriktionen) einführen, so dass kein Bieter bevorzugt oder diskriminiert wird.²³⁶ Der laute Wettbewerb betrifft hingegen das Verhältnis zwischen den Bewerbern/Bieter und ist dann nicht gegeben, wenn ein Unternehmer z. B. durch Bestechung, Preisabsprache mit bestimmten Mitkonkurrenten, einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil zu erlangen sucht.²³⁷

Wettbewerb in Vergabeverfahren kann verzerrt werden, wenn durch Beteiligung an Vorarbeiten einer späteren Auftragsleistung ein Unternehmen Informationsvorsprung erhielt. Folglich, sind Unternehmer, die an der Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren unmittelbar oder mittelbar beteiligt waren grundsätzlich von der Teilnahme am Vergabeverfahren um diese Leistung auszuschließen.²³⁸ Weiter findet der Wettbewerbsgrundsatz seine Konkretisierung durch Vorschriften des BVergG 2006 bezüglich der Ausschreibungsgestaltung,²³⁹ eindeutiger, vollständiger und neutraler Beschreibung der Leistung,²⁴⁰ des Verhandlungsverbotes,²⁴¹ der Erörterungsbeschränkung²⁴² und des Ausscheidens von Angeboten²⁴³.

Nicht zu vergessen ist auch, dass das Wettbewerbsprinzip mit dem Thema Geheimhaltungspflicht verbunden ist. Gemäß §23 Abs. 1 BVergG 2006 haben Auftraggeber,

²³⁵ Werschitz/ Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S.43.

²³⁶ Werschitz/ Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S.43.

²³⁷ Erläuterungen zu §19, Hoffer/Barbist/Innerhofer, Bundesvergabegesetz 2006 (2006), S. 73.

²³⁸ § 20 Abs. 5 BVergG 2006

²³⁹ § 79 Abs. 3 BVergG 2006

²⁴⁰ § 96 Abs. 1 und 3 BVergG 2006

²⁴¹ § 101 Abs.3 und §104 Abs. 2 BVergG 2006

²⁴² § 127. Abs. 2 BVergG 2006

²⁴³ § 129 Abs.1 Z 1, Z 3 und 8 BVergG 2006

Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren.²⁴⁴ Grundsätzlich dürften Auftraggeber keine ihnen von Unternehmen übermittelten und von diesen als vertraulich bezeichneten Informationen weitergeben. Dies betrifft insbesondere technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse sowie vertrauliche Aspekte der Angebote.²⁴⁵

3.1.3. Vergabe nur an geeignete Bieter

Die Auftragsvergabe soll nur an geeignete Bieter also befugte²⁴⁶, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer erfolgen.²⁴⁷ Dennoch die völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlung von Bewerbern und Bietern aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder des Warenursprungs bleibt von dieser Vorschrift unberührt.²⁴⁸ Eine Konkretisierung von diesem Grundsatz ist in §§ 68-76 des BVergG 2006 zu finden. Dementsprechend kann der Auftraggeber von Teilnehmern des Vergabeverfahrens bestimmte Nachweise verlangen, dass ihre berufliche Befugnis, berufliche Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, sowie technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.²⁴⁹

Die **berufliche Befugnis** orientiert sich an gewerbliche Berechtigungen sowie die Befähigung zur Ausübung bestimmter Freiberufe.²⁵⁰ Die **berufliche Zuverlässigkeit** bedeutet, dass keine Ausschlussgründe gemäß § 68 Abs.1 BVergG 2006 vorliegen.²⁵¹ Somit hat der Auftraggeber die Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn:

1. der Auftraggeber Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung gegen sie oder – sofern es sich um juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt – gegen in deren Geschäftsführung tätige physische Personen hat, die einen der folgenden Tatbestände betrifft: Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation (§278a StGB²⁵²), Bestechung (§§302, 307, 308 und 310 StGB; §10 UWG²⁵³), Betrug (§§146

²⁴⁴ Vgl. auch BVA 19.3.2001, N-12/01-32; N-16/01-23; N-17/01-21, RdW 2001/239.

²⁴⁵ § 23 Abs. 2 BVergG 2006

²⁴⁶ Siehe näher VwGH 10.12.2009, 2009/04/0250, RIS.

²⁴⁷ § 19 Abs. 1 BVergG 2006

²⁴⁸ § 19 Abs. 2 BVergG 2006

²⁴⁹ § 70 Abs. 1 BVergG 2006

²⁵⁰ Werschitz/ Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S.47.

²⁵¹ § 72 Abs. 1 BVergG 2006

²⁵² Bundesgesetz vom 23.01.1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), BGBl. Nr. 60/1974, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 142/2009.

ff StGB), Untreue (§153 StGB), Geschenkkannahme (§153a StGB), Förderungsmisbrauch (§153b StGB) oder Geldwäscherei (§165 StGB) bzw. einen entsprechenden Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes in dem der Unternehmer seinen Sitz hat;

2. gegen sie ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde;
3. sie sich in Liquidation befinden oder ihre gewerbliche Tätigkeit einstellen oder eingestellt haben;
4. gegen sie oder – sofern es sich um juristische Personen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt – gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt;
5. sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;²⁵⁴
6. sie ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, nicht erfüllt haben, oder
7. sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend der Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.

Erläuternd ist noch hinzuzufügen, dass im Bezug auf die genannte Ausschlussgründe BVergG 2006 einige Ausnahmen von vorerwähnten enthält.²⁵⁵ Sie werden jedoch hierher nicht besprochen.

Das BVergG 2006 spricht noch von Nachweisen der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen **Leistungsfähigkeit**. Folglich kann der Auftraggeber für die Bestätigung der

²⁵³ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl.Nr. 448/1984, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 79/2007.

²⁵⁴ Vgl. VwGH 18.03.2009, 2007/04/0234, RIS.

²⁵⁵ § 68 Abs. 2 und 3 BVergG 2006

finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit insbesondere folgendes verlangen: eine entsprechende Bankerklärung, einen Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung, die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, eine Erklärung über den Gesamtumsatz.²⁵⁶ Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit kann der Auftraggeber laut §75 Abs. 1 BVergG 2006 je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen, die in Abs. 5 bis 7 dieses Paragraphen angeführten Nachweise verlangen. Bei Lieferaufträgen handelt es sich z. B. um eine Liste wesentlicher in den letzten drei Jahren erbrachter Lieferungen; eine Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen des Unternehmers zur Qualitätssicherung, Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen. Bei Bauaufträgen kann der Auftraggeber als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit unter anderem eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen, Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, Ausbildungsnachweise über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers verlangen. Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können bei Dienstleistungsaufträgen beispielsweise folgende Unterlagen verlangt werden: eine Liste wesentlicher in den letzten drei Jahren erbrachter Dienstleistungen; eine Beschreibung der technischen Ausrüstung; Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Dienstleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt.

3.1.4. Vergabe zu angemessenen Preisen

Ferner sieht BVergG 2006 vor, dass die Vergabe zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat. Dieser Grundsatz ist mit dem Bestbieterprinzip verbunden.²⁵⁷ Nach § 130 BVergG 2006 ist von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot **oder** dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Obwohl sich aus dieser Vorschrift freie Wahlmöglichkeit zwischen den beiden Zuschlagsprinzipien ergibt, wird sie an anderer Stelle

²⁵⁶ § 74 Abs. 1 BVergG 2006

²⁵⁷ Werschitz/ Ragöfnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S.47.

eingeschränkt.²⁵⁸ Denn gemäß § 80 Abs. 3 BVergG in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben ist, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – **sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist** – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Dies bedeutet also, dass eine Vergabe ausschließlich nach dem Kriterium niedrigster Preis nur unter bestimmten Voraussetzungen möglich ist.

Ferner ist zu erwähnen, dass Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen, noch vor der Wahl der Offerte für die Zuschlagsentscheidung ausgeschieden werden müssen.²⁵⁹ Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.²⁶⁰ Bei dieser Prüfung ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.²⁶¹ Ansonsten sieht das BVergG 2006 vor, dass der Auftraggeber eine Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und sie vertieft prüfen muss, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen, oder begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.²⁶² Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen ob die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind.²⁶³

3.1.5. Tatsächliche Vergabeabsicht

§19 Abs. 4 BVergG 2006 betrifft die tatsächliche Vergabeabsicht des Auftraggebers. Demzufolge sind Verfahren zur Vergabe von Aufträgen nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Es handelt sich nicht nur um ein subjektives Wollenselement, sondern auch um die objektive Möglichkeit, das beabsichtige Vergabeverfahren durchzuführen.²⁶⁴ Somit ist dem Auftraggeber insbesondere untersagt, Vergabeverfahren nur zu dem Zweck durchzuführen, sich durch das Verfahren

²⁵⁸ Schwarz, Der Sinn des Bestbieterprinzips, ZVB 2002/98.

²⁵⁹ §129 Abs.1 Z 3 BVergG 2006

²⁶⁰ §125 Abs.1 BVergG 2006

²⁶¹ §125 Abs. 2 BVergG 2006

²⁶² §125 Abs. 3 BVergG 2006

²⁶³ §125 Abs. 4 BVergG 2006

²⁶⁴ BVA 3.04.2003, 10F-14/02-25, RIS.

Lösungsvorschläge zu beschaffen oder Preisvergleiche anzustellen.²⁶⁵ Darüber hinaus muss die tatsächliche Durchführung mit der Vorsorge für technische und finanzielle Abwicklung verbunden sein. Dies heißt, dass der Auftraggeber für den Projekt über ausreichende budgetäre und personelle Ressourcen verfügen muss.²⁶⁶

Abschließend ist noch zu bemerken, dass der Grundsatz der tatsächlichen Vergabeabsicht nicht bedeutet, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden. Das Verfahren muss vor allem zu Ende geführt werden, so dass es mit dem Zuschlag oder Widerruf beendet wird.²⁶⁷

3.1.6. Umweltgerechtheit der Leistung und Berücksichtigung sozialpolitischer Belange

§19 Abs. 5 BVergG 2006 bezieht sich auf die Umweltgerechtheit der Leistung. Demzufolge ist im Vergabeverfahren auf die Umweltgerechtheit der Leistung Bedacht zu nehmen. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung technischer Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug erfolgen. In Abs. 5 wurden einige Phasen des Vergabeverfahrens genannt, in denen eine Verwirklichung der ökologischen Beschaffung besonders vielversprechend ist. Dennoch müssen schon bei Festlegung des Auftragsgegenstands (bei der Ausschreibung) ökologische Aspekte ausreichend berücksichtigt werden. Andernfalls kann dieser Mangel nicht oder kaum mehr in weiteren Phasen (z. B. bei Zuschlagskriterien) korrigiert werden.²⁶⁸

Ferner können die öffentliche Aufträge unter Berücksichtigung sozialpolitischer Belange erteilt werden.²⁶⁹ Folglich, kann unter anderem auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern 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 verwirklicht werden.

²⁶⁵ Erläuterungen zu §19, *Hoffer/Barbist/Innerhofer*, Bundesvergabegesetz 2006 (2006), S. 74.

²⁶⁶ Erläuterungen zu §19, *Hoffer/Barbist/Innerhofer*, Bundesvergabegesetz 2006 (2006), S. 74.

²⁶⁷ BVA 20.4.2002, N-136/01-41, ZVB 2002/94, 253.

²⁶⁸ Erläuterungen zu §19, *Hoffer/Barbist/Innerhofer*, Bundesvergabegesetz 2006 (2006), S. 74.

²⁶⁹ § 19 Abs. 6 BVergG 2006

Die Grundsätze der Bedachtnahme auf Umwelt- und Sozialbelange finden ihre Konkretisierung durch einzelne Vorschriften des BVergG 2006 (z. B. durch: § 68 Abs. 1 Z 6, § 72, § 96 Abs. 4, § 98 Abs. 6, § 99 Abs. 1 Z 13).

Abschließend ist zu bemerken, dass sowohl die Berücksichtigung der Umwelt- als auch Sozialfaktoren nur unter Bedachtnahme der vorangegangenen Grundsätzen erfolgen kann, weil sie als sekundäre Ziele zu betrachten sind.²⁷⁰

3.1.7. Vertraulichkeits-Prinzip

Das Vertraulichkeits-Prinzip ist ein vom Wettbewerbsprinzip abgeleiteter Grundsatz und sein Wesen besteht darin, dass dem Auftraggeber sowie den an dem Vergabeverfahren Beteiligten, die Wahrung der Vertraulichkeit von schutzwürdigen Angaben und Unterlagen geboten ist.²⁷¹ Die Konkretisierung dieses Prinzips erfolgt durch verschiedene Bestimmungen des BVergG 2006. Von Bedeutung sind z. B. folgende Vorschriften: §101 Abs. 2 (Geheimhaltung der am offenen Verfahren interessierten Unternehmen), §103 Abs. 5 (Beschränkung der Einsicht in die Niederschrift über die Prüfung der Teilnahmeanträge), §§104 Abs. 3, 105 Abs. 6 (Geheimhaltung der zur Angebotsabgabe eingeladenen Bieter), §23 Abs. 3 (Beschränkung der Weitergabe von Ausarbeitungen von Bietern oder Bewerbern), §117 Abs. 2 (Verschwiegenheit über eingelangte Angebote), §118 Abs. 5 (Beschränkung der Vorlesung von Angaben aus Angeboten), §128 Abs. 3 (Beschränkung der Ansicht in der Niederschrift über die Prüfung von Angeboten).

3.1.8. Transparenzgebot

Das Transparenzgebot ist nicht im § 19 genannt, aber das BVergG 2006 wird diesem Grundsatz durch Bekanntmachungs- und Dokumentationsverpflichtungen bei sämtlichen Verfahrensarten weitestgehend gerecht.²⁷² Dieses Gebot ergibt sich auch aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgebot bzw. dem Diskriminierungsverbot.²⁷³ Bei dem Transparenzgebot

²⁷⁰ Erläuterungen zu §19, *Hoffer/Barbist/Innerhofer*, Bundesvergabegesetz 2006 (2006), S. 74-75; *Holoubek/Fuchs/Weinhandl*, Vergaberecht (2005), S.85.

²⁷¹ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 524.

²⁷² *Werschitz/ Ragofnig*, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S. 48.

²⁷³ *Holoubek/Fuchs/Weinhandl*, Vergaberecht (2005), S.80.

handelt es sich um einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit zugunsten potentieller Bieter, der den Markt dem Wettbewerb öffnet und eine objektive Nachprüfung fördert.²⁷⁴

3.2. Das polnische Recht

Grundsätze des Vergabeverfahrens stellen die Hauptregeln des PZP dar, die weitgehenden Auswirkungen aufweisen und das gesamte Vergabeverfahren durchdringen (alle Arten der Auftragsvergabe sowie alle Arten der Aufträge).²⁷⁵ Im Zweifelsfall bezüglich Auslegung der einzelnen Vorschriften des PZP, sind diese Grundsätze zu berücksichtigen. Anders ausgedrückt, jede Unklarheiten sollen so interpretiert werden, dass kein von den Grundsätzen verletzt wird.²⁷⁶

Zu den grundlegenden Grundsätzen des polnischen Vergabeverfahrens zählt man den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Auftragnehmer.²⁷⁷ Sie fördern die Verwirklichung der Ziele des PZP; eine effektive und wirtschaftliche Verfügung über öffentliche Mittel sowie die Gewährleistung allen Unternehmen den Zugang zu den öffentlichen Aufträge.

In Polen sind Grundsätze des Vergabeverfahrens im 2. Abschnitt des PZP geregelt. Laut Art. 7 Abs. 1 PZP ist das Leistungsvergabeverfahren durch den Auftraggeber entsprechend den Grundsätzen des lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Unternehmer vorzubereiten und durchzuführen.

3.2.1. Grundsatz des lauterer Wettbewerbs

Die Verpflichtung des Auftraggebers, sich an den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs zu halten, kommt in einzelnen Institutionen und Lösungskonzepten des PZP zum Ausdruck. Es handelt sich insbesondere um Vorschriften über die Beschreibung der Leistung²⁷⁸, über die Spezifikation der wesentlichen Auftragsbedingungen,²⁷⁹ und über die Teilnahmebedingungen

²⁷⁴ Holoubek/Fuchs/Weinhandl, Vergaberecht (2005), S.80.

²⁷⁵ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 75.

²⁷⁶ Winiarz in Hartung/Landański/Stodolak/Stręciwilk/Winiarz, Zamówienia publiczne po nowelizacji (2007), S. 109.

²⁷⁷ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 75.

²⁷⁸ Art. 29 Abs. 2 PZP

²⁷⁹ Art. 36 PZP

am Vergabeverfahren²⁸⁰. Der Gewährleistung des lauterer Wettbewerbs dienen Vorschriften des PZP, die den Zugang zu der Information über die Einleitung des Vergabeverfahrens regeln sowie das Verbot der Modifizierung der Spezifikationen der wesentlichen Auftragsbedingungen einführen.²⁸¹ Weiter ist dieser Grundsatz durch Vorschriften über das Ausschließen von Bewerbern, die nicht die Abgabe der lauterer und soliden Angebote sicherstellen können,²⁸² über das Ausscheiden von Angeboten, deren Abgabe einen Vorgang des unlauteren Wettbewerbs darstellt²⁸³ sowie über das Ausscheiden von Angeboten, die einen ungewöhnlich niedrigen Preis aufweisen²⁸⁴ gewährleistet.

Neben den Vorschriften des PZP, die den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs gewährleisten sollen, sind die Auftraggeber auch verpflichtet das Gesetz vom 16. April 1993 über Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs zu beachten (unmittelbar im Falle von Art. 8 Abs. 3 und Art. 89 Abs. 1 Punkt 2 PZP). Dieses Gesetz definiert den Akt des unlauteren Wettbewerbs als Handlung, die gegen Recht und/oder gute Sitten verstößt und zugleich Interesse eines anderen Unternehmers oder Kunden gefährdet oder verletzt. Das Gesetz über Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs enthält der Katalog der exemplarischen Handlungen unlauteren Wettbewerbs. Es handelt sich beispielsweise um: irreführendes Kennzeichen eines Unternehmens, irreführendes Kennzeichen der Waren und/oder Leistungen, Verletzung von Unternehmensgeheimnissen, Veranlassen zum Auflösen und/oder zur Nichtausführung eines Vertrags, fälschliches Beschuldigen und/oder unlauteres Anpreisen, Erschweren des Marktzugangs und Bestechung von Bediensteten.

Im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe sind vor allem zwei Handlungen von Bedeutung: das Erschweren des Marktzugangs und die Verletzung von Unternehmensgeheimnissen. Um festzustellen, ob es sich um Erschweren des Marktzugangs durch einen „ungewöhnlich niedrigen Preis“ handelt, ist der Auftraggeber verpflichtet, die Angebote der Auftragnehmer zu prüfen. Anders gesagt, muss er prüfen, ob die Waren und/oder Leistungen unter den Herstellung- oder Leistungskosten zum Zweck der Eliminierung anderer Unternehmer angeboten wurden (Art. 89 Abs. 1 Punkt 3 und Art. 90 PZP).

²⁸⁰ Art. 22 Abs. 2 PZP

²⁸¹ Art. 35 Abs. 5 PZP

²⁸² Art. 24 Abs. 1 und 2 PZP

²⁸³ Art. 89 Abs. 1 Punkt 3 PZP

²⁸⁴ Art. 89 Abs. 1 Punkt 4 und Art. 90 PZP

3.2.2. Gleichbehandlungsgebot

Der Grundsatz der Gleichbehandlung in PZP bedeutet, dass der Auftraggeber alle sich um den Auftrag bewerbenden Unternehmer gleich, also ohne Präferenzen und Ermäßigungen zu behandeln hat²⁸⁵ und dass er keine diskriminierende Kriterien einsetzen darf. Der Grundsatz der Gleichbehandlung bedeutet, dass alle Bewerber und Bieter, die sich in gleicher oder ähnlicher Situation befinden, gleich zu behandeln sind.²⁸⁶ Dies bedeutet jedoch nicht, dass ihre Teilnahmeanträge oder Angebote identisch beurteilt werden sollen. Außerdem gewährleistet dieser Grundsatz den gleichen Zugang zu den Informationen sowie die einheitliche Festlegung der Teilnahmebedingungen für alle, die sich um den Auftrag bewerben wollen. Obwohl der Gesetzgeber die Bedingungen der Teilnahme nicht konkretisiert, müssen sie so gestellt werden, damit die Gleichbehandlung aller Auftragnehmer sichergestellt wird. Der Grundsatz der Gleichbehandlung bedeutet aber nicht, dass jeder Bewerber zu der Teilnahme an dem Vergabeverfahren zugelassen wird.

Die Anforderung der Gleichbehandlung ergänzt den Grundsatz des lauter Wettbewerbs.²⁸⁷ Sie sollte in jeder Phase des Vergabeverfahrens gewährleistet werden, unter anderem im Bezug auf Rechtsstatus und Form des Handelns eines Auftragnehmers; Wohnort, Firmensitz oder Ort der Auftragsausführung sowie Eigenschaften eines Auftragnehmers.²⁸⁸

Das Gesetz lässt keine Möglichkeit zu, die lokalen oder regionalen Präferenzen zu berücksichtigen.²⁸⁹ Demzufolge dürfen die Zuschlagskriterien ausschließlich der Preis und andere **Auftragsbezogene** Kriterien betreffen.²⁹⁰ Verbot der Auftragnehmerdiskriminierung auf Grund von ihren Eigenschaften wurde *expressis verbis* im Art. 91 Abs. 3 formuliert, so dass die Zuschlagskriterien nicht auf die Eigenschaften des Unternehmens, insbesondere auf seine wirtschaftliche, technische oder finanzielle Bonität bezogen werden dürfen.

²⁸⁵ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 54.

²⁸⁶ Koba, Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik (2004), S.17.

²⁸⁷ Winiarz in Hartung/Landański/Stodolak/Stręciwilk/Winiarz, Zamówienia publiczne po nowelizacji (2007), S. 112.

²⁸⁸ Winiarz in Hartung/Landański/Stodolak/Stręciwilk/Winiarz, Zamówienia publiczne po nowelizacji (2007), S. 112.

²⁸⁹ Kwieciński in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Łysakowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2006), S. 64.

²⁹⁰ Art. 91 Abs. 2 PZP

3.2.3. Grundsatz der Unbefangenheit und der Objektivität

Gemäß Art. 7 Abs. 2 PZP sind die Handlungen im Zusammenhang mit der Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens durch Personen vorzunehmen, die Unparteilichkeit und Objektivität gewährleisten.

Die institutionelle Garantie der Unbefangenheit und der Objektivität bei der Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens sind im Art. 17 PZP genannt. Somit sind die Personen, die im Zuge des Verfahrens der Auftragsvergabe Handlungen vornehmen, von der Mitwirkung im Verfahren ausgeschlossen, wenn sie sich um die Vergabe des Auftrags bewerben oder in einem bestimmten Verhältnis mit dem Auftragnehmer stehen oder in den letzten drei Jahren vor der Einleitung des Vergabeverfahrens in einem Arbeits- oder Auftragsverhältnis mit dem Auftragnehmer standen oder mit dem Auftragnehmer in einem derartigen rechtlichen oder faktischen Verhältnis stehen, dass eine begründete Besorgnis der Befangenheit dieser Person besteht oder wenn sie rechtskräftig in Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren begangene Straftat, für eine Straftat der Bestechung oder eine Straftat in Wirtschaftsverkehr oder eine andere zur Erlegung von Vermögensvorteilen begangene Straftat verurteilt worden sind.

3.2.4. Auftragsvergabe an den gemäß dem Vergaberecht ausgewählten Auftragnehmer

Gemäß Art. 7 Abs. 3 PZP darf der Auftrag ausschließlich an den gemäß den Vorschriften des Vergaberechts ausgewählten Unternehmer vergeben werden. Dies bedeutet, dass die Auftragsvergabe nur an solchen Auftragnehmer erfolgen darf, der in richtiger Verfahrensart und nach Durchführung aller im Vergaberecht vorgesehenen Tätigkeiten ausgewählt wurde. Überdies bringt dieser Grundsatz mit sich, dass die im Rahmen des Vergabeverfahrens abgeschlossenen Verträge nicht in Bezug auf den Auftragnehmer verändert werden dürfen. Anders ausgedrückt ist die Abtretung auf einen anderen Auftragnehmer nicht möglich. Laut dem Obersten Gerichtshof ist der Personenwechsel im Leistungsvertrag über den öffentlichen Auftrag als ungültig zu betrachten.²⁹¹ Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Personenwechsel auf Auftraggeberseite unzulässig ist, vorausgesetzt,

²⁹¹ SN 13.01. 2004, V CK 97/03 zitiert nach *Stachowiak* in *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski*, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 78.

dass der neue Auftraggeber die Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen in derselben Weise wie seine Vorgänger anwenden muss.²⁹²

3.2.5. Grundsatz der Öffentlichkeit

Art. 8 PZP statuiert den Grundsatz der Öffentlichkeit in Bezug auf das Vergabeverfahren. Im Hinblick auf das Dokumentieren des Vergabeverfahrens und auf Zugang zu den Unterlagen in Vergabeverfahren ergibt sich der Grundsatz der Öffentlichkeit aus Art. 96 Abs. 3 PZP und in Hinsicht auf Leistungsverträge über den öffentlichen Auftrag, setzt ihn Art. 139 Abs. 3 PZP fest.

Gemäß Art. 8 Abs. 1 und 2 PZP ist das Vergabeverfahren öffentlich und der Auftraggeber kann den Zugang zu den mit dem Vergabeverfahren in Zusammenhang stehenden Informationen nur im Gesetz genannten Fällen begrenzen. Der Auftraggeber darf aber keine Informationen übermitteln, die das Unternehmensgeheimnis im Sinne des Vorschriften über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs darstellen, wenn der Auftragnehmer nicht später als in der Zeit der Angebotslegung oder der Legung des Antrags über Zulassung zur Teilnahme an Vergabeverfahren vorbehält, dass diese Informationen nicht weitergegeben werden dürfen.²⁹³ Dies betrifft nicht die Informationen, die im Art. 86 Abs. 4 PZP genannt sind und die bei der Öffnung der Angebote auf jeden Fall anzugeben sind.

Der Öffentlichkeit des Vergabeverfahrens dienen unter anderem die Vorschriften über die Bekanntmachungen der Auftragsvergabe und Berichtsverpflichtungen des Auftraggebers, über Übermittlungs- und Informationspflichten des Auftraggebers, über Öffnung der Angebote sowie über die Gewährleistung des öffentlichen Zugangs zu den Informationen über das Vergabeverfahren. In diesem Zusammenhang wichtig ist noch zu erwähnen, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit die Verwirklichung des Grundsatzes der lauterer Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Auftragnehmer fördert.²⁹⁴

Trotz alldem ist nicht zu vergessen, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit einigen wichtigen Einschränkungen unterliegt. Der Auftraggeber kann den Zugang zu den Informationen, die das Vergabeverfahren betreffen, in gesetzlich bestimmten Fällen einschränken. Überdies, ist - außer der unbeschränkten und beschränkten Ausschreibung - die Vertraulichkeit in anderen Arten der Vergabeverfahren die Regel. Die Parteien dürfen in

²⁹² Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 78.

²⁹³ Art. 8 Abs. 3 PZP

²⁹⁴ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 80.

Verhandlungen mit vorherigen Bekanntmachung ohne Zustimmung der anderen Partei die technischen und kaufmännischen Informationen in Zusammenhang mit den Verhandlungen nicht bekannt geben.²⁹⁵ Das gleiche gilt für den wettbewerblichen Dialog²⁹⁶ und Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung.²⁹⁷ Außerdem ist der Grundsatz der Öffentlichkeit durch Vorschriften über das Unternehmensgeheimnis eingeschränkt.²⁹⁸

Als Unternehmensgeheimnis definiert Art. 11 Abs.4 des Gesetzes über Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs die technischen, technologischen, organisatorischen oder andere Informationen, die einen wirtschaftlichen Wert aufweisen und die nicht öffentlich bekannt gegeben sind und den gegenüber die nötigen Maßnahmen zum Zweck der Vertraulichkeitsbewahrung ergriffen wurden. Dennoch ist es weitgehend unklar, welche Informationen in Vergabeverfahren als vertraulich durch den Unternehmer gekennzeichnet werden können. Ein unrichtiger Vorbehalt der Informationen, die kein Unternehmensgeheimnis darstellen, führt dazu, dass sie durch den Auftraggeber mitgeteilt werden müssen. Denn nicht zu vergessen ist, dass angesichts des Grundsatzes der Öffentlichkeit die Bewahrung der Unternehmensgeheimnisse als Ausnahme von diesem Grundsatz zu betrachten ist und der Schutz des Unternehmensgeheimnisses nicht über diesen Grundsatz hinausgehen darf.²⁹⁹

Schließlich ist zu bemerken, dass es unklar ist, ob Art. 8 Abs. 3 PZP nur das Verfahren über die Vergabe des öffentlichen Auftrags oder auch die Verfahren im Bereich des Rechtsschutzes, insbesondere der Berufungsverfahren vor der Landesberufungskammer sowie vor dem Zivilgericht, betrifft.³⁰⁰

Am Rande ist noch zu erwähnen, dass der Grundsatz der Öffentlichkeit mit dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf den Zugang zu den Informationen über die Tätigkeiten der Organe öffentlicher Gewalt, öffentlicher Funktionäre, der Einheiten der Selbstverwaltung und anderen Personen sowie Einheiten, die die öffentlichen Mitteln bewirtschaften, verbunden ist (Art. 61 Abs. 1 der Verfassung der Polnischen Republik³⁰¹). Dieser verfassungsrechtliche Anspruch ist im Gesetz vom 6. September 2001 über den Zugang zu der öffentlichen Information konkretisiert. Da die Regelungen des PZP in Bezug auf

²⁹⁵ Art. 58 Abs. 3 PZP

²⁹⁶ Art. 60d Abs. 7 PZP

²⁹⁷ Art. 65 PZP

²⁹⁸ Art. 8 Abs. 3 PZP

²⁹⁹ *Winiarz in Hartung/Landański/Stodolak/Stręciwilk/Winiarz, Zamówienia publiczne po nowelizacji* (2007), S. 110.

³⁰⁰ *Kwieciński in: Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Łysakowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2006), S. 69.

³⁰¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej vom 17. April 1997, Dz.U. 1997 Nr 78, Pos. 483, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr 114 Pos.946.

Zugänglichkeit der Informationen über die Vergabeverfahren sich mit dem Regelungsgegenstand des Gesetzes über den Zugang zu der öffentlichen Information zum Teil überschneiden, könnte PZP als *lex specialis* gegenüber diesem Gesetz betrachtet werden.³⁰² Nach Meinung von *Kwieciński* enthält PZP keine allgemeine Verweisung auf das Gesetz über den Zugang zu der öffentlichen Information. Nur im Art. 139 Abs. 3 verweist PZP hinsichtlich der Verträge in Angelegenheiten der Auftragsvergabe auf die Vorschriften dieses Gesetzes.³⁰³

3.2.6. Grundsatz der Schriftlichkeit

Art. 9 Abs. 1 PZP sieht vor, dass das Vergabeverfahren vorbehaltlich der im Gesetz bestimmten Ausnahmefällen unter Einhaltung der schriftlichen Form durchzuführen ist.

Der Grundsatz der Schriftlichkeit betrifft alle Teilnehmer an dem Vergabeverfahren, aber aus dem Wortlaut dieser Vorschrift („durchzuführen ist“) geht hervor, dass die schriftliche Form vor allem die Auftraggeber bewahren müssen. Die Handlungen der Auftragnehmer sollen jedoch auch in dieser Form erfolgen.³⁰⁴ Die Abweichung von dem Grundsatz der Schriftlichkeit ist nur in gesetzlich vorgesehenen Situationen zulässig.

In Bezug auf die Folgen der Nichtbewahrung der schriftlichen Form, muss zwischen den Rechtsgeschäften und den übrigen Tätigkeiten in Vergabeverfahren (z. B. das Übersenden dem abwesenden Auftragnehmer der Informationen, die bei der Eröffnung der Angebote mitgeteilt wurden) zu unterscheiden. Für die Rechtsgeschäfte ist im PZP eine einfache Schriftform im Sinne des Art. 74 ff ZGB vorgesehen. Die Einhaltung einer besonders qualifizierten Form ist danach nicht erforderlich. Bei der einfachen Schriftform handelt es sich um eine Schriftform für die Beweis Zwecke (*ad probationem*), deren Nichteinhaltung im Prozess den Zeugenbeweis sowie den Beweis durch Parteivernehmung hinsichtlich der Vornahme des Rechtsgeschäfts ausschließt. Im Hinblick auf das Angebot wird die Schriftform zwingend vorgeschrieben (*ad solemnitatem*)³⁰⁵ sowie auf Verträge in Angelegenheiten der Auftragsvergabe³⁰⁶. Die Abgabe eines Angebots in mündlicher Form ist danach unwirksam. Bei den übrigen Tätigkeiten in den Vergabeverfahren kann die Nichtbewahrung der schriftlichen Form dazu führen, dass das Vergabeverfahren für nichtig

³⁰² *Stachowiak* in *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski*, *Prawo zamówień publicznych* (2007), S. 80.

³⁰³ *Kwieciński* in: *Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2006), S. 67.

³⁰⁴ *Pieróg*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2007), S. 60.

³⁰⁵ Art. 82 Abs. 2 PZP

³⁰⁶ Art. 139 Abs. 2 PZP

erklärt wird (ein Mangel, der das Abschließen des gültigen Vertrags verhindert) oder der abgeschlossene Vertrag als null und nichtig betrachtet wird (wegen der gravierenden Verletzung der PZP Vorschriften oder einen anderen Verstoß, der Einfluss auf das Verfahrensergebnis hatte).³⁰⁷

Der Grundsatz der Schriftlichkeit dient der Verwirklichung des Grundsatzes der Öffentlichkeit sowie der Bewahrung der Transparenz im Vergabeverfahren. Wichtig ist zu bemerken, dass der Auftraggeber selbst entscheidet, wie Erklärungen, Anträge, Mitteilungen und Informationen übermittelt werden können. Somit kann er die schriftliche Form anordnen sowie das Zuschicken der Unterlagen auf elektronischen Weg oder per Fax verlangen.³⁰⁸ Der Gesetzgeber hat jedoch vorbehalten, dass durch die gewählte Art der Übermittlung der Unterlagen oder Informationen der Wettbewerb nicht behindert werden darf und dass die schriftliche Form immer zulässig ist, wenn nicht anders vorbehalten wurde.³⁰⁹

Wenn der Auftraggeber keine Form gewählt hat, dann ist die schriftliche Form anzuwenden. In Anbetracht dessen kann es nicht angenommen werden, dass eine Zustimmung des Auftraggebers auf die andere Form der Übermittlung der Unterlagen und Informationen mutmaßlich ist.³¹⁰

3.2.7. Grundsatz der polnischen Sprache

Der Grundsatz der polnischen Sprache stellt eine Ergänzung des Grundsatzes der Öffentlichkeit dar. Auf dieser Weise wird gewährleistet, dass alle Bürger den Zugang zu den Informationen über öffentliche Aufträge erhalten und, sie die Angaben verstehen können.³¹¹ Angesichts der Verträge über die öffentlichen Aufträge wird fernerhin das Gesetz vom 7. Oktober 1999 über die polnische Sprache angewendet.³¹² Dieses Gesetz sieht vor, dass auf dem Gebiet Polens die Einheiten, die im Art. 4 des Gesetzes genannt sind, im Rechtsverkehr ohne Beteiligung der Verbraucher, die polnische Sprache verwenden müssen. Das PZP und das Gesetz über die polnische Sprache überschneiden sich in Bezug auf persönlichen

³⁰⁷ *Stachowiak* in *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski*, *Prawo zamówień publicznych* (2007), S. 84.

³⁰⁸ Art. 27 Abs. 1 PZP

³⁰⁹ Art. 27 Abs. 3 PZP

³¹⁰ *Kwieciński* in *Baehr/ Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski*, *Prawo zamówień publicznych*, *Komentarz* (2006), S.70.

³¹¹ *Winiarz* in *Hartung/Landański/Stodolak/Stręciwilk/Winiarz*, *Zamówienia publiczne po nowelizacji* (2007), S. 120.

³¹² Ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim, Dz. U. 1999, Nr.90, Pos. 999, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr 161, Pos. 1280.

Geltungsbereich. Somit sind einige Auftraggeber verpflichtet, die Verträge in Angelegenheiten der Auftragsvergabe auf polnisch abzuschließen.

In Bezug auf einige Unterlagen, die in fremder Sprachen verfasst sind, weisen die Verordnungen zu dem PZP wie ihre Übersetzung angefertigt sein soll (unter anderem die Verordnung des Ministerpräsidenten vom 18. Mai 2006 über Dokumente, die der Auftraggeber von den Auftragnehmern verlangen kann und über Formen, in denen die Dokumente eingereicht werden können).

Bezüglich der Zulässigkeit der fremden Sprachen in den Vergabeverfahren ist anzumerken, dass nur in besonders begründeten Fällen der Auftraggeber genehmigen darf, dass die Stellung des Antrags auf Zulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren, die Abgabe von Erklärungen oder die Vorlage anderer Unterlagen auch in einer der im internationalen Handel allgemein benutzten Sprachen oder in der Sprache des Landes, in das der Auftrag vergeben wird, erfolgt.³¹³ Es gibt jedoch keine einheitlichen Kriterien, welche Sprachen zu den im internationalen Handel benutzen Sprachen gehören. Als Hinweis könnten die Unterlagen der WTO dienen, den gemäß als amtliche Sprachen dieser Organisation Englisch, Französisch und Spanisch zu betrachten sind.³¹⁴ Es scheint jedoch, dass diese Aufzählung in Bezug auf öffentliche Aufträge nicht umfassend ist und die internationale Praxis bezüglich des Auftragsgegenstands berücksichtigt werden sollte.³¹⁵

3.2.8. Anwendung der im PZP vorgesehenen Arten des Vergabeverfahrens

Zu den Grundsätzen des Vergabeverfahrens zählt das PZP noch den Grundsatz der Anwendung der im PZP vorgesehenen Arten des Vergabeverfahrens. Die unbeschränkte Ausschreibung (*przetarg nieograniczony*) und die beschränkte Ausschreibung (*przetarg ograniczony*) sind Hauptverfahren zur Vergabe von Aufträgen (so genannte Grundarten des Vergabeverfahrens).³¹⁶ Nur in gesetzlich zugelassen Fällen darf der Auftraggeber den Auftrag in Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung, im wettbewerblichen Dialog, in Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung, im Verfahren der freihändigen Vergabe, im Vergabeverfahren der Preisnachfrage oder auf dem Wege einer elektronischen Auktion

³¹³ Art. 9 Abs. 3 PZP

³¹⁴ Kwieciński in Baehr/ Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Łysakowski, Prawo zamówień publicznych, Komentarz (2006), S. 72.

³¹⁵ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 87.

³¹⁶ Art. 10 Abs. 1 PZP

vergeben.³¹⁷ Auf dieser Weise setzt das PZP *numerus clausus* der Arten des Verfahrens über die Vergabe der öffentlichen Aufträge in Polen fest.

Die Grundarten des Vergabeverfahrens können immer, also nicht nur aufgrund von besonderen Umständen, eingesetzt werden. Die übrigen Arten des Vergabeverfahrens dürfen nur im gesetzlich vorgesehenen Fällen angewendet werden. Am Rande ist jedoch zu erwähnen, dass in USB die Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung mit Grundarten des Vergabeverfahrens gleichgestellt wurden.

Schließlich ist zu äußern, dass nach Ansicht der polnischen Judikatur, die in PZP vorgesehenen Voraussetzungen für den Wahl der übrigen Arten des Vergabeverfahrens eng auszulegen sind,³¹⁸ weil sie eine Ausnahme von dem Grundsatz der Vergabe der Aufträge durch eine Ausschreibung darstellen.³¹⁹

3.3. Das europäische Recht

Die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts in Bezug auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen sind im Erwägungsgrund Nr. 2 der Richtlinie 2004/18/EG zusammengefasst. Somit ist die Auftragsvergabe in den Mitgliedstaaten an die Einhaltung der im EGV (derzeit AEUV) niedergelegten Grundsätzen gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätzen, wie z. B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz.

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass die genannten allgemeinen Grundsätze bei der Auslegung der Koordinierungsbestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG sowie der nationalen Gesetze zu berücksichtigen sind. Außerdem ist zu betonen, dass sie unabhängig vom Wert der ausgeschriebenen Leistung gelten und daher anders als die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG auch in USB zu beachten sind. Schließlich ist hinzuzufügen, dass die Vergaberichtlinie neben Gewährleistung der Wirksamkeit dieser Grundsätze auch die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb bezweckt.

³¹⁷ Art. 10 Abs. 2 PZP

³¹⁸ *Pieróg*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (20079, S. 63.

³¹⁹ Vgl. SN 6.7.2001, III RN 16/01, OSNAiUS 2001, Nr. 22, Pos. 657.

Die fundamentalen Grundsätze der Richtlinie 2004/18/EG stellen Wettbewerb, Gleichbehandlung und Transparenz dar. Der **Wettbewerbsgrundsatz** bildet die zentralste Aussage des EuGH in Bezug auf die Koordinierungsfunktion aller Richtlinien³²⁰ Die Richtlinie 2004/18/EG nennt ausdrücklich als Grundsätze der Auftragsvergabe nur den Grundsatz der Gleichbehandlung und den Grundsatz der Transparenz.³²¹ Dem Wettbewerbsgrundsatz dienen in der Vergaberichtlinie unter anderem die Bekanntmachungsvorschriften und die Regelungen über die technische Spezifikationen und ist er.³²² Überdies ist er bei der Auslegung der Vorschriften über das Zuschlagskriterium zu berücksichtigen.³²³

Das **Diskriminierungsverbot** untersagt eine unmittelbare sowie ungerechtfertigte mittelbare Ungleichbehandlung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Der **Grundsatz der Gleichbehandlung** verlangt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden sollten, sofern eine solche Behandlung nicht nach objektiven Kriterien zu gerechtfertigen ist.³²⁴ Bezüglich der öffentlichen Auftragsvergabe wurde dieses Gebot mit der Anforderung verbunden, dass die Auftraggeber sich grundsätzlich von wirtschaftlichen Überlegungen bei der Auftragsvergabe leiten lassen sollen.³²⁵ Folglich wurde bei der Wahl des Angebotes der Grundsatz des wirtschaftlich günstigsten Angebotes anerkannt, der jedoch durch Zulassung einiger „vergabefremden Aspekte“ relativiert wurde (z. B. Sicherheit der Versorgung,³²⁶ Umweltschutzkriterien³²⁷).³²⁸

Schließlich ist zu betonen, dass der Grundsatz der Gleichbehandlung die Ungleichbehandlungen während aller Phasen eines Vergabeverfahrens verbietet, insbesondere im Bezug auf die Leistungsbeschreibung, die Wahl des Publikationsmediums, die Anwendung der Fristen gegenüber allen Unternehmen, sowie im Bezug auf die Kontakten mit Unternehmen, die Prüfung der Ausschlussgründen und Widerruf des Verfahrens.³²⁹

Der **Grundsatz der Transparenz** ist aus dem Gleichbehandlungsgebot ableitbar und neben der Gewährleistung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes soll die

³²⁰ Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 88.

³²¹ Art. 2 der Richtlinie 2004/18/EG

³²² Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), S. 212.

³²³ EuGH 7.10.2004, Rs C-247/02, *Sintesi SpA*.

³²⁴ Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 88.

³²⁵ EuGH 22.5.2003, Rs C-18/01, *Korhonen*.

³²⁶ EuGH 28.03.1995, Rs C-324/93, *Evans Medica*.

³²⁷ EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*; Rn 55; EuGH 26.09.2000, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich*.

³²⁸ Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 89.

³²⁹ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), S. 213.

Überprüfbarkeit der Einhaltung der Vergaberegeln ermöglichen.³³⁰ Der Begriff der Transparenz umfasst eine Bekanntmachungs- und Dokumentierungsverpflichtung,³³¹ was in weiterer Folge bedeutet, dass sich aus dem Grundsatz der Transparenz die Notwendigkeit ergibt, einen angemessenen Grad an die Öffentlichkeit des Vergabeverfahrens sicherzustellen³³².

3.4. Rechtsvergleich

Die Grundsätze des Vergabeverfahrens sind sowohl in Polen als auch in Österreich programmatisch vorangestellt. Durch einzelne Bestimmungen des PZP (bzw. anderer Rechtsvorschriften) sowie des BVergG 2006 erfahren sie eine nähere Ausgestaltung. Folglich haben sie keinen selbständig judiziablen Charakter. Überdies sind diese Prinzipien zur Auslegung des PZP sowie BVergG 2006 heranzuziehen. Vor allem sollen die Vergabevorschriften im Zweifelsfall so interpretiert werden, dass kein Grundsatz dabei verletzt wird. Ferner ist zu bemerken, dass einige Grundsätze miteinander verbunden sind, so dass sie sich einerseits durchdringen und andererseits einschränken.

Zu den fundamentalen Grundsätzen der Auftragsvergabe zählt man in Österreich sowie in Polen den Grundsatz der Gleichbehandlung und den Grundsatz des lauterer Wettbewerbs (in Österreich als Wettbewerbsgrundsatz bezeichnet). Das Verstehen der beiden Prinzipien ist in Österreich und Polen im Wesen gleich. Dennoch, im Bezug auf die gesetzliche Konkretisierung dieser Grundsätze, liegt die Betonung an manchen Stellen woanders. Vor allem bei dem Wettbewerbsgrundsatz wird in Polen der Aspekt des lauterer Wettbewerbs hervorgehoben. Dies ergibt sich aus der Bezeichnung dieses Grundsatzes sowie aus dem Verweisen an zahlreichen Stellen im PZP auf das nicht Erschweren des lauterer Wettbewerbs und auf die unmittelbare Anwendung des Gesetzes über Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Der zweite Aspekt des Wettbewerbsgrundsatzes, nämlich der freie Wettbewerb wird in PZP vielmehr unter dem Grundsatz der Gleichbehandlung erfasst.

Neben dem Grundsatz der Gleichbehandlung und dem Grundsatz des lauterer Wettbewerbs erkennen beide Rechtssysteme den Grundsatz der Transparenz (in Polen als Grundsatz der Öffentlichkeit bezeichnet). Dieses Prinzip wurde weitgehend ähnlich in PZP sowie in BVergG 2006 in Form von Bekanntmachungen und Dokumentationsverpflichtungen verwirklicht. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass diese drei Grundsätze auch die

³³⁰ *Braun*, A Matter of Principle(s)- The Treatment of Contracts Falling Outside of the Scope of the European Public Procurement Directives, PPLR 2000, 43; EuGH vom 25.4.1996, Rs C-87/94 *Kommission/Belgien*.

³³¹ *Schnitzer*, Internationales Vergaberecht (2007), S. 92

³³² EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*.

fundamentalen Grundsätze des EG Vergaberechts darstellen und sowohl in Polen als auch in Österreich gemeinschaftsrechtskonform auszulegen sind.

Alle übrigen Grundsätze, die im einen Vergabegesetz ausdrücklich genannt sind oder durch die Rechtslehre anerkannt sind, finden kein Äquivalent im anderen Vergaberecht. Dies bedeutet jedoch nicht, dass alle übrigen Grundsätze in PZP sowie in BVergG 2006 nicht berücksichtigt wurden. Einige Grundsätze des PZP sowie des BVergG 2006 finden ihre Ausgestaltung in entsprechenden Bestimmungen anderer Gesetze. Wobei diese eigenartige Bedeckung der Grundsätze eines Vergabegesetzes durch einzelne Vorschriften des anderen Vergabegesetzes nicht immer vollständig ist. Beispielsweise findet der Grundsatz der Vergabe nur an geeignete Bieter seine nahezu vollständige Ausgestaltung in Art. 22 und 24 bis 25 PZP. Hingegen die Umweltgerechtigkeit der Leistung ist nur bis zu einem gewissen Grad im Art. 91 Abs. 2 PZP (bei der Zuschlagskriterien) zu berücksichtigen.

In Bezug auf den Grundsatz der Unbefangenheit und der Objektivität (PZP)³³³, den Grundsatz der polnischen Sprache (PZP) sowie den Grundsatz der Berücksichtigung sozialpolitischer Belange (BVergG 2006), können keine entsprechenden Vorschriften in anderem Vergabegesetz aufgefunden werden.

Schließlich - hinsichtlich des österreichischen Vergabegrundsatzes zu angemessenen Preisen- muss hervorgehoben werden, dass das PZP im Unterschied zum BVergG 2006 zwei gleichrangige Zuschlagskriterien kennt: der Preis oder der Preis und anderen auftragsbezogenen Auswahlkriterien,³³⁴ deren Anwendung an keine zusätzliche Bedingungen gekoppelt ist.

³³³ §79 Abs. 7 und 8 BVergG 2006 betrifft zum Teil diese Problematik, normiert sie aber abweichend von PZP.

³³⁴ Vgl. Art. 91 Abs. 2 PZP

4. Vergabeverfahren

4.1. Teilnahme an Vergabeverfahren

4.1.1. Das österreichische Recht

Das BVergG 2006 unterscheidet im Bezug auf die Teilnahme an dem Vergabeverfahren zwischen Bewerber- und Bieterbegriff. Ab der Zeit der vertraglichen Vereinbarung bedient sich der österreichische Gesetzgeber dem Auftragnehmerbegriff.

Bewerber ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligen will und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet hat.³³⁵ Mit dem Bewerberstatus sind verschiedene Rechtsfolgen verbunden, z.B. es besteht gegenüber dem Bewerber das Gleichbehandlungsgebot, die Geheimhaltungspflicht sowie die Pflicht zur Mitteilung der Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen. Vor einer Bekundung seines Beteiligungswillens ist der Bewerber lediglich ein Unternehmer mit einem Interesse an einem öffentlichen Auftrag,³³⁶ später, mit Abgabe eines Angebotes wird er zu einem Bieter. Die Bekundung der Absicht einer Partizipation an einem Vergabeverfahren erfolgt entweder durch die Stellung eines Teilnahmeantrags (bei nicht offenen Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblichem Dialog) oder durch die Anforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen (bei offenen Verfahren).

Bieter ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der ein Angebot eingereicht hat.³³⁷ Das wichtigste Unterscheidungsmerkmal des Bieters ist somit die Abgabe eines Angebotes in einem Vergabeverfahren. Der Bieterstatus hängt nicht davon ab, ob ein ausschreibungskonform oder ausschreibungswidriges Angebot eingereicht wurde.³³⁸ Mit der Erlangung des Bieterstatus entstehen zahlreiche Pflichten seitens des Auftraggebers.

Hinsichtlich des Auftragnehmerbegriffes ist anzuführen, dass gemäß §2 Z 9 BVergG 2006 der **Auftragnehmer** jeder Unternehmer ist, mit dem vertraglich vereinbart wird, dem Auftraggeber eine Leistung gegen Entgelt zu erbringen. Dieser Begriff impliziert, dass die

³³⁵ § 2 Z 12 BVergG 2006

³³⁶ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 396.

³³⁷ § 2 Z 12 BVergG 2006

³³⁸ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 397.

vertragliche Vereinbarung bereits erfolgte. Vor diesem Zeitpunkt existieren nur Bieter.³³⁹ Überdies ergibt sich dies von der Zusammensetzung des §133 und §134 Abs. 1 BVergG 2006. Somit „kommt das Vertragsverhältnis zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der **Bieter** die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält. Nach dem Zustandekommen des Vertrags kann der Auftraggeber vom **Auftragnehmer** eine unterfertigte Auftragsbestätigung(Gegenschlussbrief) verlangen“.

Alle oben besprochenen Bezeichnungen nehmen Bezug auf den Unternehmerbegriff. BVergG 2006 enthält im §2 Z 36 seine Legaldefinition. Somit sind **Unternehmer** Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, Personengesellschaften des Handelsrechts, eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten. Diese Definition umfasst also Rechtspersonen und Gruppen von Rechtspersonen. Die Rechtspersonen umfassen Rechtsträger sowohl des privaten als auch des öffentlichen Rechts. Unternehmer gemäß §2 Z 36 BVergG 2006 können neben den österreichischen auch die ausländischen Rechtspersonen sein.

Am Rande ist noch zu erwähnen, dass der Zusammenschluss von Bewerbern nicht ausdrücklich im §2 Z 36 genannt ist. Dennoch wird in der Rechtsprechung ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die in einem Vergabeverfahren gemeinsam auftreten aber noch kein Angebot gelegt haben, als **Bewerbergemeinschaft** bezeichnet. Somit ist Bewerbergemeinschaft ein Zusammenschluss von Unternehmern, die sich an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet haben.³⁴⁰ Nach Meinung von *Pock* ist den "Bewerberbegriff" sowohl für einen Unternehmer zu verwenden als auch für eine Gemeinschaft von Unternehmern, die sich insbesondere zum Zweck der Einreichung eines gemeinsamen Teilnahmeantrages in der ersten Stufe eines zweistufigen Vergabeverfahrens zusammengeschlossen haben.³⁴¹

³³⁹ *Holoubek/Fuchs* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 379.

³⁴⁰ Vgl. VfGH 22.09.2003, B 1725/01; VwGH 24.02.2006, 2004/04/0083, VwGH 29.06. 2005, 2002/04/0180, VwGH 21.12.2004, 2002/04/0140; VwGH 30.06. 2004, 2002/04/0011; BVA 17.03.2006, N/0007-BVA/05/2006; BVA 20.01.2006, 03N-131/05-23; BVA 29.09.2005, 11N-89/05-7; BVA 08.09.2006, N/0070-BVA/05/2006-24, RIS.

³⁴¹ *Pock* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 331.

Es wurde bereits vorstehend erwähnt, dass an dem Vergabeverfahren in Österreich sich Zusammenschlüsse von Unternehmern beteiligen können. Diesbezüglich unterscheidet das BVergG 2006 zwischen **Bietergemeinschaften** (BIEGE) und **Arbeitsgemeinschaften** (ARGE). BIEGE stellt einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes dar.³⁴² ARGE ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses, dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten.³⁴³

BIEGE ist von ARGE im Bezug auf die Haftung ihrer Mitglieder zu unterscheiden. Anders als bei ARGE entsteht bei BIEGE eine solidarische Haftung ihrer Mitglieder erst mit der Auftragserteilung. Nachdem den Auftrag BIEGE erteilt ist, wird BIEGE kraft Gesetzes in eine ARGE transformiert und somit schuldet sie gemäß §20 Abs. 2 BVergG 2006 wie eine ARGE. BIEGE löst sich im Falle von Widerruf des Vergabeverfahrens oder Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter auf, weil ihren Zweck – die Abgabe eines gemeinsamen Angebotes und die Umwandlung in eine ARGE- nicht mehr erreichbar ist (§1205 ABGB).³⁴⁴ In diesem Zusammenhang ist zu erklären, dass BIEGE als Gesellschaft zu einem gemeinschaftlichen Erwerb nach §§1175 ff ABGB anzusehen ist und besitzt somit keine Rechtspersönlichkeit.³⁴⁵ Außerdem ist BIEGE im Gegensatz zu ihren einzelnen Mitglieder nicht als Träger von Rechten und Pflichten zu betrachten (eine Ausnahme stellt die Parteifähigkeit dar).³⁴⁶ ARGE sind Gesellschaften, die auf ein bestimmtes Geschäft gerichtet sind; nämlich auf gemeinsame Abgabe eines Angebotes und - im Falle der Zuschlagserteilung - auf die gemeinsame Ausführung des Auftrags.³⁴⁷ Sie besitzen keine Rechtspersönlichkeit³⁴⁸ und sind wie BIEGE als GesBR gemäß §§1175 ff ABGB zu betrachten³⁴⁹. Zu den wesentlichen Merkmalen einer GesBR gehören: das Erreichen des gemeinsamen Nutzens

³⁴² § 2 Z 14 BVergG 2006

³⁴³ § 2 Z 7 BVergG 2006

³⁴⁴ *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 398 und 400.

³⁴⁵ *Gruber/Keznicki*, Auswirkungen des KartG 2005 und des BVergG 2006 auf Arbeits- und Bietergemeinschaften, ZVB 2006, 21; VfGH 30.7.2004, 2002/04/0011, AB 1118 BlgNR 21.GP 24.

³⁴⁶ *Gruber/Keznicki*, Auswirkungen des KartG 2005 und des BVergG 2006 auf Arbeits- und Bietergemeinschaften, ZVB 2006, 21.

³⁴⁷ *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 372.

³⁴⁸ VfGH 30.7.2004, 2002/04/0011, VfGH B 3203/96, VfSlg 15.406; VfGH 22.3.2001, 2000/04/0029; AB 1118 Blg NR 21. GP 23.

³⁴⁹ VfGH 22.3.2000, 2000/04/0031, RIS.

oder Zwecks und die Beitragsleistung durch alle Gesellschafter.³⁵⁰ Wichtig ist noch zu erwähnen, dass nur eine BIEGE oder eine ARGE als solche und nicht die einzelnen Unternehmer parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch BVergG 2006 eingeräumten Rechte sind.³⁵¹ Schließlich ist zu erwähnen, dass die berufliche Zuverlässigkeit durch alle Mitglieder der ARGE oder BIEGE nachgewiesen werden müssen.³⁵² Die Nachweise für die finanzielle und wirtschaftliche sowie die technische Leistungsfähigkeit sind hingegen von BIEGE und ARGE insgesamt zu erfüllen.³⁵³ Im Hinblick auf die berufliche Befugnis sieht das BVergG 2006 vor, dass jedes Mitglied einer ARGE oder einer BIEGE die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat.³⁵⁴

BIEGE und ARGE können Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von ARGE oder BIEGE für unzulässig erklärt wurde. Sachliche Gründe bestehen dann, wenn in einem Marktsegment nur eine begrenzte Anzahl von Bietern existiert und zur Gewährleistung des Wettbewerbs eine Beschränkung der Teilnehmeranzahl am Vergabeverfahren durch Bildung von ARGE oder BIEGE nicht erfolgen soll.³⁵⁵ Überdies kann der Auftraggeber in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von ARGE oder BIEGE vorsehen (ein Verbot der Mehrfachbeteiligung³⁵⁶). Auftraggeber kann aber BIEGE und ARGE nicht verpflichten - zwecks Einreichens eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages - eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Nur dann, wenn einer ARGE oder einer BIEGE der Zuschlag erteilt worden ist, kann der Auftraggeber verlangen, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages erforderlich ist.³⁵⁷

In diesem Zusammenhang ist abermals auf den Fragenkomplex der **Eignung der Unternehmer zur Teilnahme an Vergabeverfahren** aufmerksam zu machen. Unter **Eignungsanforderungen** sind in Österreich berufliche Befugnis und Zuverlässigkeit sowie finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit zu verstehen. Die Eignungsanforderungen wurden bereits im Kapitel 3 dieser Arbeit bei dem Grundsatz der

³⁵⁰ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 372.

³⁵¹ § 20 Abs. 2 BVergG 2006

³⁵² Gölls in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 753 und 757.

³⁵³ Vgl. auch § 76 Abs. 2 BVergG 2006.

³⁵⁴ § 70 Abs. 5 BVergG 2006

³⁵⁵ Gruber/Keznicki, Auswirkungen des KartG 2005 und des BVergG 2006 auf Arbeits- und Bietergemeinschaften, ZVB 2006, 21; EB 1171 BlgNR 22.GP 40.

³⁵⁶ Erläuterungen zu §20, 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S.41.

³⁵⁷ § 20 Abs. 2 BVergG 2006

Vergabe nur an geeignete Bieter³⁵⁸ ausführlich besprochen. Hierher ist zu ergänzen, dass BVergG 2006 den Zeitpunkt des Vorliegens der Eignungsnachweise bestimmt. Folglich muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens:

1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,³⁵⁹
 2. beim nicht offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe,
 3. beim Verhandlungsverfahren grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe,
 4. beim wettbewerblichen Dialog zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe,
 5. bei einer Direktvergabe zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses
- vorliegen.³⁶⁰

Bezüglich der **Eignungsnachweise** ist zu erwähnen, dass sie nur so weit verlangt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist.³⁶¹ Anders ausgedrückt, kommt dem Auftraggeber ein beschränkter Ermessensspielraum zu, so dass die Eignungsnachweise für den Auftragsgegenstand unentbehrlich oder zumindest bedeutsam sein müssen.³⁶² Folglich darf der Auftraggeber nur so viel Eignungsnachweise verlangen, als zur Prüfung eines durch konkreten Auftragsgegenstand bestimmten Standard der Eignung, notwendig ist.³⁶³ Ferner ist zu bemerken, dass BVergG 2006 einen umfassenden Katalog der Nachweise enthält, die der Auftraggeber für die Prüfung der Eignung verlangen kann. Folglich stellen die Vorschriften des BVergG 2006 bezüglich der Eignungsnachweise den Maximalrahmen dar. Schließlich ist noch anzugeben, dass der Auftraggeber beim Verlangen der Nachweise die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen hat.³⁶⁴

Außerdem wird in Österreich im Hinblick auf die **Eignungsnachweise** (vor allem die Leistungsfähigkeit) zwischen allgemeiner und spezieller Eignung der Unternehmer unterscheidet.³⁶⁵ Die allgemeinen Anforderungen an Eignung des Bieters können bei jedem Auftrag gefordert werden (z.B. das Referenzenverzeichnis der in den letzten 3 Jahren erbrachten Bau- oder Dienstleistungen). Die projekt - bzw. leistungsspezifischen

³⁵⁸ § 19 Abs. 1 BVergG 2006

³⁵⁹ Siehe näher VwGH vom 11.01.2009, 2009/04/0203, RIS.

³⁶⁰ § 69 BVergG 2006

³⁶¹ § 70 Abs. 2 BVergG 2006

³⁶² Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 747.

³⁶³ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 747-748.

³⁶⁴ § 70 Abs. 2 BVergG 2006

³⁶⁵ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 747.

Eignungsanforderungen nur wenn die spezielle Eignung nachgewiesen werden muss (z.B. die Referenzenliste über auftragsspezifische Bauleistungen).³⁶⁶ Überdies ist anzugeben, dass BVergG 2006 ausführlich bestimmt, was der Auftraggeber als Nachweis für das Vorliegen der einschlägigen beruflichen Befugnis,³⁶⁷ als Nachweis für die berufliche Zuverlässigkeit³⁶⁸, als Nachweis für die Feststellung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit³⁶⁹, sowie als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit³⁷⁰ verlangen kann.

Am Ende ist zu bemerken, dass im USB bei der Vergabe von Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, und bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, deren geschätzter Auftragswert 80 000 Euro nicht erreicht, von einem Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit abgesehen werden kann. Dies ist jedoch nur dann zulässig, wenn auf Grund einer Einschätzung des Auftraggebers keine Zweifel am Vorliegen der Eignung eines Bieters oder Bewerbers bestehen.³⁷¹

4.1.2. Das polnische Recht

In PZP wird zwischen dem Begriff des Auftragnehmers, des Bewerbers und des Bieters nicht unterschiedet. Das Gesetz enthält lediglich die Legaldefinition des Auftragnehmerbegriffes. Somit ist **Auftragnehmer** eine natürliche Person, eine juristische Person oder eine Organisationseinheit ohne Rechtspersönlichkeit, die sich um die Vergabe des öffentlichen Auftrags bewirbt, ein Angebot abgibt oder einen Leistungsvertrag abschließt.³⁷² Daraus ergibt sich, dass das polnische Vergabegesetz nicht vorsieht, dass zu dem Vergabeverfahren nur die Unternehmer zugelassen werden dürfen. Ferner ist festzustellen, dass PZP sich dem dynamischen „Auftragnehmerbegriff“ für die Bezeichnung der Personen, die sich um den Auftrag bewerben, zum Vergabeverfahren zugelassen werden und das Angebot abgeben sowie den Leistungsvertrag abschließen, bedient. Dies hat Konsequenzen in Vergabeverfahren; um den Auftraggeberstatus zu behalten, muss die sich um den Auftrag bewerbende Einheit zu den nachfolgenden Phasen des Verfahrens gelangen.

³⁶⁶ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 747.

³⁶⁷ § 71 BVergG 2006

³⁶⁸ § 72 BVergG 2006

³⁶⁹ § 74 BVergG 2006

³⁷⁰ § 75 BVergG 2006

³⁷¹ § 78 BVergG 2006

³⁷² Art. 2 Z 11 PZP

In Polen können sich Auftragnehmer gemeinschaftlich um die Vergabe des Auftrags bewerben.³⁷³ In der Rechtsliteratur wird das gemeinsame Bewerben um Auftragsvergabe als **Konsortium** genannt. Obwohl der Konsortiumsvertrag nicht in dem polnischen ZGB geregelt ist, ist dieser Vertrag wegen des Grundsatzes der Vertragsfreiheit zulässig.³⁷⁴ Ferner wird auf die Ähnlichkeit des Konsortiumsvertrags und des Vertrags der Zivilgesellschaft, der in Art. 860 und folgenden ZGB normiert ist, hingewiesen.³⁷⁵ Das Wesen des Konsortiums äußert sich in Verpflichtung zur Zusammenarbeit an dem Erzielen des wirtschaftlichen Zwecks durch die Aufnahme der im Vertrag bestimmten Handlungen. Gemäß ZGB verpflichten sich die Gesellschaften in dem Vertrag der Zivilgesellschaft zum Erreichen durch die bestimmte Handlung des gemeinsamen Ziels, insbesondere durch Erbringen der Einlage. Dennoch stellt das Konsortium eine besondere Gesellschaft des Zivilrechts, weil in der Regel das Erreichen des gemeinsamen Ziels nicht durch Erbringen der Einlage erfolgt. Folglich gibt es kein Konsortiumsvermögen, was typisch bei Zivilgesellschaften ist.³⁷⁶

Im Fall eines Konsortiums muss ein Bevollmächtigter bestellt werden, der es im Verfahren zur Vergabe des Auftrags oder im Vergabeverfahren sowohl zur Vergabe des Auftrags als auch beim Abschluss des Leistungsvertrags vertritt.³⁷⁷ Ziel dieser Bestellung ist Schutz des Interesses des Auftraggebers.³⁷⁸ In diesem Zusammenhang ist festzustellen, dass das Konsortium als solche und nicht die einzelnen Mitglieder parteifähig zum Ausnutzen der im PZP vorgesehenen Mitteln des Rechtsschutzes sind.³⁷⁹

Weiter, wenn das Angebot eines Konsortiums ausgewählt wird, kann der Auftraggeber von den Auftragnehmern (Mitglieder des Konsortiums) vor der Abschließung des Leistungsvertrags den Vertrag fordern, der ihre Zusammenarbeit regelt.³⁸⁰ In diesem Zusammenhang scheint es wichtig zu betonen, dass der Inhalt des Vertrags zwischen den Mitglieder des Konsortiums keine Auswirkungen gegenüber dem Auftraggeber im Bezug auf

³⁷³ Art. 23 Abs.1 PZP

³⁷⁴ Śledziwska, *Formy współpracy podmiotów zainteresowanych wspólną realizacją zamówień publicznych. Konsorcja. Podwykonawstwo*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (2004), S. 5.

³⁷⁵ Stachowiak in *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2007), S. 126.

³⁷⁶ Śledziwska, *Formy współpracy podmiotów zainteresowanych wspólną realizacją zamówień publicznych. Konsorcja. Podwykonawstwo*, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (2004), S. 6.

³⁷⁷ Art. 23 Abs. 2 PZP

³⁷⁸ Stachowiak in *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2007), S. 126.

³⁷⁹ Vgl. ZA 30.06.2005 r., UZP/ZO/0-1579/05, <http://stare-www.uzp.gov.pl/odwolania/wyroki/pdf/2005/0-1579-05.pdf>.

³⁸⁰ Art. 23 Abs. 4 PZP

den Inhalt des ausgewählten Angebotes sowie auf den Leistungsvertrag hat.³⁸¹ Denn die Auftragnehmer gesamtschuldnerisch für die Ausführung des Leistungsvertrags sowie für Sicherstellung des Vertrags haften.³⁸²

PZP sieht außerdem vor, dass die auf einen Auftragnehmer bezogenen Vorschriften auch auf die sich **gemeinschaftlich um die Vergabe des Auftrags bewerbenden Auftragnehmer** entsprechende Anwendung finden.³⁸³ Folglich sollten solche Auftragnehmer wie die selbständig handelnden Auftragnehmer behandelt werden (Gleichbehandlungsgebot).³⁸⁴ Daraus ergeben sich jedoch Schwierigkeiten im Bezug auf die Erfüllung von Teilnahmeerfordernissen. Laut *Stachowiak* können die Mitglieder des Konsortiums gemeinsam die Bedingungen vom Art. 22 Abs. 1 Punkt 2 PZP erfüllen (Besitz des erforderlichen Wissens und der Erfahrung sowie Verfügung über das technische Potential und Personen, die zur Durchführung des Auftrags befähigt sind).³⁸⁵ Das finanzielle und wirtschaftliche Potential³⁸⁶ ist seiner Ansicht nach auch kumulativ zu beurteilen. Das gleiche gilt für die fachlichen Befugnisse,³⁸⁷ die in Polen alle Mitglieder eines Konsortium gemeinsam besitzen müssen.³⁸⁸ Ferner ist laut *Baehr* der Auslegungsregel des Art. 23 Abs. 3 PZP zu entnehmen, dass jedes Mitglied des Konsortiums als Auftragnehmer zu betrachten ist und somit darf bei jedem Mitglied des Konsortiums kein Ausschlussgrund³⁸⁹ vorliegen.³⁹⁰

Um die Vergabe des öffentlichen Auftrags können sich in Polen die Auftragnehmer bewerben, die gemäß Art 22 Abs. 1 PZP:

1. fachliche Befugnisse für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit oder einer Handlung besitzen, sofern solche Befugnisse zwingend durch Gesetze vorgeschrieben sind;

³⁸¹ *Baehr* in *Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2006), S.100.

³⁸² Art. 141 PZP

³⁸³ Art. 23 Abs. 3 PZP

³⁸⁴ *Stachowiak* in: *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 125.

³⁸⁵ *Stachowiak* in: *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 127.

³⁸⁶ Art. 22 Abs. 1 Punkt 3 PZP

³⁸⁷ Erfordernis des Art. 23 Abs. 1 Punkt 1 PZP

³⁸⁸ *Stachowiak* in: *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 127 sowie *Baehr* in: *Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2006), S. 98; Vgl. auch ZA 20.01.2005, UZP/ZO/0-34/05, LEX Nr. 171813; KIO 18.01.2008, KIO/UZP 86/07, LEX Nr. 393563; Andere Meinung vertritt *Pieróg*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S.104.

³⁸⁹ Art. 24 Abs. 1 Punkt 1-10 PZP

³⁹⁰ *Baehr* in *Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2006), S.99; Vgl. auch ZA 20.01.2005, UZP/ZO/0-34/05, LEX Nr. 171813.

2. das erforderliche Wissen und die Erfahrung haben sowie über das technische Potential und Personen verfügen, die zur Durchführung des Auftrags befähigt sind oder die schriftliche Verpflichtung anderer Einheiten bezüglich der Gewährung des Zugangs zum technischen Potential und Personen, die zur Durchführung des Auftrags befähigt sind, vorlegen;
3. sich in einer finanziellen und technischen Lage befinden, die die Durchführung des Auftrags gewährleisten;
4. nicht dem Ausschluss vom Vergabeverfahren unterliegen.

Die **Teilnahmeerfordernisse** sind durch den Auftraggeber im Rahmen des Art. 22 Abs. 1 PZP festzulegen.³⁹¹ Sie bezwecken die Zulassung zum Vergabeverfahren nur die geprüften Auftragnehmer, die den Leistungsvertrag richtig ausführen können. Der Auftraggeber darf keine zusätzlichen oder übermäßigen Teilnahmebedingungen stellen.³⁹² Er muss sie ausführlich beschreiben, weil diese Bedingungen fest mit dem Auftragsgegenstand verbunden sein müssen.³⁹³ Dies betrifft vor allem die Erfordernisse von Punkt 2 und 3 des Art. 22 Abs. 1 PZP, die als Blankettvorschriften zu betrachten sind.³⁹⁴ Die Teilnahmebedingungen von Art. 22 Abs. 1 Punkt 1 und 4 sind objektiv auszulegen und ihr Inhalt ist durch entsprechende Gesetze zu bestimmen.

Wichtig ist zu betonen, dass außer dem Fall von Punkt 2 Art. 22 Abs. 1 PZP (technisches Potential und potentielle Arbeitskräfte) die Teilnahmebedingungen durch die Auftragnehmer selbst erfüllt werden müssen. Um die Teilnahmebedingungen vom Art. 22 Abs. 1 Punkt 1, 3 und 4 zu erfüllen, ist die Vorlage eines Vertrages mit einem Subauftragnehmer, der über entsprechende fachliche Befugnisse verfügt³⁹⁵ und sich in einer finanziellen und technischen Lage befinden, die die Durchführung des Auftrags gewährleistet, nicht ausreichend.

Von Bedeutung ist noch, dass die Teilnahmebedingungen durch den Auftraggeber nicht in einer Weise festgelegt werden dürfen, die den lauterer Wettbewerb erschweren könnten.³⁹⁶ Dies bedeutet, dass der Auftraggeber **sich auf objektive Kriterien bei**

³⁹¹ Stachowiak in: Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 119.

³⁹² ZA 13.6.2006, UZP/ZO/0-1667/06 zitiert nach Elżanowska/ Śledziowska, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka (2007), S. 13; ZA 16.8.2006, UZP/ZO/0-2255/06 zitiert nach Elżanowska/ Śledziowska, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka (2007), S. 26.

³⁹³ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S.101.

³⁹⁴ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S.101.

³⁹⁵ ZA 26.7.2006, UZP/ZO/0-2136/06 zitiert nach Elżanowska/ Śledziowska, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka (2007), S. 21.

³⁹⁶ Art. 22 Abs. 2 PZP

Bestimmung dieser Bedingungen stützen sollte und Mindestanforderungen bezüglich des technischen, wirtschaftlichen Potentials sowie des Humankapitals und der nötigen Erfahrungen an Auftragnehmer stellen sollte.³⁹⁷ Überdies muss bei der Festlegung der Teilnahmebedingungen der Auftragsgegenstand und sein Wert im Bezug auf den betroffenen Markt berücksichtigt werden. Aus dem Art. 22 Abs. 2 PZP ergibt sich weiterhin, dass die Teilnahmebedingungen **eindeutig beschrieben werden müssen**. Andernfalls könnten sie als Erschweren des lauterer Wettbewerbs durch den Auftraggeber betrachtet werden.³⁹⁸ Ferner kann die Ausführlichkeit der Teilnahmebedingungen als Hindernis für den lauterer Wettbewerb erachtet werden, es sei denn, dass dies den komplexen Auftragsgegenstand rechtfertigt.³⁹⁹ In diesem Fall wird durch diese Ausführlichkeit gewährleistet, dass der Auftrag nur durch professionelle Auftragnehmer ausgeführt wird.

Die Gründe für die Ausschließung der Auftragnehmer sind in Art. 24 PZP zu finden. Somit muss der Auftraggeber von dem Vergabeverfahren ausschließen:

1. Auftragnehmer, die einen Schaden durch nicht oder fehlerhafte Ausführung des öffentlichen Auftrags eingerichtet haben, wenn dieser Schaden in der rechtskräftigen Entscheidung des Gerichtes festgestellt wurde, die innerhalb der letzten drei Jahre vor der Einleitung des Vergabeverfahrens ergangen wurde;
2. Auftragnehmer, die sich in Konkurs oder Liquidation befinden; mit Ausnahme von Auftragnehmern, die nach Bekanntmachung des Konkurses die Abmachung abgeschlossen gaben, die durch den Beschluss des Gerichtes bestätigt wurde und die Befriedigung der Gläubigen nicht durch Liquidation des Auftragnehmers Vermögens voraussieht;
3. Auftragnehmer, die sich mit der Entrichtung von Steuern, Gebühren oder Beiträgen für Sozial- und Krankenversicherung im Rückstand befinden, ausgenommen den Fall, dass eine rechtlich vorgesehen Befreiung, ein Aufschub oder eine Teilzahlung der rückständigen Zahlungen oder die vollständige Einstellung der Vollziehung der Entscheidung des zuständigen Organs erlangt worden ist;
4. natürliche Personen, die für eine in Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren begangene Straftat, eine Straftat gegen den Rechten der Personen die Erwerbstätigkeit

³⁹⁷ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 124.

³⁹⁸ ZA 24.5.2006, UTP/ZO/0-1442/06 zitiert nach Elżanowska/ Śledziwska, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becca (2007), S. 9.

³⁹⁹ SO w Warszawie 12.5.2006, V Ca 110/06 zitiert nach Elżanowska/ Śledziwska, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becca (2007), S. 9

ausüben, eine Straftat der Bestechung, eine Straftat im Wirtschaftsverkehr oder eine andere zur Erlangung eines Vermögensvorteils begangene Straftat, sowie eine Steuerstraftat oder eine Straftat der Teilnahme an einer organisierten Gruppe oder an einem Verband, die als Ziel das Begehen einer Straftat und/oder einer Steuerstraftat hat, rechtskräftig verurteilt worden sind;

5. Personengesellschaften (offene Handelsgesellschaften, Partnergesellschaften, Kommanditgesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien), deren Gesellschafter bzw. Partner bzw. Komplementäre für eine im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren begangene Straftat, eine Straftat gegen den Rechten der Personen die Erwerbstätigkeit ausüben, eine Straftat der Bestechung, eine Straftat im Wirtschaftsverkehr oder eine andere zur Erlangung eines Vermögensvorteils begangene Straftat, sowie eine Steuerstraftat oder eine Straftat der Teilnahme an einer organisierten Gruppe oder an einem Verband, die als Ziel das Begehen einer Straftat und/oder einer Steuerstraftat hat, rechtskräftig verurteilt worden sind;
6. Juristische Personen, deren amtierende Geschäftsführer für eine im Zusammenhang mit dem Vergabeverfahren begangene Straftat, eine Straftat gegen den Rechten der Personen die Erwerbstätigkeit ausüben, eine Straftat der Bestechung, eine Straftat im Wirtschaftsverkehr oder eine andere zur Erlangung eines Vermögensvorteils begangene Straftat, sowie eine Steuerstraftat oder eine Straftat der Teilnahme an einer organisierten Gruppe oder an einem Verband, die als Ziel das Begehen einer Straftat und/oder einer Steuerstraftat hat, rechtskräftig verurteilt worden sind;
7. Gesamtsubjekte,⁴⁰⁰ gegen die ein Gericht aufgrund der Vorschriften über die Haftung der Gesamtsubjekte für Straftaten ein Verbot ausgesprochen hat, sich um einen öffentlichen Auftrag zu bewerben;
8. Auftragnehmer, die in Art. 22 Abs. 1 Punkt 1-3 genannten Teilnahmebedingungen für das Vergabeverfahren nicht erfüllen.

Gemäß Abs. 2 Art. 24 PZP werden von dem Vergabeverfahren auch ausgeschlossen:

⁴⁰⁰ Gesamtsubjekte sind laut Art. 2 des Gesetzes vom 28. Oktober 2002 über die Haftung der Gesamtsubjekte für Straftaten (Dz. U. 2002, Nr. 197, Pos. 1661, zuletzt geändert durch Dz. U. 2009, Nr. 201, Pos. 1540) unter anderem juristische Personen, Organisationseinheiten ohne Rechtspersönlichkeit ausgenommen Staatschatz, Organisationseinheiten der territorialen Selbstverwaltung, Organe der Staatsverwaltung und der territorialen Selbstverwaltung. Das Gesamtsubjekt haftet für Straftaten der natürlichen Personen, die im Namen oder im Interesse des Gesamtsubjekts handeln, wenn infolge einer solchen Straftat dem Gesamtsubjekt Vermögensvorteile verschafft werden; die Übersetzung stützt sich auf *Głowcka/Kwaśnik/Franken*, Prawo zamówień publicznych. Recht des öffentlichen Auftragswesens. Zweisprachige Textausgabe. Polnisch-Deutsch (2004).

1. Auftragnehmer, die die Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Vorbereitung des geführten Verfahrens unmittelbar ausgeübt haben oder sich im Zusammenhang mit der Vorbereitung des Angebotes Personen bedient haben, die sich an solchen Tätigkeiten beteiligt haben, es sei denn die Teilnahme dieser Auftragnehmer an Vergabeverfahren den lauterer Wettbewerb nicht erschweren wird; dies betrifft nicht den Fall wenn der Bau- oder Dienstleistungsauftrag nur durch einen Auftragnehmer ausgeführt werden kann,⁴⁰¹
2. Auftragnehmer, die falsche Informationen übermittelt haben, die das Ergebnis des geführten Verfahrens beeinflusse,
3. Auftragnehmer, die keine Erklärung über die Erfüllung der Teilnahmebedingungen für das Verfahren abgegeben oder keine Nachweise dafür vorgelegt haben und/oder der vorliegende Unterlagen die Fehler enthalten,
4. Auftragnehmer, die keine Sicherstellung (*wadium*), gegebenenfalls einschließlich derjenigen für die verlängerte Zuschlagsfrist, erbracht haben oder der Verlängerung der Zuschlagsfrist nicht zugestimmt haben.

Der Katalog der Ausschlussgründen von Art. 24 ist umfassend und darf nicht durch den Auftraggeber erweitert werden. Beim Eintritt eines Ausschlussgrundes ist der Auftraggeber verpflichtet, den Auftragnehmer auszuschließen. Bemerkenswert ist, dass die Kriterien des Art. 24 Abs. 2 PZP im Gegenteil zu dem Ausschlussgrund von Abs. 1 unmittelbar mit dem durchgeführten Vergabeverfahren verbunden sind.

Im Bezug auf Art. 24 Abs. 2 Punkt 2 muss hinzugefügt werden, dass allein die Tatsache, dass der Auftragnehmer an der Vorbereitungsphase des Vergabeverfahrens teilgenommen hat, nicht das Ausschlusskriterium erfüllt. Es kommt dazu nur dann, wenn der Auftragnehmer die Beschreibung des Auftragsgegenstands oder die Feststellungen der Spezifikation der wesentlichen Auftragsbedingungen beeinflussen konnte und dadurch den Vorzug gegenüber dem anderen Auftragnehmer verdient hat.⁴⁰² Die Unterstützung des Auftraggebers bei den anderen Vergabeverfahren stellt hingegen keinen Ausschlussgrund dar.

In Polen darf im Vergabeverfahren der Auftraggeber von den Auftragnehmern ausschließlich die Erklärungen und Unterlagen verlangen, die für die Durchführung des

⁴⁰¹ Art. 67 Abs. 1 Punkt 1 PZP

⁴⁰² Stachowiak in: Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 136.

Verfahrens unerlässlich sind;⁴⁰³ nämlich die Erklärungen und Unterlagen, die Erfüllung der Teilnahmebedingungen bestätigen (so genannten **personengebundene Unterlagen**) sowie Erklärungen und Unterlagen, die bestätigen, dass angebotene Lieferungen, Bau- und Dienstleistungen die von dem Auftraggeber bestimmten Anforderungen erfüllen (so genannte **gegenständliche Unterlagen**). Somit ist im Vergabeverfahren zwischen den Unterlagen, die Eigenschaften der Auftragnehmer betreffen und den Unterlagen, die sich auf den Angebotsgegenstand beziehen, zu unterscheiden. Die personengebundenen Unterlagen werden im nachstehenden Textteil ausführlicher beschrieben. In diesem Zusammenhang ist noch hinzuzufügen, dass Erklärungen und Unterlagen die Erfüllung der Teilnahmebestimmungen nicht später als am Ablauftag der Abgabefrist der Teilnahmeanträge oder der Angebotslegung bestätigen müssen.⁴⁰⁴

Die Arten und Formen der **Nachweise für die Erfüllung der Teilnahmebedingungen am Vergabeverfahren**, die durch Auftraggeber von den Auftragnehmern verlangt werden können, wurden von dem Präsident des Ministerrates in Verordnung vom 18.05.2006 über Dokumente - welche der Auftraggeber von den Auftragnehmern verlangen kann und über Formen, in denen die Dokumente einreichen werden können⁴⁰⁵ - bestimmt. Der Auftraggeber darf nur die Unterlagen auffordern, die in dieser Verordnung genannt sind, weil die Verordnung einen umfassenden Katalog der Unterlagen enthält.⁴⁰⁶ Wichtig ist noch zu erwähnen, dass im OSB auf die Forderung dieser Nachweise nicht verzichtet werden darf.⁴⁰⁷ Im USB kann der Auftraggeber jeweils entscheiden, ob er sie verlangen wird.⁴⁰⁸

Die Verordnung nennt in § 1 die Unterlagen, die die Teilnahme an Vergabeverfahren bedingen, also die personengebundenen Unterlagen und in §3 die so genannten gegenständlichen Dokumente. Die Nachweise für die Bestätigung, dass der Auftragnehmer die Befugnisse für die Ausübung einer bestimmten Tätigkeit oder einer Handlung besitzt und von dem Vergabeverfahren nicht auszuschließen ist, sind im §1 Abs. 1 der Verordnung genannt. Im §1 Abs. 2 sind die Nachweise aufgezählt, die der Auftraggeber zum Zweck der Bestätigung, dass der Auftragnehmer das erforderliche Wissen und die Erfahrung hat, sowie über das technische Potential und Personen verfügt, die zur Durchführung des Auftrags befähigt sind, fordern kann. Schließlich, im §1 Abs. 3 der Verordnung sind die Nachweise

⁴⁰³ Art. 25 Abs. 1 PZP

⁴⁰⁴ Art 26 Abs. 3 PZP

⁴⁰⁵ Dz.U. 2006 Nr. 87, Pos. 605.

⁴⁰⁶ *Pieróg*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S.119.

⁴⁰⁷ Art 26 Abs.1 PZP

⁴⁰⁸ Art. 26 Abs. 2 PZP

enthalten, die der Auftraggeber zum Zweck der Bestätigung, dass der Auftragnehmer sich in einer finanziellen und technischen Lage befindet, die die Durchführung des Auftrags gewährleisten, fordern kann.

4.1.3. Das europäische Recht

Die Richtlinie 2004/18/EG unterscheidet im Art. 1 Abs. 8 zwischen den Begriffen: Bewerber, Bieter und Wirtschaftsteilnehmer. Der Begriff „**Wirtschaftsteilnehmer**“ umfasst sowohl Unternehmer als auch Lieferanten und Dienstleistungserbringer. Er dient ausschließlich der Vereinfachung des Textes. Die Begriffe „Unternehmer“, „Lieferant“ und „Dienstleistungserbringer“ bezeichnen natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Gruppen dieser Personen und/oder Einrichtungen, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Errichtung von Bauwerken, die Lieferung von Waren bzw. die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.

Ein Wirtschaftsteilnehmer, der ein Angebot vorgelegt hat, wird als „**Bieter**“ bezeichnet. Derjenige, der sich um eine Aufforderung zur Teilnahme an einem nichtoffenen Verfahren, einem Verhandlungsverfahren oder einem wettbewerblichen Dialog beworben hat, wird als „**Bewerber**“ bezeichnet. Überdies wird stellenweise (bei dem Vergabevermerk und in Fällen, die das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung rechtfertigen) der Begriff des Auftragnehmers verwendet, der jedoch nicht definiert wurde. Der Grund dafür liegt meiner Ansicht nach darin, dass die Richtlinie 2004/18/EG die Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge nur bis zum Zuschlagsverfahren koordiniert und zu dieser Zeit gibt es keine Auftragnehmer.

Weiter sieht die Richtlinie 2004/18/EG vor, dass Bewerber oder Bieter nicht allein deshalb zurückgewiesen werden, weil sie eine natürliche oder juristische Person sein müssen⁴⁰⁹ und, dass Angebote oder Teilnahmeanträge auch von **Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern** eingereicht werden können. Die öffentlichen Auftraggeber können nicht verlangen, dass nur Gruppen, die eine bestimmte Rechtsform haben, ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einreichen können; allerdings kann von der ausgewählten Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern verlangt werden, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist.⁴¹⁰ Diese Vorschrift enthält keine Bestimmung über die

⁴⁰⁹ Vgl. EuGH18.12.2007, Rs C-357/06, *Frigerio Luigi*.

⁴¹⁰ Art. 4 der Richtlinie 2004/18/EG

Zusammensetzung von Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern. Die Regelung der Zusammensetzung fällt deshalb in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten⁴¹¹.

In diesem Zusammenhang muss hervorgehoben werden, dass die Regelung der Zusammensetzung der Wirtschaftsteilnehmer in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.⁴¹² Dies bedeutet unter anderem, dass die Frage der Zulässigkeit der Beschränkung der Mitgliederzahl durch den Auftraggeber ausschließlich nach nationalem Recht zu beurteilen ist.⁴¹³ Aus der Rechtsprechung des EuGH geht noch hervor, dass Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern über eine Teilrechtsfähigkeit verfügen und die Aktivlegitimation im Bezug auf das prozessuale Recht besitzen müssen.⁴¹⁴

Gemäß Art. 44 Abs. 1 Richtlinie 2004/18/EG erfolgt die Auftragsvergabe nachdem die öffentlichen Auftraggeber die **Eignung der Wirtschaftsteilnehmer**, die nicht aufgrund von Art. 45 und 46 der Richtlinie ausgeschlossen wurden, geprüft haben. Diese Eignungsprüfung erfolgt nach den in den Art. 47 bis 52 Richtlinie 2004/18 genannten Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde. Die öffentlichen Auftraggeber können Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit stellen, denen die Bewerber und Bieter genügen müssen. Der Umfang der Informationen sowie die für einen bestimmten Auftrag gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein.⁴¹⁵

Ein Bewerber oder Bieter **ist** von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren **auszuschließen** („Muss-Bestimmungen“),⁴¹⁶ wenn der öffentliche Auftraggeber Kenntnis davon hat, dass dieser Bewerber oder Bieter aus einem der nachfolgenden Gründe rechtskräftig verurteilt worden ist:

1. Beteiligung an einer kriminellen Organisation im Sinne von Art. 2 Abs.1 der gemeinsamen Maßnahme 98/773/JI des Rates (1),
2. Bestechung im Sinne von Artikel 3 des Rechtsakts des Rates vom 26. Mai 1997 und von Art. 3 Abs. 1 der gemeinsamen Maßnahme 98/742/JI des Rates,
3. Betrug im Sinne von Artikel 1 des Übereinkommens über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften,

⁴¹¹ EuGH 23.01.2003, Rs C-57/01, *Makedoniko Metro*.

⁴¹² EuGH 23.01.2003, Rs C-57/01, *Makedoniko Metro*.

⁴¹³ Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 367.

⁴¹⁴ Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 367; EuGH 14.04.1994. Rs C-389/92, *Ballast Nedam Groep*; EuGH 23.01.2003, Rs C-57/01, *Makedoniko Metro*; EuGH 8. 09.2005, Rs C-129/04, *Espace Trianon*.

⁴¹⁵ Art. 44 Abs. 4 Richtlinie 2004/18

⁴¹⁶ Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 349.

4. Geldwäsche im Sinne von Art. 1 der Richtlinie 91/308/EWG des Rates vom 10. Juni 1991 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche.⁴¹⁷

Wobei die Mitgliedstaaten die Bedingungen für die Anwendung dieses Absatzes im Einklang mit ihren nationalen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts festlegen können. Zwecks Anwendung dieses Absatzes verlangen die öffentlichen Auftraggeber ggf. von den Bewerbern oder Bietern die Vorlage der bestimmten Unterlagen und können die nach ihrem Ermessen erforderlichen Informationen über die persönliche Lage dieser Bewerber oder Bieter bei den zuständigen Behörden einholen, wenn sie in Bezug auf die persönliche Lage dieser Bewerber oder Bieter Bedenken haben.

Ferner sieht die Richtlinie 2004/18/EG vor, dass von der Teilnahme am Vergabeverfahren jeder Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden **kann** („Kann-Bestimmungen“)⁴¹⁸,

1. der sich im Insolvenz-/Konkursverfahren oder einem gerichtlichen Ausgleichsverfahren oder in Liquidation befindet oder seine gewerbliche Tätigkeit eingestellt hat oder sich in einem Vergleichsverfahren oder Zwangsvergleich oder aufgrund eines in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen gleichartigen Verfahrens in einer entsprechenden Lage befindet;
2. gegen den ein Insolvenz-/Konkursverfahren oder ein gerichtliches Ausgleichsverfahren oder ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsvergleich eröffnet wurde oder gegen den andere in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehene gleichartige Verfahren eingeleitet worden sind;
3. die aufgrund eines nach den Rechtsvorschriften des betreffenden Landes rechtskräftigen Urteils wegen eines Deliktes bestraft worden sind, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt;
4. die im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben, die vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;
5. die ihre Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, oder des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben;
6. die ihre Verpflichtung zur Zahlung der Steuern und Abgaben nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, oder des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben;

⁴¹⁷ Art. 45 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG

⁴¹⁸ Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 349.

7. die sich bei der Erteilung von Auskünften, die gemäß diesem Abschnitt eingeholt werden können, in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.⁴¹⁹

Wobei zu bemerken ist, dass die Mitgliedstaaten die Bedingungen für die Anwendung dieses Absatzes nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts festlegen können. Nicht zu vergessen ist, dass im Abs. 3 Art. 45 die Nachweise genannt sind, die vom Auftraggeber zur Feststellung der Zuverlässigkeit eingefordert werden können. Sie sind in der Richtlinie 2004/18 abschließend aufgezählt und dürfen nicht durch andere Nachweise ergänzt werden.⁴²⁰

Schließlich ist zu erwähnen, dass die in der Richtlinie 2004/18/EG genannten Kriterien und Nachweise für die Feststellung der Zuverlässigkeit dem Auftraggeber ausreichende Möglichkeit bieten, die ordnungsgemäße Abwicklung des Auftrags zu gewährleisten. Die einheimischen Klassifikationen der Unternehmen, die den Nachweis ihrer Zuverlässigkeit erbringen, sind daher nicht zulässig.⁴²¹

Art. 46 Richtlinie 2004/18/EG betrifft die **Befähigung zur Berufsausübung**. Unter Befähigung versteht man eine bestimmte Berechtigung oder Mitgliedschaft bei einer bestimmten Organisation eines Wirtschaftsteilnehmers, die durch die Eintragung in ein Berufs- oder Handelsregister seines Herkunftslandes bestätigt ist. Zur Prüfung der Befähigung zur Berufsausübung kann der Auftraggeber jeden Wirtschaftsteilnehmer auffordern nachzuweisen, dass er im Berufs- oder Handelsregister seines Herkunftslandes vorschriftsmäßig eingetragen ist, bzw. eine Erklärung unter Eid oder eine Bescheinigung vorzulegen; nach der Maßgabe der Bedingungen, die im Mitgliedstaat seiner Niederlassung gelten. Wenn Bewerber oder Bieter eine bestimmte Berechtigung besitzen oder Mitglieder einer bestimmten Organisation sein müssen, um die betreffende Dienstleistung in ihrem Ursprungsmitgliedstaat erbringen zu können, so kann der öffentliche Auftraggeber Nachweis ihrer Berechtigung oder Mitgliedschaft verlangen. Nach der Rechtsprechung des EuGH verbietet die Richtlinie einem Mitgliedstaat, von einem Bieter eines anderen Mitgliedstaats zu verlangen, dass er den Nachweis hinsichtlich seiner beruflichen Befähigung mit anderen als den in der Richtlinie genannten Mitteln erbringen muss.⁴²²

⁴¹⁹ Art. 45 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG

⁴²⁰ EuGH 10.2.1982, Rs 76/81, *Transporoute*.

⁴²¹ EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92, *Kommission/Spanien*.

⁴²² EuGH 10.2.1982, Rs 76/81, *Transporoute*; EuGH 26.9.2000, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich*.

Ferner bestimmt Art. 47 Richtlinie die Nachweise die die **finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit** des Wirtschaftsteilnehmers in der Regel belegen können. Nach Rechtsprechung des EuGH ist den Mitgliedstaaten gestattet, andere als die in Art. 47 der Richtlinie genannten Nachweise zu fordern.⁴²³ Die Nachweise für die Bewertung und Prüfung der **technischen und/oder beruflichen Leistungsfähigkeit** des Wirtschaftsteilnehmers sind im Art. 48 Richtlinie 2004/18/EG genannt. Der Katalog dieser Nachweise ist abschließend und darf nicht durch die andere als im Art. 48 genannte Nachweise ergänzt werden.⁴²⁴ Gemäß Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 Abs. 2 kann sich ein Wirtschaftsteilnehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmen ungeachtet des rechtlichen Charakters, der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen stützen, sich also etwa eines Subunternehmers zu bedienen.⁴²⁵ Wichtig ist, dass in diesem Fall nachgewiesen werden muss, dass den Unternehmen die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem sie beispielsweise die diesbezüglichen Zusagen dieser Subunternehmen vorlegen.⁴²⁶

4.1.4. Rechtsvergleich

Die Teilnehmer des Vergabeverfahrens sind in BVergG 2006 in zwei Gruppen aufgeteilt: Bewerber und Bieter. Mit dem Bewerber- und Bieterstatus selbst sind verschiedene Rechtsfolgen verbunden. Von Bedeutung ist, dass alle Teilnehmer Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern sein müssen. BVergG 2006 enthält die eigene Definition des Unternehmerbegriffes. Diese Definition umfasst verschiedene Kategorien der Rechtsträger, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten; setzt also voraus, dass die Rechtsträger auf dem Markt seit einige Zeit agieren.

In Polen dagegen wurde anstelle von Bewerber- und Bieterbegriff ein und derselbe Begriff des Auftragnehmers eingeführt. Wobei der Auftragnehmerstatus und damit verbundene Rechtsfolgen davon abhängen, in welcher Phase des Verfahrens sich der

⁴²³ EuGH vom 10.2.1982, Rs 76/81, *SA Transporoute et travaux/Ministère des travaux publics* EuGH vom 9.7.1987, Rs 27 bis 29/86 *CEI und Bellini*.

⁴²⁴ EuGH vom 10.2.1982, Rs 76/81, *SA Transporoute et travaux/Ministère des travaux publics*; EuGH vom 26.9.2000, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich*.

⁴²⁵ Gruber in Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005), S.375.

⁴²⁶ Gemäß Art. 47 Abs. 3 und Art. 48 Abs. 3 Richtlinie 2004/18 können sich unter denselben Voraussetzungen Gemeinschaften von Wirtschaftsteilnehmern nach Artikel 4 auf die Kapazitäten der Mitglieder der Gemeinschaften oder anderer Unternehmen stützen.

Auftragnehmer befindet. Anders ausgedrückt ist für die Feststellung von Rechten und Pflichten des konkreten Auftragnehmers nicht der Auftragnehmerstatus selbst, sondern der Auftragnehmerstatus und das sich Befinden in konkreter Phase des Vergabeverfahrens entscheidend. Außerdem müssen die Auftragnehmer in Polen im Gegensatz zu Österreich nicht auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten und dürfen keine Unternehmer sein.

Hinsichtlich der Zusammenschlüsse von Unternehmen ist festzustellen, dass sie in beiden Ländern erlaubt sind. Wobei das österreichische Vergabegesetz die Teilnahme an dem Vergabeverfahren bestimmter Zusammenschlüsse von natürlichen oder juristischen Personen und/oder öffentlichen Einrichtungen ausdrücklich zulässt, was in PZP hingegen nicht der Fall ist.

Unter Bezugnahme auf die Richtlinie 2004/18/EG ist zu bemerken, dass die Definitionen der Teilnehmer des Vergabeverfahrens in BVergG 2006 am nächsten dem Wortlaut der Richtlinie entsprechen. BVergG 2006 unterscheidet zwischen den Bewerber- und Bieterbegriff und definiert den Katalog der Rechtsträger, die Bewerber oder Bieter sein dürfen gemäß der Definition der Wirtschaftsteilnehmer in der Richtlinie. Auf den ersten Blick weicht die PZP in diesem Bereich von der Richtlinie ab. Dennoch führt die genaue Betrachtung der Definitionen zu dem Ergebnis, dass dieser Bereich in PZP lediglich auf andere Weise gestaltet wurde und der Sinn der Richtlinie wiedergegeben wurde.

Sowohl in Österreich als auch in Polen können im Einklang mit der Richtlinie 2004/18/EG Angebote und Teilnahmeanträge von Gruppen der Unternehmen/Auftragnehmern eingereicht werden. In BVergG 2006 unterscheidet man zwischen BIEGE und ARGE, in Polen bezeichnet man das gemeinschaftliche Bewerben um die Vergabe des Auftrags als ein Konsortium. Wichtig ist, dass sich in beiden Ländern diese Formen der Zusammenarbeit auf die Institution des bürgerlichen Rechts (Zivilrechts) stützten, nämlich GesBR gemäß §1175 ABGB in Österreich und Zivilgesellschaft gemäß §§860 ff ZGB in Polen und dass sie keine juristischen Personen sind. Überdies, sind ihre Einzelne Mitglieder als Träger der Rechten und Pflichten, die sich aus dem BVergG 2006 sowie PZP ergeben, zu betrachten. Ferner sind sie als solche und nicht einzelne Mitglieder parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch das Vergabegesetz eingeräumten Rechte. Das Konsortium ähnelt der ARGE in Österreich im Bezug auf die Haftung seiner Mitglieder, weil es nach der Auswahl seines Angebots gesamtschuldnerisch für die Ausführung des Leistungsvertrags und Sicherstellung des Vertrags gegenüber dem Auftraggeber haftet. Im Falle von Widerruf des

Vergabeverfahrens oder Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter, wird das Konsortium sowie die BIEGE und die ARGE aufgelöst, weil sein/ihr Zweck - die Abgabe eines gemeinsamen Angebots und die Ausführung des Auftrags - nicht mehr erreichbar ist.

Hinsichtlich der Zulässigkeit der BIEGE/ARGE ist zu bemerken, dass in Österreich anders als im Falle des Konsortiums in Polen, aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von ARGE oder BIEGE für unzulässig erklärt werden kann, was vermutlich in der Anfangsphase des Vergabeverfahrens im Widerspruch zu der Richtlinie 2004/18/EG steht. Laut Art. 4 der Richtlinie 2004/18/EG können Angebote oder Teilnameanträge auch von Gruppen der Wirtschaftsteilnehmern eingereicht werden und die öffentlichen Auftraggeber nicht verlangen können, dass nur Gruppen, die eine bestimmte Rechtsform haben, ein Angebot oder einen Antrag auf Teilnahme einreichen können. Es kann von der ausgewählten Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern lediglich verlangt werden, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist.

Ferner, kann der Auftraggeber in Österreich anders als der Auftraggeber in Polen aus sachlichen Gründen eine Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von ARGE oder BIEGE vorsehen. Diese Regelung scheint jedoch nicht der Richtlinie 2004/18/EG zu widersprechen. Schließlich, sieht BVergG 2006 vor, dass wenn einer ARGE oder einer BIEGE der Zuschlag erteilt worden ist, der Auftraggeber verlangen kann, dass sie eine bestimmte Form annimmt, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrags erforderlich ist. PZP sieht in diesem Fall lediglich vor, dass der Auftraggeber von den Auftragnehmern (Mitglieder des Konsortiums) vor der Abschließung des Leistungsvertrags einen Vertrag fordern kann, der ihre Zusammenarbeit regelt. Aus dem Gesagten geht hervor, dass PZP anders als BVergG 2006 der Gleichbehandlungsgebot des Konsortiums (des kollektiven Auftragnehmers) und des selbständig handelnden Auftragnehmern besser zur Geltung bringt.

Schließlich, im Bezug auf die Erfüllung von Teilnahmeerfordernissen durch die Gruppen von Unternehmen/Auftragnehmern ist hinzuzufügen, dass die berufliche Zuverlässigkeit durch alle Mitglieder dieser Gruppen nachgewiesen werden muss. Die Nachweise für die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit sind hingegen von den Mitgliedern der BIEGE/ARGE oder des Konsortiums insgesamt zu erfüllen. Im Hinblick auf die beruflichen/fachlichen Befugnisse wurde festgestellt, dass in Österreich anders als in Polen jedes Mitglied einer ARGE oder BIEGE die Befugnis für den

ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen hat. In Polen dürfen alle Mitglieder eines Konsortium gemeinsam über alle erforderlichen Befugnisse verfügen.

Gemäß PZP und BVergG 2006 und im Einklang mit der Richtlinie 2004/18/EG müssen die Teilnehmer des Vergabeverfahrens bestimmte Eignungsanforderungen erfüllen. PZP nennt unmittelbar diese Erfordernisse. BVergG 2006 hingegen bestimmt die Eignungsanforderungen eher indirekt, nämlich durch die Angabe der Nachweise, die die Erfüllung dieser Anforderungen belegen. Der Grund für diesen Unterschied kann ohne Schwierigkeit erklärt werden. Der polnische Gesetzgeber musste in PZP die Eignungsanforderungen für die Nachweise der Eignung ausdrücklich nennen, weil in Polen diese Nachweise nicht in PZP sondern in Verordnung zu bestimmen sind (wegen Verordnungsermächtigung in Art. 25 Abs. 2 PZP).

Die Eignungsanforderungen für die Teilnahme an dem Vergabeverfahren in Österreich entsprechen großenteils den Teilnahmeerfordernissen des Vergabeverfahrens in Polen. Dies kann auf die Umsetzung der entsprechenden Vorschriften der Richtlinie 2004/18/EG zurückgeführt werden. Die berufliche/fachliche Befugnis und die berufliche Zuverlässigkeit sind hauptsächlich anhand von anderen Gesetzen zu bestimmen. Die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit in Österreich sowie das erforderliche Wissen und die Erfahrung, das technische Potential und die potentiellen Arbeitskräfte in Polen müssen durch den Auftraggeber selbst bestimmt werden. Die Leistungsfähigkeit und die berufliche/fachliche Befugnis sind strikt mit dem Auftragsgegenstand verbunden. Meiner Ansicht nach ist das auch der Grund warum die Richtlinie 2004/18/EG sowie das BVergG 2006 und PZP (einschließlich Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 18.05.2006 über Dokumente) keine Liste der Umstände enthält, die bei der Prüfung der Erfüllung dieser Anforderungen immer beachtet werden müssen.

Der wesentliche Unterschied betrifft im Bezug auf die Eignungsanforderungen den Zeitpunkt ihres Vorliegens. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit müssen in Österreich (außer Direktvergabe) spätestens entweder zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung oder zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen. In Polen müssen die Erklärungen und Unterlagen die Erfüllung der Teilnahmebedingungen nicht später als am Tag des Fristablaufs für die Abgabe von Teilnahmeanträgen oder der Angebotslegung bestätigen.

Hinsichtlich der Nachweise ist festzustellen, dass BVergG 2006 in Österreich sowie die Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 18.05.2006 über Dokumente in Polen ausführlich bestimmen, welche Eignungsnachweise der Auftraggeber auffordern kann. Der

Auftraggeber darf nur die Unterlagen auffordern, die in diesen Vorschriften genannt sind, weil sie die Maximalrahmen darstellen, die für die Prüfung der Eignung in Frage kommen. Überdies darf der Auftraggeber in Österreich die Nachweise nur so weit verlangen, wie es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist und in Polen nur soweit, wie es für die Durchführung des Verfahrens unerlässlich ist. Schließlich ist zu bemerken, dass in beiden Ländern auf die Forderung dieser Nachweise im OSB nicht verzichtet werden darf. Im USB in Polen kann der Auftraggeber jeweils entscheiden, ob er sie verlangen wird. In Österreich betrifft dies nur der Vergabe von Aufträgen, deren geschätzter Auftragswert bestimmte Beträge nicht erreicht, die aber niedriger als die Beträge für den USB sind.

4.2. Vorbereitung des Vergabeverfahrens

4.2.1. Das österreichische Recht

4.2.1.1. Bekanntmachungen

Ein Auftraggeber hat die beabsichtigte Beschaffung den potentiellen Bewerber oder Bieter bekannt zu machen. Nur wenn diese Kenntnis von einer bestimmten Auftragsvergabe erlangen, können sie bewerten, ob eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren für sie von Interesse sein kann. Nicht jede Vergabe ist bekannt zu machen. Gemäß §46 müssen die folgenden Vergaben verkündet werden:

1. Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages im offenen Verfahren, im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung;
2. Durchführung eines offenen oder nicht offenen Wettbewerbes;
3. Vergabe eines Baukonzessionsvertrages oder eines Bauauftrages, der von einem Baukonzessionär, der selbst kein Auftraggeber ist, vergeben werden soll;
4. Abschluss einer Rahmenvereinbarung;
5. Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems;
6. Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages im Wege eines wettbewerblichen Dialoges.

Bei den Bekanntmachungen ist zwischen der Vergabe in OSB und Vergabe in USB zu unterscheiden. Im OSB ist ein erhöhtes Maß an Transparenz erfordert. Die Aufträge müssen europaweit verkündet werden.⁴²⁷ **Im OSB hat der Auftraggeber Bekanntmachungen und Mitteilungen der Kommission** unter Verwendung der einschlägigen Standardformulare zu übermitteln. Die Übermittlung hat auf elektronischem Weg, in Ausnahmefällen auch per Fax, zu erfolgen. Dabei haben die Auftraggeber zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes die Bezeichnungen und Codes des Gemeinsamen Vokabulars für das öffentliche Auftragswesen (CPV) zu verwenden.⁴²⁸ **Überdies müssen die Aufträge in Österreich bekannt gemacht**

⁴²⁷ § 50 BVergG 2006

⁴²⁸ § 51 BVergG 2006

werden. Der Bundeskanzler⁴²⁹ und die Landesregierungen haben für den jeweiligen Vollziehungsbereich durch Verordnung festgelegt, in welchen Publikationsmedien zusätzliche Bekanntmachungen im OSB jedenfalls zu veröffentlichen sind. Darüber hinaus stehen dem Auftraggeber weitere Bekanntmachungen in sonstigen geeigneten Publikationsmedien frei.⁴³⁰ Dennoch dürfen die Bekanntmachungen in Österreich und sonstigen Publikationsmedien nicht vor dem Tag der Absendung der europaweiten Bekanntmachung an die Kommission veröffentlicht werden (zeitliche Beschränkung).⁴³¹ Ferner dürfen sie keine Informationen enthalten, die über die an die Kommission abgesendeten Bekanntmachungen oder die als Vorinformation in einem Beschafferprofil veröffentlicht wurden, hinausgehen (inhaltliche Beschränkung⁴³²).⁴³³

Wenn der Auftraggeber von der Möglichkeit der Verkürzung der Angebotsfrist gemäß §61 BVergG 2006 im OSB Gebrauch machen möchte, muss er eine **Vorinformation bekanntmachen**.⁴³⁴ Die Vorinformation wird durch Übermittlung der Vorinformation an die Europäische Kommission und durch Veröffentlichung der Vorinformation im Beschafferprofil des Auftraggebers erfolgen. Wobei die Vorinformation nicht im Beschafferprofil veröffentlicht werden darf, bevor der Auftraggeber eine entsprechende Bekanntmachung über die Veröffentlichung der Vorinformation an die Kommission abgesendet hat. Erwähnenswert ist noch, dass der Auftraggeber nicht verpflichtet ist, die in einer Vorinformation angekündigte Auftragsvergabe tatsächlich bekannt zu machen und zu vergeben.⁴³⁵

Im USB besteht hingegen keine Verpflichtung zur europaweiten Bekanntmachung. Der Bundeskanzler⁴³⁶ und die Landesregierungen haben für den jeweiligen Vollziehungsbereich durch Verordnung festgelegt, in welchen Publikationsmedien Auftraggeber Bekanntmachungen im USB jedenfalls zu veröffentlichen haben. Weitere Bekanntmachungen in sonstigen geeigneten Publikationsmedien stehen den Auftraggebern frei.⁴³⁷

⁴²⁹ Publikationsmedienverordnung 2006

⁴³⁰ § 52 Abs. 3 BVergG 2006

⁴³¹ Pock in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht (2005), S. 253.

⁴³² Pock in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht (2005), S. 253.

⁴³³ § 52 Abs. 4 BVergG 2006

⁴³⁴ § 53 BVergG 2006

⁴³⁵ Pock in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht (2005), S. 254.

⁴³⁶ Publikationsmedienverordnung 2006

⁴³⁷ § 55 Abs. 4 BVergG 2006

Am Ende ist noch zu erwähnen, dass der Auftraggeber an die in der Bekanntmachung bekannt gegebene Angaben gebunden ist und sie nur anhand der Institution der Berichtigung ändern oder vervollständigen kann.⁴³⁸

4.2.1.2. Ausschreibung⁴³⁹

In der Anfangsphase eines Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber die von ihm beabsichtige Leistung in einer Ausschreibung darzustellen und diese dann bekannt zu machen. Laut der im §2 Z 10 BVergG 2006 dargestellten Legaldefinition der Ausschreibung, ist sie die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete **Erklärung des Auftraggebers**, in der Auftraggeber festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte. Dies heißt, dass solche formfreie Verfahren wie die Direktvergabe oder auch das Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmen, nicht als Ausschreibung zu bezeichnen sind.⁴⁴⁰ Die Leistungen können gemeinsam oder getrennt ausgeschrieben werden.⁴⁴¹ Es besteht daher weder der Grundsatz der ungeteilten Vergabe noch ein gesetzlicher Vorbehalt zugunsten einer getrennten Vergabe.⁴⁴² Die wesentlichen Grundsätze und der wesentliche Inhalt einer Ausschreibung wurden in den §§79 ff BVergG 2006 normiert, wobei für elektronisch einzureichende Angebote die besonderen Bestimmungen gelten.⁴⁴³

Gemäß §79 Abs. 1 müssen die Leistungen sofern nicht ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Anwendung kommt, **rechtzeitig bekannt** gemacht werden, so dass die Vergabeverfahren nach BVergG 2006 ermöglicht werden.

Ferner, **sind die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten**, dass die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und – sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung erfolgt - ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können.⁴⁴⁴ In Bezug auf das offene und nicht offene Verfahren ist zu bemerken, dass die Leistungsbeschreibung und die sonstigen Bestimmungen – mit Ausnahme von einer konstruktiven Leistungsbeschreibung - so abzufassen sind, dass sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den

⁴³⁸ § 47 BVergG 2006

⁴³⁹ In Falle von dem wettbewerblichen Dialog handelt es sich entsprechend um eine „Beschreibung“.

⁴⁴⁰ Pachner in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 836.

⁴⁴¹ § 22 Abs.1 BVergG 2006

⁴⁴² AB zu § 22 Abs.1, zitiert nach *Breitenfeld/Edlinger/Pock*, BVergG 2006 (2006), S.120.

⁴⁴³ §§ 91 ff BVergG 2006

⁴⁴⁴ § 79 Abs. 3 BVergG 2006

Leistungsvertrag verwendet werden können⁴⁴⁵ (die Detailliertheit der Ausschreibungsunterlagen⁴⁴⁶).

Die Ausschreibungsunterlagen haben zu enthalten bzw. der Auftraggeber hat zu bestimmen (§80 BVergG 2006):

1. eine Bezeichnung des Auftraggebers oder des Auftraggebers und der vergebenden Stelle;
2. die als erforderlich erachteten oder die auf Aufforderung durch den Auftraggeber nachzureichenden Nachweise (soweit sie nicht bereits in der Bekanntmachung angeführt waren);
3. technische Spezifikationen;
4. ob die Vergabe nach den Bestimmungen des OSB oder USB erfolgt;
5. welche Vergabekontrollbehörde für die Kontrolle dieses Vergabeverfahrens zuständig ist;
6. ob der Zuschlag nach dem Best- oder nach dem Billigstangebotsprinzip erfolgen soll (Wenn der Zuschlag nach dem Bestangebotsprinzip erteilt werden soll, hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen bzw. in der Bekanntmachung alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Wenn die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung nicht möglich ist, so sind alle Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben.),
7. ob rechnerisch fehlerhafte Angebote ausgeschieden werden;
8. ob eine Vorreihung infolge der Berichtigung eines Rechenfehlers zulässig ist;
9. wenn der Auftraggeber die Alternativeangebote zulässt, ob und welche Art von Alternativangeboten zugelassen sind, ferner die Mindestanforderungen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen, sowie in welcher Art und Weise diese Angebote einzureichen sind;
10. wenn Abänderungsangebote zulässig sind, in welcher Art und Weise diese Angebote einzureichen sind;
11. ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind;

⁴⁴⁵ § 79 Abs. 4 BVergG 2006

⁴⁴⁶ *Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 266.*

12. dass die Erstellung des Angebots für die in Österreich zu erbringenden Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hat und dass sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten;
13. wenn ein Mittel zur Sicherstellung verlangt wird, ist in den Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber als ein derartiges Mittel eine Bankgarantie festzulegen;
14. wenn ein Vadium verlangt wird, die Höhe des Vadiums;
15. ob die Abgabe elektronischer Angebote zulässig ist, und wenn ja, ob diese Angebote ausschließlich auf elektronischem Weg oder sowohl auf elektronischem Weg als auch in Papierform abgegeben werden können;
16. die Art des Preises (ein Einheitspreis, ein Pauschalpreis oder ein Regiepreis);
17. ob der Preis nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren zu erstellen ist;
18. ob ein Bieter einen Variantenangebotspreis bilden kann;
19. Dauer der Zuschlagsfrist.

Bezüglich der **Subunternehmerleistungen** ist kurz zu erwähnen, dass – ausgenommen von Kaufverträgen - die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig ist. Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt.⁴⁴⁷

In diesem Zusammenhang ist noch zu bemerken, dass ein Bieter und nicht ein Subunternehmer sich gegenüber dem Auftraggeber zur Erfüllung des Auftrags im eigenen Namen und auf eigene Rechnung verpflichtet. Subunternehmer sind gemäß §1313a ABGB lediglich als Erfüllungsgehilfen anzusehen und stehen in keinem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber. Infolgedessen bleibt die Haftung des Bieters gegenüber dem Auftraggeber von den Subaufträgen unberührt.⁴⁴⁸

In der Vergabepaxis ist zwischen Ausschreibungsunterlagen in engerem Sinn (bei „einstufigem“ Verfahren wie insbesondere einem offenen Verfahren oder einem nicht offenen

⁴⁴⁷ § 83 BVergG 2006

⁴⁴⁸ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 325.

Verfahren ohne Bekanntmachung) und „Bewerbungsunterlagen“ (bei „zweistufigem“ Verfahren wie insbesondere einem nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung, Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung) zu unterscheiden. Überdies, teilt man die Ausschreibungsunterlagen in Themenbereiche (allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, Leistungsverzeichnis bei konstruktiven Ausschreibungen bzw. Beschreibung der Projektziele bei funktionalen Ausschreibungen, Vertragstext, Mustererklärungen der Bieter etc.).⁴⁴⁹

Weiters ist zu sagen, dass Ausschreibungsbestimmungen nach den für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen zivilrechtlichen Grundsätzen (§§914 ff ABGB) zu deuten sind.⁴⁵⁰ Folglich, neben dem Wortsinn dieser Bestimmungen ist noch die dem Bieter bzw. Bewerber erkennbare Absicht des Auftraggebers von Bedeutung.⁴⁵¹ Anders ausgedrückt handelt es sich um den objektiven Erklärungswert und dabei ist die Übung des redlichen Verkehrs heranzuziehen.⁴⁵² Wichtig ist, dass im Zweifelsfall undeutliche Ausschreibungsbestimmungen zu Lasten des Auftraggebers auszulegen sind.⁴⁵³ Denn geht das österreichische Vergaberecht davon aus, dass der Auftraggeber fachkundig ist, so dass er entweder eine erforderliche Fachkunde besitzt oder einen unbefangenen Sachverständiger beizuziehen hat.⁴⁵⁴⁴⁵⁵ Schließlich ist zu erwähnen, dass die sittenwidrige Ausschreibungsbedingungen⁴⁵⁶ sowie Scheinausschreibungen (um z.B. Wert einer Leistung zu ermitteln) in Österreich unzulässig sind.⁴⁵⁷

Die Unternehmer können in Österreich die **zusätzliche Auskünfte über die Ausschreibungsunterlagen** ersuchen. Laut §58 Abs. 2 muss das Ersuchen zeitgerecht gestellt werden. Der Auftraggeber hat dann jedenfalls aber spätestens sechs Tage, bei nicht offenen Verfahren oder beschleunigten Verhandlungsverfahren spätestens vier Tage, vor Ablauf der Frist für den Eingang der Angebote die Auskünfte zu erteilen.

Nach Ablauf der Frist für die Abgabe der Teilnahmeunterlagen/Angebote und während der Zuschlagsfrist ist der **Auftraggeber an die Ausschreibungsunterlagen gebunden**. Dies ergibt sich aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung, wonach alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass die Auftraggeber sich an ihre eigenen

⁴⁴⁹ Estermann in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2004), S. 263.

⁴⁵⁰ Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1.

⁴⁵¹ BVA 13.12.1994, S-4/94-33=WBI 1996, 413; BVA 5.6.2003, 09N-37/03-6; BVA 9.2.2004, 10N-137/03-20; OGH 20.1.2000, 6 Ob 69/99m, RIS.

⁴⁵² BVA 7.4.2000, N-45/99-74, N-46/99, N-3/00-44; VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; BVA 11.1.2008, N/0112-BVA14/14/2007-20; BVA 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21u, RIS.

⁴⁵³ BVA 14.1.2003, BVA 09N-100/03-19=RPA 2004, 48; BVA 5.1.2003, 08N-94/03-192=RPA-Slg 2004/53.

⁴⁵⁴ § 79 Abs. 9 BVergG 2006

⁴⁵⁵ Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 837.

⁴⁵⁶ OGH 25.2.1999, 6 Ob 320/98, zitiert nach Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 839.

⁴⁵⁷ Pachner, in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 839.

Ausschreibungsunterlagen halten werden.⁴⁵⁸ Am Rande ist zu erwähnen, dass die Bindung an die Ausschreibungsunterlagen im Verhandlungsverfahren abgeschwächt ist, weil der Auftraggeber einen gewissen Spielraum genoss, so dass die Auftragsbedingungen in diesen Grenzen geändert werden können.⁴⁵⁹

Die **Ausschreibungsunterlagen können berichtigt werden**, wenn während der Angebotsfrist irgendwelche Änderungen der Ausschreibung erforderlich werden.⁴⁶⁰ In diesem Fall ist die Angebotsfrist erforderlichenfalls entsprechend zu verlängern. Überdies, muss eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen allen Bewerbern oder Bietern nachweislich übermittelt werden. Ist dies nicht möglich, muss die Berichtigung in gleicher Weise wie die Ausschreibung bekannt gemacht werden.⁴⁶¹ Die Zulässigkeit der Berichtigung ist unabhängig davon, aus welchem Grund die Änderung erforderlich wird. Entscheidend ist allein die sachliche Unverzichtbarkeit, die Ausschreibung zu modifizieren.⁴⁶² Wichtig ist aber zu betonen, dass die Berichtigung der Ausschreibung nicht nach Ablauf der Angebotsfrist zulässig ist (die Bieter sind dann an ihre Angebote gebunden).⁴⁶³

Einige Änderungen können jedoch nicht berechtigt werden. Wenn Umstände bekannt werden, die schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen wären, eine Ausschreibung ausgeschlossen haben oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, ist ein Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen.⁴⁶⁴ In der Praxis fällt die Unterscheidung zwischen der zum Widerruf führenden Änderung und der die Modifizierung ermöglichenden Berechtigung äußerst schwer. Nach Meinung von *Pock* ist dabei zu beachten, ob die Berechtigung eine Änderung des potentiell in Betracht kommenden Bieterkreises verursachen kann (z.B. Änderung der Verfahrensart oder der Zuschlagskriterien).⁴⁶⁵

Abschließend ist zu sagen, dass §106 Abs. 6 BVergG 2006 eine **Rügeobliegenheit** der interessierten Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber vorsieht. Wenn ein interessierter Unternehmer der Ansicht ist, dass eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich ist, muss er dies umgehend dem Auftraggeber mitteilen, der wiederum erforderlichenfalls eine Berichtigung durchzuführen hat.

⁴⁵⁸ BVA 9.2.2004, 10 N-137/03-20 (verstärkter Senat), RIS.

⁴⁵⁹ *Estermann in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 264.

⁴⁶⁰ § 90 Abs. 1 BVergG 2006

⁴⁶¹ § 90 Abs. 2 BVergG 2006

⁴⁶² *Pock in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 364.

⁴⁶³ Vgl. BVA 20.6.1996, F-1/96-17=WBL 1997, 86; VwGH 4.9. 2002, 2000/04/0181 zitiert nach *Pock in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 364-365.

⁴⁶⁴ § 139 Abs. 1 BVergG 2006

⁴⁶⁵ *Pock in Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 364.

4.2.1.3. Leistungsbeschreibung

Die Festlegung des Leistungsgegenstands bildet einen wesentlichen Bestandteil der Ausschreibung. In der Leistungsbeschreibung sind die Mindestanforderungen an die zu erbringende Leistung festzustellen, so dass sie „dem vom Auftraggeber anzustrebenden Standard Rechnung tragen, ohne diskriminierend oder unverhältnismäßig zu sein“.⁴⁶⁶ Überdies, ist die Leistung so abzufassen, dass es einem Bieter ermöglichen muss die Anforderungen des Auftraggebers zu erkennen, ohne seit längerer Zeit mit diesem in Geschäftsbeziehungen zu stehen.⁴⁶⁷ Der Auftraggeber sollte also verhindern, dass einzelne Bieter, insbesondere die bisherigen Vertragspartner, einen Informationsvorsprung bei dem bestimmten Verfahren genießen werden.

Die Leistung kann wahlweise konstruktiv oder funktional beschrieben werden.⁴⁶⁸ **Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung** sind die Leistungen nach zu erbringenden Teilleistungen in einem **Leistungsverzeichnis** aufzugliedern.⁴⁶⁹ Die Leistungen sind so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet wird. Ferner, hat eine konstruktive Leistungsbeschreibung technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen.⁴⁷⁰

Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung werden die Leistungen als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben.⁴⁷¹ Eine funktionale Leistungsbeschreibung muss folgende Anforderungen erfüllen:

1. die technischen Spezifikationen haben das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind;
2. aus der Leistungsbeschreibung müssen sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die an die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht soweit erkennbar sein, dass die Vergleichbarkeit der Angebote im Hinblick auf die vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungs- oder Funktionsanforderungen gewährleistet ist;

⁴⁶⁶ Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 847.

⁴⁶⁷ BVA 2.7. 1997, N-4/97-17, zitiert nach Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 996.

⁴⁶⁸ § 95 Abs. 1 BVergG 2006

⁴⁶⁹ § 95 Abs. 2 BVergG 2006

⁴⁷⁰ § 96 Abs. 1 BVergG 2006

⁴⁷¹ § 95 Abs. 3 BVergG 2006

3. die Funktionen und Ziele müssen präzise genug definiert werden, um sicherzustellen, dass den Bewerbern und Bieter eine klare Vorstellung über den Auftragsgegenstand vermittelt wird und folglich die Vergabe des Auftrages ermöglicht wird.
4. eine funktionale Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten sowie Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen, soweit diese beim Auftraggeber vorhanden sind.⁴⁷²

Bezüglich beider Arten der Leistungsbeschreibung ist zu bemerken, dass bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung und der Aufgabenstellung auch mit der Leistung im Zusammenhang stehende allfällige zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren aufzunehmen sind, falls deren Kosten ein Zuschlagskriterium bilden.⁴⁷³ Überdies, sind in der Leistungsbeschreibung und der Aufgabenstellung alle Umstände anzuführen, die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind.⁴⁷⁴ Schließlich ist noch hervorzuheben, dass sowohl die Leistung als auch die Aufgabenstellung nicht so umschrieben werden darf, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.⁴⁷⁵

Sowohl eine konstruktive als auch eine funktionale Leistungsbeschreibung haben **technische Spezifikationen** zu enthalten. Technische Spezifikationen sind bei Bauaufträgen sämtliche, insbesondere in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene technische Anforderungen an einen Bauauftrag, mit deren Hilfe der Auftragsgegenstand so beschrieben werden kann, dass er seinen durch den Auftraggeber festgelegten Verwendungszweck erfüllt.⁴⁷⁶ Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sind die Spezifikationen in einem Schriftstück enthalten, der die Merkmale für ein Erzeugnis oder eine Dienstleistung vorschreibt.⁴⁷⁷ Sie müssen für alle Bewerber und Bieter gleichermaßen zugänglich sein und dürfen den Wettbewerb nicht auf ungerechtfertigte Weise behindern.⁴⁷⁸ Gemäß Abs. 2 § 98 BVergG 2006 kann die Leistungsbeschreibung **durch technische Normen** erfolgen (Z 1), wobei das Gesetz die Reihenfolge der Normen festsetzt. Überdies kann die Leistungsbeschreibung in Form von **Leistungs- oder Funktionsanforderungen** (Z 2) erfolgen, oder in Mischform von technischen Normen sowie Leistungs- oder Funktionsanforderungen (Z 3 und 4). Die Leistungsbeschreibung mit Hilfe von Leistungs- und Funktionsanforderungen ist zu empfehlen, wenn der Auftraggeber lediglich das Ziel der

⁴⁷² § 96 Abs. 2 BVergG 2006

⁴⁷³ § 96 Abs. 5 BVergG 2006

⁴⁷⁴ § 96 Abs. 6. BVergG 2006

⁴⁷⁵ § 96 Abs. 3 BVergG 2006

⁴⁷⁶ § 2 Z 34 a BVergG 2006

⁴⁷⁷ § 2 Z 34 b BVergG 2006

⁴⁷⁸ § 98 Abs. 1 BVergG 2006

Unternehmung präzise beschreiben kann, die Wege zu deren Realisierung jedoch nicht kennt oder von Unternehmern innovative Lösungsmöglichkeiten angeboten erhalten möchte.⁴⁷⁹

Die Auslegung technischer Spezifikationen richtet sich nach einem „durchschnittlichen Angehörigen angesprochenen Adressatenkreis“ (hier: der potentiellen Bewerber und Bieter).⁴⁸⁰ Dabei geht man davon aus, dass es sich bei den Spezifikationen um bedungene oder gewöhnlich vorausgesetzte Eigenschaften handelt (im Einklang mit §922 ABGB).⁴⁸¹ Folglich, wenn der Auftraggeber in Österreich die besonderen Anforderungen an die Leistung stellen wird, muss er darauf ausdrücklich hinweisen.

Abschließend ist noch zu bemerken, dass soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion, die Herkunft, ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmer oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Solche Verweise sind ausnahmslos mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.⁴⁸² Die maßgeblichen Kriterien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit sind in der Beschreibung der Leistung anzugeben.⁴⁸³

4.2.1.4. Bestimmungen für einen Leistungsvertrag

In der Ausschreibung sind noch zivilrechtliche Bestimmungen für einen Leistungsvertrag anzugeben.⁴⁸⁴ Dem § 99 Abs. 1 BVergG 2006 zufolge, soweit sich die Vertragsbestimmungen nicht aus der Beschreibung der Leistung ergeben, sind sie eindeutig und so umfassend festzulegen, dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zustande kommen kann. Weiters enthält diese Vorschrift eine exemplarische „Checkliste“⁴⁸⁵ der Angaben, die erforderlichenfalls im Leistungsvertrag festzulegen sind, wie z.B. die Erfüllungszeiten und allfällige Fixgeschäfte, Vertragsstrafen, Sicherstellungen, Arten der Preise, Mehr- oder

⁴⁷⁹ EB zu § 98, RV 1171 BlgNR. XXI. GP 136.

⁴⁸⁰ Pachner in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 1007.

⁴⁸¹ Vgl. OGH 24.10.2000, 1Ob 140/00, zitiert nach Pachner in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 1007.

⁴⁸² § 98 Abs. 7 BVergG 2006

⁴⁸³ § 98 Abs. 8 BVergG 2006

⁴⁸⁴ Werschitz/Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S. 133.

⁴⁸⁵ Estermann in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 279-280; EB zu § 99 BVergG 2006, 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 136.

Minderleistungen, anzuwendendes Recht und Gerichtsstand, Erfüllungsort, Gewährleistung und Haftung, Versicherungen.

Der Auftraggeber kann gemäß §99 Abs. 2 BVergG 2006 weitere Festlegungen für den Leistungsvertrag treffen. Wenn jedoch die für die Vertragsbestimmungen geeigneten Leitlinien bestehen, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten (nicht pauschal) davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen muss der Auftraggeber festhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekannt geben. Überdies dürfen die Abweichungen von Leitlinien, nicht zu den missbräuchlichen bzw. sittenwidrigen Festlegungen führen.⁴⁸⁶ Die Abweichung von der Leitlinien sachlich gerechtfertigt werden muss.⁴⁸⁷ Denn gemäß §879 Abs. 3 ABGB ist eine Abweichung vom dispositiven Recht durch einseitig festgelegte Vertragsbestimmungen, die nicht die Hauptleistungspflichten betreffen, als unzulässige gröbliche Benachteiligung des anderen Vertragspartners zu betrachten. In den Fällen von §879 Abs. 3 ABGB deutet das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung der Abweichung von Leitlinien auf die Unwirksamkeit der Abweichung hin.⁴⁸⁸

Ergänzend ist noch hinzuzufügen, dass die Vorschriften hinsichtlich Rücktritt des Auftraggebers vom Vertrag⁴⁸⁹ und der Nichtigkeit der Zuschlagserteilung⁴⁹⁰ die absolut zwingenden Vorschriften darstellen und müssen somit in dem Leistungsvertrag nicht wiederholt werden.

4.2.2. Das polnische Recht

4.2.2.1. Bekanntmachungen

Die Bekanntmachungen leiten das Vergabeverfahren in Polen ein. Je nach Art des Vergabeverfahrens und dem Auftragswert ist die Bekanntmachung in verschiedenen Medien zu veröffentlichen und soll verschiedene Angaben enthalten. Diese Angaben sind jeweils bei

⁴⁸⁶ Erläuterungen zu § 99 Abs. 2 BVergG 2006, 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 136.

⁴⁸⁷ BVA 21.06.2006, N/0033-BVA/13/2006-28, RIS.

⁴⁸⁸ *Krejci*, Muss ein Abweichen von ÖNORMEN bei Ausschreibungen nach dem BvergG 2006 sachlich gerechtfertigt sein? RPA 2006, 70.

⁴⁸⁹ § 339 BVergG 2006

⁴⁹⁰ § 132 BVergG 2006

den Vorschriften bezüglich einzelner Verfahrensarten zu finden. Im PZP ist zwischen folgenden Arten der Bekanntmachungen zu unterscheiden:⁴⁹¹

1. Bekanntmachungen über die für die nächsten 12 Monate beabsichtigen Aufträge oder Rahmenverträge;⁴⁹²
2. Bekanntmachungen über Einleitung des Verfahrens über Auftragsvergabe auf dem Wege von unbeschränkter Ausschreibung,⁴⁹³ beschränkter Ausschreibung,⁴⁹⁴ der Verhandlungen mit Bekanntmachung,⁴⁹⁵ wettbewerbliches Dialogs,⁴⁹⁶ und elektronischer Versteigerung;⁴⁹⁷
3. Bekanntmachungen über Wettbewerbe⁴⁹⁸ und Konzessionen⁴⁹⁹;
4. Bekanntmachungen bezüglich den Rahmenverträgen⁵⁰⁰ und das dynamische Beschaffungssystem⁵⁰¹.

Der Auftraggeber ist grundsätzlich verpflichtet, in einer unbeschränkten Ausschreibung, einer beschränkten Ausschreibung, in Verhandlungen mit Bekanntmachung sowie in einem wettbewerblichen Dialog **die Bekanntmachung an zugänglicher öffentlicher Stelle am Standort des Auftraggebers und unter seiner Internetadresse bekannt zu geben**. Überdies muss er sie in offiziellen Publikationsmedien veröffentlichen. Zu diesen Medien gehören: das Bulletin der öffentlichen Auftragsvergaben, das auf der Internetseite des Vergabeamtes zugänglich ist⁵⁰² und, wenn die Bekanntmachungen dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft zu übermitteln sind, das Amtsblatt der Europäischen Union.⁵⁰³

Im USB sind die Bekanntmachungen über Einleitung unbeschränkter und beschränkter Ausschreibung, der Verhandlungen mit Bekanntmachung, des wettbewerblichen Dialogs, der elektronischen Versteigerung im Bulletin der öffentlichen Auftragsvergaben bekannt zu geben. Wobei der geschätzte Auftragswert mindestens 14 000 Euro betragen muss.⁵⁰⁴ Die

⁴⁹¹ Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2006), S. 75-76.

⁴⁹² Art. 13 PZP

⁴⁹³ Art. 40 PZP

⁴⁹⁴ Art. 48 PZP

⁴⁹⁵ Art. 56 PZP

⁴⁹⁶ Art. 60c PZP

⁴⁹⁷ Art. 75 PZP

⁴⁹⁸ Art. 115 PZP

⁴⁹⁹ Art. 128 PZP

⁵⁰⁰ Art. 99 PZP

⁵⁰¹ Art. 102 PZP

⁵⁰² Art. 11 Abs. 1 Z 1 PZP

⁵⁰³ Art. 11 Abs. 1 Z 2

⁵⁰⁴ Art. 4 Punkt 4 PZP

Vergabeverfahren, die aufgrund ihres Auftragswerts im Bulletin nicht obligatorisch zu veröffentlichen sind, können auf Antrag des Auftraggebers jeweils dort bekannt gegeben werden.⁵⁰⁵ Im OSB sind die Bekanntmachungen dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften zu übermitteln. Die Bekanntmachungen sind diesem Amt anhand von Mustern, die in der Verordnung der EU Kommission Nr. 1564/2005/EG bestimmt sind, zu übermitteln.⁵⁰⁶ Im Falle der europaweiten Bekanntmachung entfällt die Pflicht der Veröffentlichung im polnischen Bulletin der öffentlichen Auftragsvergaben.⁵⁰⁷

Ferner ist anzugeben, dass im Falle von Bauleistungsaufträgen, deren Wert den in Złoty ausgedrückten Gegenwert des Betrags von 20 000 000 Euro oder - im Falle eines Liefer- oder Dienstleistungsauftrags - den in Złoty ausgedrückten Gegenwert des Betrags von 10 000 000 Euro übersteigt, hat der Auftraggeber den Auftrag auch in einer Tageszeitung oder in einer über die Landesweite hinausreichenden Zeitschrift bekannt zu machen.⁵⁰⁸

Die Bekanntmachungen im Bulletin öffentlicher Auftragsvergaben sind auf elektronischem Weg unter Verwendung der unter der Internetadresse des Vergabeamtes verfügbaren Formulars zu übermitteln.⁵⁰⁹ Der Auftraggeber fügt, anhand der Webadresse des Vergabeamtes, die Bekanntmachung im Bulletin selbst bei. Nach dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft, sind die Bekanntmachungen schriftlich, per Telefax oder auf elektronischem Weg zu übermitteln, und in gesetzlich vorgesehenen Fällen - auf dem elektronischen Weg im Einklang mit der Form und den Prozeduren, die auf der Internetseite gemäß Abs. 3 Anhang VII der Richtlinie 2004/18 EG bestimmt sind.⁵¹⁰ Der Auftraggeber muss nachweisen, dass die Bekanntmachung im Bulletin der öffentlichen Auftragsvergaben und/oder dem Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurde.⁵¹¹

Der Auftraggeber ist an die in der Bekanntmachung bekannt gegebene Informationen gebunden. Die Änderungen der Bekanntmachung sind unter Beachtung bestimmter Voraussetzungen zulässig.⁵¹²

Am Ende ist noch zu erwähnen, dass für Bauleistungen im OSB und wenn der geschätzte, summierte Wert der Lieferungen sowie einiger Dienstleistungen dem in Złoty ausgedrückten Gegenwert des Betrages von 750 000 Euro gleich ist oder ihn übersteigt, können die Auftraggeber nach der Bestätigung oder dem Beschluss über den Finanzplan

⁵⁰⁵ Art. 11 Abs. 5 PZP

⁵⁰⁶ Art. 11 Abs. 7 PZP

⁵⁰⁷ *Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski*, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 91.

⁵⁰⁸ Art. 40 Abs. 4 PZP in Zusammenhang mit Art. 48 Abs. 1 PZP, Art. 56 Abs. 1 PZP, Art. 60 c Abs. 1 PZP.

⁵⁰⁹ Art. 12 Abs. 1 PZP

⁵¹⁰ Art. 12 Abs. 2 PZP

⁵¹¹ Art. 12 Abs. 3 PZP

⁵¹² Art. 12a PZP

gemäß den Vorschriften, an die sie gebunden ist, laut der Satzung oder gemäß dem Vertrag oder - wenn sie keinen Finanzplan erstellen einmal im Jahr - eine **Vorbekanntmachung** über die für die nächsten 12 Monate beabsichtigen Aufträge oder Rahmenverträge veröffentlichen.⁵¹³ Die Vorbekanntmachung ist dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft zu übermitteln und/oder auf Internetseite des Auftraggebers auf der für die Auftragsvergabe abgesonderten Stelle (Beschafferprofil) bekannt zu machen. Nichtsdestoweniger darf diese Information in dem Beschafferprofil erst nach ihrer Übermittlung dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft, bekannt gemacht werden. Um das Vergabeverfahren einzuleiten, ist der Auftraggeber nicht verpflichtet die Vorbekanntmachung zu veröffentlichen. Die Veröffentlichung einer Vorbekanntmachung ermöglicht die Verkürzung der Angebotsfristen in einigen Vergabeverfahren.⁵¹⁴

4.2.2.2. Spezifikation der wesentlichen Auftragsbedingungen (SIWZ)

Das fundamentale Schriftstück im Vergabeverfahren stellt die Spezifikation der wesentlichen Auftragsbedingungen (SIWZ) dar. Anhand der SIWZ bereiten die Auftragnehmer die Angebote vor. Sie ist in allen Vergabeverfahren außer elektronischer Versteigerung und der Direktvergabe abzufassen. Dennoch ist SIWZ in verschiedenen Vergabeverfahren den Auftragnehmern in anderem Stadium zu übermitteln. Die Zeit der Übermittlung der SIWZ bestimmt PZP in der Vorschriften bezüglich einzelner Vergabearten. Die Bedingungen und Unterlagen, die in SIWZ enthalten sind, müssen mit den Bedingungen, die in Bekanntmachung angegeben wurden, übereinstimmend sein.⁵¹⁵

Der Auftraggeber ist seit der Gewährung der SIWZ daran gebunden. Laut Art. 14 PZP finden die Vorschriften des ZGB auf die durch die Auftraggeber und Auftragnehmer im Zuge des Vergabeverfahrens vorgenommenen Handlungen Anwendung, sofern die Vorschriften des PZP nichts anderes bestimmen. Gemäß Art. 70¹§4 ZGB, ist der Organisator der Ausschreibung verpflichtet, ab dem Zeitpunkt der Gewährung der Bedingungen, und der Bieter ab der Zeit der Angebotstellung im Einklang mit der Bekanntmachung der Auktion oder der Ausschreibung, gemäß der Bekanntmachung sowie den Bedingungen der Auktion

⁵¹³ Art. 13 Abs. 1 PZP

⁵¹⁴ Diese Vorschrift findet keine Anwendung im Bezug auf beabsichtige Dienstleistungsaufträge gemäß Art. 5 Abs. 1 PZP und auf beabsichtige Aufträge, die nicht im Wege einer unbeschränkten Ausschreibung, einer beschränkten Ausschreibung, Verhandlungen ohne Bekanntmachung oder eines wettbewerblichen Dialogs zu vergeben sind (Art. 13 Abs.3 PZP).

⁵¹⁵ Stawicki in in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2006), S. 131.

oder Ausschreibung zu handeln. Folglich ist **SIWZ als die Bedingungen der Ausschreibung** im Sinne des ZGB zu verstehen.⁵¹⁶

Art. 36 Abs. 1 PZP bestimmt die Mindestanforderungen einer SIWZ. Überdies kann der Auftraggeber weitere Bedingungen hinzufügen. Sie sind im Abs. 2 genannt, wobei einige von ihnen unter bestimmten Umständen obligatorisch sein können (z. B. die Beschreibung der Teilleistung, sofern die Abgabe von Teilangeboten durch den Auftraggeber zugelassen wird). Weiter ist zu sagen, dass der Katalog der Bedingungen gemäß Abs. 2 im Unterschied zu dem Katalog gemäß Abs. 1 nicht vollständig ist.⁵¹⁷

Die SIWZ **muss** mindestens folgende Angaben enthalten:

1. den Namen (die Firma) und die Anschrift des Auftraggebers;
2. die Art des Vergabeverfahrens;
3. die Beschreibung der Leistung;
4. die Frist für die Ausführung des Auftrags;
5. die Beschreibung der Teilnahmebedingungen des Vergabeverfahrens und die Beschreibung der Art und Weise, in der die Erfüllung dieser Bedingungen gewertet wird;
6. Verzeichnis der Erklärungen und Unterlagen, die von den Unternehmern zum Zweck des Nachweises der Erfüllung der Teilnahmebedingungen des Vergabeverfahrens vorzulegen sind;
7. Informationen über die Art und Weise, in der sich der Auftraggeber mit den Unternehmern verständigt und über Übermittlung der Erklärungen und Unterlagen, sowie Angaben über die befugte Personen die mit den Auftragnehmer kommunizieren werden;
8. die Anforderungen an die Sicherstellung;
9. die Zuschlagsfrist (*termin zwiqzania ofertq*);
10. die Beschreibung der Art und Weise, in der das Angebot erstellt werden sollte;
11. den Ort und Termin für das Einreichen und die Öffnung der Angebote;
12. die Beschreibung der Preisberechnung (darunter muss der Auftraggeber angeben, ob die Vergütung pauschal oder als Einheitspreis zu berechnen ist⁵¹⁸);

⁵¹⁶ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 172.

⁵¹⁷ Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Łysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2006), S. 129.

⁵¹⁸ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 177.

13. die Beschreibung der Kriterien nach denen sich der Auftraggeber bei der Wahl des Angebotes richten soll, samt der ihnen zuerkannten Bedeutung sowie auch der Art und Weise, in der das Angebot gewertet wird;
14. Informationen über Formalitäten, die nach der Auswahl eines Angebotes erledigt werden sollen, um den Leistungsvertrag für den öffentlichen Auftrag zu schließen;
15. die Anforderungen an die Sicherstellung des Leistungsvertrags;
16. die für die Parteien **wesentlichen Bestimmungen, die in den zu schließenden Leistungsvertrag** einbezogen werden, oder allgemeine Vertragsbedingungen oder ein Vertragsmuster, sofern der Auftraggeber von dem Unternehmer verlangt, dass der Leistungsvertrag nach diesen Bedingungen abgeschlossen wird;
17. Belehrung über die dem Unternehmer im Zuge des Vergabeverfahrens zustehenden Rechtsmittel.⁵¹⁹

Wenn die PZP - Vorschriften nicht anders bestimmen, ist auch die SIWZ zu enthalten:

1. die Beschreibung der Teilleistung, sofern die Abgabe von Teilangeboten durch den Auftraggeber zugelassen wird;
2. die maximale Anzahl der Auftragnehmer, mit den der Auftraggeber den Rahmenvertrag abschließen wird, wenn der Auftraggeber die Abschließung des Rahmenvertrags beabsichtigt;
3. Information über beabsichtigte zusätzliche Aufträge wenn der Auftraggeber die Vergabe solcher Aufträge voraussieht;
4. die Beschreibung der Art und Weise, in der die Variantenangebote vorgelegt werden, sowie die Mindestanforderungen, denen die Variantenangebote entsprechen sollen, sofern ihre Abgabe durch den Auftraggeber zugelassen wird;
5. die elektronische Adresse oder Internetadresse des Auftraggebers, sofern die Verständigung auf elektronischem Wege durch den Auftraggeber zugelassen wird;
6. Informationen über Fremdwährungen, in denen die Abrechnungen zwischen dem Auftraggeber und den Unternehmern abgewickelt werden können, sofern der Auftraggeber die Abrechnung in Fremdwährungen voraussieht;
7. wenn der Auftraggeber die Durchführung der elektronischen Auktion beabsichtigt:
 - a) die Information über die beabsichtigte Auswahl des günstigsten Angebots durch die elektronische Auktion,
 - b) die Anforderungen bezüglich der Registrierung und Identifizierung der Auftragnehmer, darunter technische Anforderungen der EDV Geräte,

⁵¹⁹ Im Falle von Aufträgen in USB müssen in der SIWZ die Angaben gemäß Art. 36 Abs. 1 Punkt 6 und 8 und 15 nicht enthalten werden (Art. 36 Abs. 3 PZP).

- c) die Information, welche Kriterien der Angebotsbeurteilung während der elektronischen Versteigerung verwendet werden;
8. die Höhe der Rückerstattung der Teilnahmekosten im Verfahren, wenn der Auftraggeber dies beabsichtigt.⁵²⁰

Dieser Katalog enthält die Bestimmungen, die je nach Vergabeverfahren durch den Auftraggeber in der SIWZ einzubeziehen sind. Wenn der Auftraggeber keinen Bezug auf diese Bedingungen nimmt, dann ist dies mit Mangel an Einverständnis seitens des Auftraggebers gegenüber diesen Möglichkeiten (z.B. zu Teilangeboten oder Abrechnungen in Fremdwährungen) gleichbedeutend.⁵²¹

Der Auftraggeber verlangt in SIWZ vom Auftragnehmer die Angabe, welche Auftragsteile er den **Subauftragnehmern** (Subunternehmern) zur Ausführung anvertrauen wird.⁵²² Er darf nicht die Namen (Firmen) und andere Angaben bezüglich der Subunternehmer verlangen. Nichtsdestoweniger kann anhand entsprechender Bestimmungen in dem Leistungsvertrag der Zugang zu den Informationen über Subunternehmer gewährleistet werden.⁵²³ Grundsätzlich darf der Auftragnehmer mit der Ausführung des Auftrags den Subauftragnehmer beauftragen, es sei denn, dass der Auftraggeber **aufgrund der Besonderheit des Auftragsgegenstands** in der SIWZ bestimmt, dass der ganze Auftrag oder ein Teil des Auftrags nicht den Subauftragnehmern anvertraut werden darf.⁵²⁴ Am Ende ist noch zu erwähnen, dass gemäß Art. 474 ZGB (im Zusammenhang mit Art. 139 Abs. 1 PZP) die vertragliche Haftung gegenüber dem Auftraggeber durch den Auftragnehmer und nicht durch den Subauftragnehmer zu tragen ist. Schließlich ist festzustellen, dass in Polen die Zulässigkeit der Weitergabe von Teilen der Leistung nicht davon abhängig gemacht wird, ob der Subauftragnehmer die Teilnahmebedingungen an dem Vergabeverfahren erfüllt. PZP sieht nämlich vor, dass der Auftraggeber keine Angaben über die Subauftragnehmer fordern darf.⁵²⁵

⁵²⁰ Art. 36 Abs. 2 PZP

⁵²¹ *Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz* (2006), S. 129.

⁵²² Art. 36 Abs. 4 PZP

⁵²³ *Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych* (2007), S. 182.

⁵²⁴ Art. 36 Abs. 5 PZP

⁵²⁵ Vgl. auch KIO 17.07.2008, KIO/UZP 680/08, LEX Nr. 443405.

Der Auftragnehmer kann den Auftraggeber ersuchen, **den Inhalt der SIWZ zu erläutern**. Diese Forderung ist als Befugnis des Auftragnehmers⁵²⁶ und nicht als seine Pflicht zu betrachten. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Erläuterungen unverzüglich zu erteilen, es sei denn, dass das Ersuchen auf die Erteilung der Erläuterungen dem Auftraggeber weniger als sechs Tage vor dem Ablauf der Frist für die Angebotsabgabe zugegangen ist, oder im Falle der unbeschränkten Ausschreibung oder der Verhandlungen mit Bekanntmachung, wenn ein dringender Bedarf besteht, weniger als vier Tage vor dem Ablauf der Frist für die Angebotsabgabe.⁵²⁷ Die Beweislast, dass ein dringender Bedarf besteht und die Erteilung von Erläuterungen verweigert werden muss, trägt der Auftraggeber.⁵²⁸ Der Auftraggeber hat den Inhalt der Anfragen mit Erläuterungen allen Auftragnehmern, denen die SIWZ zugestellt worden ist, ohne Angabe der Anfragequelle zu übermitteln. Wenn die SIWZ auf der Internetseite veröffentlicht wurde, sind die Erläuterungen auf dieser Seite bekannt zu geben.⁵²⁹ Die Erläuterungen der SIWZ sind als authentische Auslegung der Auftraggeber zu betrachten und beide Seiten sind daran gebunden, sowohl der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer.⁵³⁰ Gegen die Erläuterungen oder ihre nicht unverzügliche Erteilung kann ein Protest gemäß art. 180 PZP eingelegt werden.

Der Auftraggeber kann eine **Versammlung aller Auftragnehmer** einberufen, um den Inhalt der SIWZ zu erläutern; in einem solchen Falle hat der Auftraggeber eine Information zu erstellen, in der die in der Versammlung angemeldeten Anfragen zu dem Inhalt der SIWZ sowie ihre Beantwortung ohne Angabe der Anfragequelle enthalten sein müssen. Die Information aus der Versammlung wird den Auftragnehmern unverzüglich zugestellt, denen die SIWZ übermittelt worden ist. Wenn die SIWZ auf der Internetseite veröffentlicht wurde, ist die Information auch auf dieser Internetseite bekannt zu geben.⁵³¹

In begründeten Fällen kann der Auftraggeber zu jeder Zeit vor Ablauf der Angebotsfrist **den Inhalt der SIWZ modifizieren**.⁵³² Das Gesetz definiert den Begriff „begründete Fälle“ nicht. Sie werden also durch Lehre und Judikatur näher bestimmt. Der Auftraggeber sollte vor allem diese Bestimmungen der SIWZ ändern, die begründete Zweifel der Auftragnehmer hervorgerufen haben und die den Gegenstand der Anträge auf

⁵²⁶ Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2006), S. 137.

⁵²⁷ Art. 38 Abs. 1 PZP

⁵²⁸ Art. 6 ZGB im Zusammenhang mit Art. 14 PZP

⁵²⁹ Art. 38 Abs. 2 PZP

⁵³⁰ SO w Warszawie 18.12.2002 zitiert nach Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 185.

⁵³¹ Art. 38 Abs. 3 PZP

⁵³² Art. 38 Abs. 4 PZP

Erläuterungen darstellten.⁵³³ Denn der Zweck der Modifizierung der SIWZ ist die Verbesserung ihrer Transparenz und Eindeutigkeit ihrer Bestimmungen. Die Modifizierungsgrenze setzen diese Bestimmungen der SIWZ, die ihr Wesen ausmachen.⁵³⁴ Überdies darf der Auftraggeber die Bestimmungen der SIWZ nicht ändern, wenn dadurch die Grundsätze des Vergabeverfahrens (z.B. der Grundsatz der Gleichbehandlung der Auftragnehmer oder der Grundsatz der Öffentlichkeit) oder andere Vorschriften des PZP verletzt oder nicht eingehalten werden können.⁵³⁵

Die Beschränkung der SIWZ - Modifizierung betrifft alle Verfahrensarten, in denen SIWZ abzufassen ist. Nur im Fall der Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung darf der Auftraggeber die SIWZ nach Abschluss der Verhandlungen präzisieren und/oder vervollständigen, wobei dies nicht zur Änderung des Auftragsgegenstands und ursprünglichen Auftragsbedingungen führen darf.⁵³⁶

Die vorgenommene Modifizierung muss allen Auftragnehmern, denen die SIWZ übermittelt worden ist, unverzüglich zugesandt werden, und wenn die Spezifikation auf der Internetseite veröffentlicht wurde, ist die Modifizierung auch auf dieser Internetseite bekannt zu geben.⁵³⁷

Falls die Modifizierung der SIWZ zur Änderung des Bekanntmachungsinhaltes führt, muss im Falle der unbeschränkten Ausschreibung die Bekanntmachung über die Änderung der Bekanntmachung im Bulletin der öffentlichen Auftragsvergabe veröffentlicht werden (im USB) oder dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft übermittelt werden (OSB).⁵³⁸ Mit Vorbehalt der im PZP vorgesehenen Ausnahmen, ist die Modifizierung der SIWZ, die zur Änderung des Bekanntmachungsinhaltes führt, nach dem Ablauf der Frist für die Abgabe der Teilnahmeanträge in der unbeschränkten Ausschreibung und im Verhandlungen mit Bekanntmachung unzulässig.⁵³⁹

Der Auftraggeber hat die Angebotsfrist zu verlängern, sofern im Zusammenhang mit der Modifizierung der SIWZ (wenn dadurch der Inhalt der Bekanntmachung nicht geändert wurde) die zusätzliche Zeit für die Anpassung der Angebote erforderlich ist. Die Verlängerung der Angebotsfrist wird durch den Auftraggeber allen Auftragnehmern, denen die SIWZ übermittelt worden ist, unverzüglich mitgeteilt, und wenn die SIWZ auf der

⁵³³ *Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2006), S. 138.*

⁵³⁴ *Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2006), S. 138.*

⁵³⁵ *Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 187.*

⁵³⁶ Art. 59 Abs. 1 und 2 PZP

⁵³⁷ Art. 38 Abs. 4 PZP

⁵³⁸ Art. 38 Abs. 4a PZP

⁵³⁹ Art. 38 Abs. 4b PZP

Internetseite veröffentlicht wurde, ist die Information auf dieser Internetseite bekannt zu geben.⁵⁴⁰

4.2.2.3. Leistungsbeschreibung

Das Beschreiben der Leistung ist eine der wesentlichsten Aufgaben, die der Auftraggeber im Vergabeverfahren ausführen muss und stellt den grundsätzlichen Bestandteil der SIWZ dar. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Leistung eindeutig und vollständig unter Verwendung von ausreichend präzisen und verständlichen Begriffsbestimmungen und unter Berücksichtigung von sämtlichen Anforderungen und Umständen, die für die Erstellung des Angebotes einen Einfluss haben können, zu beschreiben.⁵⁴¹ Die Richtigkeit ihrer Abfassung ist von der Perspektive des Auftragnehmers zu beurteilen.⁵⁴² Die „Eindeutigkeit“ der Leistungsbeschreibung ist unter konkreten Umständen eines Tatbestands zu bewerten. Für die Auslegung der unklaren Begriffe ist von großer Bedeutung, dass die Leistungsbeschreibung vor allem an Fachleute gerichtet ist.⁵⁴³

Weiters darf die Leistung nicht auf eine Weise beschrieben werden, die den lauterer Wettbewerb behindern **könnte**.⁵⁴⁴ Somit verbietet PZP eine Leistungsbeschreibung, die nicht nur den Wettbewerb behindert, sondern ihn auch potentiell behindern könnte.⁵⁴⁵ Ferner sieht PZP vor, dass in der Leistungsbeschreibung nicht auf Warenzeichen, Patente oder Herkunft hingewiesen werden darf, sofern dies nicht durch den Leistungsgegenstand gerechtfertigt ist oder sofern der Leistungsgegenstand durch den Auftraggeber andernfalls nicht hinreichend genau beschrieben werden kann. Derartige Hinweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ oder mit anderen gleichbedeutenden Zusätzen zu versehen.⁵⁴⁶ Überdies lässt die Judikatur die Möglichkeit der Leistungsbeschreibung anhand der Warenzeichen, Patente oder Herkunft zu, wenn ohne diese Bezeichnungen, die Beschreibung schwer und nicht rational sein würde.⁵⁴⁷ Dabei sollte der Auftraggeber in Lage sein diese „Schwierigkeit“ und „Unrationalität“ nachzuweisen.

⁵⁴⁰ Art. 38 Abs. 6 PZP

⁵⁴¹ Art. 29 Abs. 1 PZP

⁵⁴² Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych* (2007), S. 151.

⁵⁴³ Stawicki in Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2006), S. 111.

⁵⁴⁴ Art. 29 Abs. 2 PZP

⁵⁴⁵ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych* (2007), S. 151.; Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2007), S. 134.

⁵⁴⁶ Art. 29 Abs. 3 PZP

⁵⁴⁷ Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, *Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz* (2006), S. 112.

Die Leistung ist durch den Auftraggeber unter Verwendung der technischen Eigenschaften und der Qualitätsmerkmale, unter Beachtung der Normen zu beschreiben.⁵⁴⁸ Wobei das Gesetz die Reihenfolge der Normen festsetzt (Art. 30 Abs. 2 und 3 PZP). Darüber hinaus kann der Auftraggeber auf die Beschreibung der Leistung unter Berücksichtigung der Vorschriften Art. 30 Abs. 1-3 PZP verzichten, **sofern** eine genaue Leistungsbeschreibung durch die Beschreibung der funktionalen Anforderungen der Leistung gewährleistet wird.⁵⁴⁹ Somit sieht der polnische Gesetzgeber zwei Arten der Leistungsbeschreibung vor: durch Angabe der technischen und qualitativen Eigenschaften der Leistung oder Angabe der funktionellen Anforderungen. Nach Meinung von *Stachowiak* sind beide Arten der Leistungsbeschreibung gleichwertig. Zulässig ist auch die Mischlösung. Dennoch müssen alle diese Arten der Leistungsbeschreibung die Anforderungen des Art. 29 PZP erfüllen.⁵⁵⁰ Nach Meinung von *Stawicki* ist die Leistung grundsätzlich gemäß Abs. 1-3 des Art. 30 PZP abzufassen. Aus dem Wortlaut des Art. 30 Abs. 6 PZP geht hervor, dass die funktionale Leistungsbeschreibung eine Ausnahme darstellt, die eng auszulegen ist.⁵⁵¹ Auf die Beschreibung der Leistung sind die im Gemeinsamen Wörterbuch für Vergaben bestimmten Begriffsbestimmungen und Codes (CPV) anzuwenden.⁵⁵²

PZP enthält eine Sonderbestimmung bezüglich der **Beschreibung der Bauleistung**. Der zufolge beschreibt der Auftraggeber die Bauleistung anhand der Projektdokumentation und technischer Spezifikationen der Ausführung und Abnahme von Bauarbeiten.⁵⁵³ Wenn die Leistung sowohl in der Planung als auch in der Erbringung der Bauarbeiten im Sinne des Gesetzes vom 7. Juli 1994 des Baurechtes bestehen, hat der Auftraggeber die Leistung anhand eines Funktions- und Nutzungsprogramms zu beschreiben.⁵⁵⁴ Mit dem Funktions- und Nutzungsprogramm wird die Beschreibung des Bauvorhabens unter Angabe der Zweckbestimmung der erbrachten Bauarbeiten sowie der darauf bezogenen technischen, wirtschaftlichen, architektonischen, funktionalen und Materialanforderungen erfasst.⁵⁵⁵ Der detaillierte Umfang und die Form der Planungsdocumentation, der technischen Spezifikation der Ausführung und Abnahme von Bauarbeiten sowie des Funktions- und

⁵⁴⁸ Art. 30 Abs. 1 PZP

⁵⁴⁹ Art. 30 Abs. 6 PZP

⁵⁵⁰ *Stachowiak* in *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski*, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 156.

⁵⁵¹ *Stawicki* in *Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski*, Prawo Zamówień Publicznych.

Komentarz (2006), S. 115.

⁵⁵² Art. 30. Abs. 7 PZP

⁵⁵³ Art. 31 Abs. 1 PZP

⁵⁵⁴ Art. 31 Abs. 2 PZP

⁵⁵⁵ Art. 31 Abs. 3 PZP

Nutzungsprogramms, wurden in der Verordnung des Ministers der Infrastruktur vom 2. Mai 2004⁵⁵⁶ bestimmt.

4.2.2.4. Bestimmungen für einen Leistungsvertrag

Bezüglich der wesentlichen **Bestimmungen des zukünftigen Leistungsvertrags** ist zu erwähnen, dass der Auftraggeber bei der Abfassung dieser Bestimmungen der Grundsatz der Äquivalenz der Leistungen sowie der Grundsatz des lautereren Wettbewerbs berücksichtigen muss. Sonst werden die fundamentalen Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzt.⁵⁵⁷ Ferner ist zu bemerken, dass der Leistungsvertrag in dem Teil nichtig ist, der über die in der SIWZ beschriebene Leistung hinausgeht.⁵⁵⁸

Außerdem finden auf die Leistungsverträge gemäß Art. 139 Abs. 1 PZP das ZGB die Anwendung, es sei denn, die Vorschriften des PZP bestimmen etwas anderes. Folglich, werden die durch den Auftraggeber vorgelegten Bestimmungen des Leistungsvertrags, die allgemeinen Vertragsbedingungen oder Vertragsmuster laut Art. 384 §1 ZGB als allgemeine Vertragsbedingungen betrachtet. Überdies ist zu sagen, dass die wesentlichen Bedingungen eines Vertrags die Klauseln enthalten sollten, die konstitutive Merkmale eines bestimmten Vertrags (seinen wesentlichen Inhalt) bestimmt. Die Leistungsverträge im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe sind als gegenseitige und zugleich entgeltliche Verträge gemäß Art. 487 ZGB und folgende zu betrachten.⁵⁵⁹

In diesem Zusammenhang ist noch anzugeben, dass der Leistungsvertrag grundsätzlich als befristeter Vertrag zu schließen ist.⁵⁶⁰ Unbefristet können nur im Art. 143 Abs. 1 PZP genannte Leistungsverträge abgeschlossen werden (deren Gegenstand z.B. die Lieferungen von Elektrizität oder Gas sind). Überdies, sind im Art. 147 Abs. 3 PZP die Umstände genannt, unter denen der Auftraggeber Sicherstellung der Leistung in dem Vertrag zu verlangen hat. Die zulässigen Formen der Sicherstellung sind im Art. 148 PZP bestimmt, wobei Abs. 1 vorsieht, dass der Auftragnehmer die Sicherstellung in einer oder in mehreren Formen, die in diesem Absatz genannt sind, erbringen kann (der Auftraggeber kann den Auftragnehmer keine von dieser Formen aufzwingen⁵⁶¹). Abschließend ist noch zu erwähnen, dass PZP

⁵⁵⁶ Dz.U.2004 Nr. 130 Pos. 1389.

⁵⁵⁷ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 178.

⁵⁵⁸ Art. 140 Abs. 3 PZP

⁵⁵⁹ Stawicki in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Łysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2006), S. 133.

⁵⁶⁰ Art. 142 Abs. 1 PZP

⁵⁶¹ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 425.

absolut zwingende Vorschriften bezüglich des Rücktritts vom Vertrag⁵⁶² und der Nichtigkeit des Leistungsvertrags⁵⁶³ enthält.

4.2.3. Das europäische Recht

Laut Erwägungsgrund 36 der Richtlinie 2004/18/EG sind die **Bekanntmachungen** durch die öffentlichen Auftraggeber der Mitgliedstaaten gemeinschaftsweit zu veröffentlichen, um sicherzustellen, dass auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens ein wirksamer Wettbewerb entsteht. Die Bekanntmachungen müssen den in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen beurteilen erlauben, ob die vorgeschlagenen Aufträge für sie von Interesse sind. Zu diesem Zweck sollten sie hinreichend über den Auftragsgegenstand und die Auftragsbedingungen informiert werden. Im Falle von dem nicht offenen Verfahren sollte die Bekanntmachung es den Wirtschaftsteilnehmern auch ermöglichen, ihr Interesse an den Aufträgen dadurch zu bekunden, dass sie sich bei den öffentlichen Auftraggebern um eine Aufforderung zur Angebotsabgabe bewerben.

Die Bestimmungen über die Bekanntmachungen sind in dem Abschnitt 1, Kapitel VI der Richtlinie 2004/18/EG (Art. 35 bis 37) enthalten. Diese Vorschriften müssen eingehalten werden, wenn der geschätzte Wert der Aufträge bestimmte Schwellenwerte erreicht oder überschreitet⁵⁶⁴ und die Aufträge nicht aufgrund der Ausnahmen nach den Art. 10 und 11 und nach den Art. 12 bis 18 von der Geltungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen sind. Überdies müssen sie eingehalten werden, wenn die Aufträge, die zu mehr als 50 % von öffentlichen Auftraggebern subventioniert werden, bestimmte Mindestwerte erreichen.⁵⁶⁵ Der ausführliche Inhalt der Bekanntmachung (darunter auch einer Vorinformation) der öffentlichen Aufträge ist im Anhang VII Teil A (Angaben, die in den Bekanntmachungen für öffentliche Aufträge enthalten sein müssen) der Richtlinie 2004/18/EG normiert. Anhang VIII der Richtlinie 2004/18 regelt einige Merkmale für die Veröffentlichung der Bekanntmachungen und zusätzliche Informationen.

In Bezug auf die Rechtsprechung des EuGH ist zu erwähnen, dass er den Bekanntmachungen die zentrale Bedeutung für das EG-Vergaberecht und für den gemeinsamen Markt zugeschrieben hat.⁵⁶⁶ Die unterlassene Bekanntmachung stellt einen

⁵⁶² Art. 145 PZP

⁵⁶³ Art. 146 PZP

⁵⁶⁴ Art. 7 Richtlinie 2004/18/EG

⁵⁶⁵ Art. 8 Richtlinie 2004/18/EG

⁵⁶⁶ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 247.

schwerwiegenden Vergabeverstoß dar. Die unvollständige oder diskriminierende Bekanntmachung wird in der Regel als ein gravierender Verfahrensmangel betrachtet.⁵⁶⁷

Ferner bestimmt die Richtlinie 2004/18/EG in Kapitel IV (Art. 23 bis 27) einige Anforderungen in Bezug auf den **Inhalt der Auftragsunterlagen**. Gemäß Art. 23 Abs. 2 müssen die technischen Spezifikationen allen Bietern gleichermaßen zugänglich sein und dürfen die Öffnung öffentlicher Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern. Nach Abs. 3 sind diese Spezifikationen, unbeschadet zwingender einzelstaatlicher Vorschriften, soweit diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbart sind, wie folgt zu formulieren:

1. entweder unter Bezugnahme auf die in Anhang VI definierten technischen Spezifikationen; wobei jede Bezugnahme auf diese Spezifikationen mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen ist;
2. oder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen. Die Anforderungen sind jedoch so genau zu fassen, dass sie den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem öffentlichen Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen;
3. oder in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Ziffer 2 unter Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Ziffer 1 als Mittel zur Vermutung der Konformität mit diesen Leistungs- oder Funktionsanforderungen;
4. oder mit Bezugnahme auf die Spezifikationen gemäß Ziffer 1 hinsichtlich bestimmter Merkmale und mit Bezugnahme auf die Leistungs- oder Funktionsanforderungen gemäß Ziffer 2 hinsichtlich anderer Merkmale.

Wenn der öffentliche Auftraggeber von der Möglichkeit Gebrauch macht, auf die in Abs. 3 genannten Spezifikationen (Ziffer 1) zu verweisen, so kann er ein Angebot nicht mit der Begründung ablehnen, die angebotenen Waren und Dienstleistungen entsprechen nicht den durch ihm herangezogenen Spezifikationen, sofern der Bieter in seinem Angebot dem öffentlichen Auftraggeber mit geeigneten Mitteln nachweist, dass die von ihm vorgeschlagenen Lösungen den Anforderungen der technischen Spezifikation, auf die Bezug genommen wurde, gleichermaßen entsprechen.⁵⁶⁸

⁵⁶⁷ Pock in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 248; EuGH 4.1.1995, Rs C-359/93, *Kommission/Niederlande*; EuGH 26.9.2000, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich*, Rn 81.

⁵⁶⁸ Art. 23 Abs. 4 Richtlinie 2004/18/EG

Wenn wiederum der öffentliche Auftraggeber von der Möglichkeit nach Ziffer 3 Gebrauch macht, die technischen Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen zu formulieren, so darf er Angebote, die den technischen Spezifikationen nach Anhang VI Nr. 1 der Richtlinie 2004/18/EG entsprechen, nicht zurückweisen, wenn diese Spezifikationen die von ihm geforderten Leistungs- oder Funktionsanforderungen betreffen. Der Bieter muss in seinem Angebot mit allen geeigneten Mitteln dem öffentlichen Auftraggeber nachweisen, dass die der Norm entsprechende jeweilige Bauleistung, Ware oder Dienstleistung, den Leistungs- oder Funktionsanforderungen des öffentlichen Auftraggebers entspricht.⁵⁶⁹

Hinsichtlich der technischen Spezifikation ist noch zu bemerken, dass soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf der Auftraggeber nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verweisen, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Solche Verweise müssen jedoch mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen werden.⁵⁷⁰ In diesem Zusammenhang ist zu ergänzen, dass der EuGH nicht nur offensichtliche Diskriminierung der ausländischer Bieter anhand von Lokalpräferenzen in technischen Spezifikationen für unzulässig erklärt,⁵⁷¹ sondern auch versteckte Formen der Diskriminierung in diesen, die ausländischen Bieter von dem Vergabeverfahren abschrecken⁵⁷². Diese Fälle der Diskriminierung stellen nach der Rechtsprechung des EuGH eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar und verletzen somit den Art. 56 AEUV.

Schließlich im Bezug auf die technischen Spezifikationen ist zu erwähnen, dass die Richtlinie 2004/18/EG nicht verwehrt, Unterkriterien eines zuvor festgelegten Zuschlagskriteriums dadurch besonders zu gewichten, dass die vom öffentlichen Auftraggeber bei der Erstellung der Verdingungsunterlagen oder der Bekanntmachung des Auftrags für dieses Kriterium vorgesehenen Punkte auf die Unterkriterien verteilt werden, sofern eine solche Entscheidung:

- die in den Verdingungsunterlagen oder in der Bekanntmachung des Auftrags bestimmten Zuschlagskriterien für den Auftrag nicht ändert,

⁵⁶⁹ Art. 23 Abs. 5 Richtlinie 2004/18/EG

⁵⁷⁰ Art. 23 Abs. 8 Richtlinie 2004/18/EG

⁵⁷¹ Siehe näher: EuGH 16.05.1991, Rs 263/85, *Kommission/Italien*; EuGH 3.07.1992, Rs C-360/89 *Kommission/Italien*; EuGH 22. 07.1993, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark*.

⁵⁷² EuGH 26.09. 2000, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich*.

- nichts enthält, was, wenn es bei der Vorbereitung der Angebote bekannt gewesen wäre, diese Vorbereitung hätte beeinflussen können, und
- nicht unter Berücksichtigung von Umständen erlassen wurde, die einen der Bieter diskriminieren konnten.⁵⁷³

Weiter normiert die Richtlinie in Art. 25 die Frage der Unteraufträge. Laut dieser Vorschrift kann der öffentliche Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen den Bieter auffordern oder er kann von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter aufzufordern, ihm in seinem Angebot **den Teil des Auftrags**, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die bereits vorgeschlagenen Unterauftragnehmer bekannt zu geben. Die Haftung des hauptverantwortlichen Wirtschaftsteilnehmers bleibt von dieser Bekanntgabe unberührt. Ein Verbot oder einer Einschränkung der Subvergabe für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrags steht nicht der Richtlinie 2004/18/EG entgegen, wenn der öffentliche Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote und der Auswahl des Bestbieters die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Subunternehmer nicht hat prüfen können.⁵⁷⁴

Ferner, lässt die Richtlinie 2004/18/EG in dem Art. 26 den Auftraggeber zu, zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorzuschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Laut Richtlinie können die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.

Am Ende ist noch zu ergänzen, dass sich die Richtlinie 2004/18/EG auch an anderen Stellen auf Auftragsunterlagen beruft. Beispielsweise regelt Art. 39 die Übermittlung der Verdingungsunterlagen und die Auskünfte zu diesen Unterlagen im offenen Verfahren. Art. 53 Abs. 2 normiert wiederum welche Angaben hinsichtlich der Zuschlagskriterien in Verdingungsunterlagen zu enthalten sind. Die Zersplitterung von diesen Bestimmungen in der Richtlinie 2004/14/EG begründet ihre Besprechung bei den folgenden Phasen des Vergabeverfahrens.

⁵⁷³ EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04. *ATI EAC*.

⁵⁷⁴ EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01, *Siemens und ARGE Telekom*.

4.2.4. Rechtsvergleich

Die beabsichtigen Beschaffungen in OSB müssen sowohl in Polen als auch in Österreich europaweit bekannt gemacht werden. Diese Pflicht ergibt sich aus der Richtlinie 2004/18/EG und ist ein Ergebnis der Vereinheitlichung nationaler Vorschriften mit den der Richtlinie. In beiden Ländern können die öffentliche Auftraggeber von der Möglichkeit der Verkürzung der Angebotsfrist Gebrauch machen und eine Vorinformation bekannt machen. Der wesentliche Unterschied in Bezug auf die Bekanntmachungen im OSB betrifft die Pflicht zusätzlicher Bekanntmachungen auf der Landesebene und in unoffiziellen Publikationsmedien. Laut BVergG 2006 müssen die öffentlichen Aufträge in Österreich in OSB bekannt gemacht werden. In Polen hingegen entfällt bei den europaweiten Bekanntmachungen die Pflicht der Veröffentlichung auf der Landesebene. Überdies ist in Polen die Bekanntmachung einer unbeschränkten und einer beschränkten Ausschreibung, Verhandlungen mit Bekanntmachung, eines wettbewerblichen Dialogs (in OSB und in USB) neben der Veröffentlichung in offiziellen Publikationsmedien auch an zugänglicher öffentlicher Stelle am Standort des Auftraggebers und unter seiner Internetadresse, bekannt zu machen.

Hinsichtlich der Bekanntmachungen in USB ist noch zu bemerken, dass sie gemäß BVergG 2006 und PZP in offiziellen Publikationsmedien an der Landesebene veröffentlicht werden müssen. Wobei in Polen diese Pflicht die Aufträge betrifft, deren geschätzter Auftragswert mindestens 14 000 Euro beträgt.

In der Anfangsphase eines Vergabeverfahrens müssen die öffentlichen Auftraggeber die beabsichtige Leistung in einer Ausschreibung (in Österreich) oder in einer SIWZ (in Polen) darstellen und bekannt machen. In Polen ist der Auftraggeber seit der Gewährung der SIWZ daran gebunden und in Österreich erst nach Ablauf der Frist für die Abgabe der Teilnahmeunterlagen/Angebot. In beiden Ländern endet wiederum diese Bindefrist grundsätzlich mit dem Ablauf der Zuschlagsfrist. Die Auslegung der Ausschreibungsbestimmungen in Österreich sowie der Bedingungen der SIWZ in Polen erfolgt anhand entsprechenden zivilrechtlichen Bestimmungen des ABGB oder ZGB.

In Bezug auf den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen und den Inhalt der SIWZ ist zu erwähnen, dass sie zum Teil abweichende Bestimmungen enthalten. Es kann unter anderem auf Mangel entsprechender Regulierung in der Richtlinie 2004/18/EG zurückgeführt werden. Überdies ergeben sich diese Unterschiede aus den übrigen Vorschriften des BVergG 2006

und PZP, die abweichend einige Aspekte des Vergabeverfahrens normieren. Ferner kann vermutet werden, dass die Auswahl der Bestimmungen, die in den Ausschreibungsunterlagen oder in der SIWZ zu enthalten sind, mit der Bewertung ihrer Wichtigkeit für die Durchführung des Vergabeverfahrens verbunden ist. Das Ergebnis dieser Bewertung ist dann in Polen und Österreich zum Teil anders ausgefallen.

Laut BVergG 2006 können die Unternehmer die zusätzlichen Auskünfte über die Ausschreibungsunterlagen ersuchen und laut PZP können die Auftragnehmer Erläuterungen über den Inhalt der SIWZ auffordern. In beiden Ländern ist das Ersuchen/Auffordern zeitgerecht zu stellen und der Auftraggeber muss die Auskünfte bzw. Erläuterungen erteilen. Wobei nur in Polen alle Auftragnehmer sowie der Auftraggeber an die Erläuterungen gebunden sind und nur in Polen können sie durch die Auftragnehmer angefochten werden. Von Bedeutung ist noch, dass PZP im Gegensatz zu BVergG 2006 vorsieht, dass der Auftraggeber eine Versammlung aller Auftragnehmer einberufen kann, um den Inhalt der SIWZ zu erläutern.

Wenn die Änderungen der Ausschreibungsunterlagen erforderlich sind, können sie gemäß BVergG 2006 berichtigt werden. In Polen kann die Modifizierung der SIWZ in begründeten Fällen erfolgen. Die Auslegung des Wortlautes „erforderlich“ und „in begründeten Fällen“ weicht nicht wesentlich voneinander ab. Folglich wird die Zulässigkeit der Änderungen/Modifizierung in beiden Ländern in ähnlichen Fällen bejaht. Einige Änderungen können jedoch sowohl in Österreich als auch in Polen nicht berichtigt werden. Die Umstände, die eine Änderung/Modifizierung der Ausschreibungsunterlagen/SIWZ ausschließen, sind verschiedener Art und können in einigen Fällen übereinstimmen. In Polen spricht man über das Wesen der SIWZ und über die Grundsätze des Vergabeverfahrens, in Österreich über Umstände, die wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, hätten sie eine Ausschreibung ausgeschlossen oder würden zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung führen. In diesem Zusammenhang ist noch zu erwähnen, dass nur BVergG 2006 die Rügeobliegenheit der Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber normiert.

Einen grundsätzlichen Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen/SIWZ stellt die Leistungsbeschreibung dar. Gemäß BVergG 2006 und PZP ist sie eindeutig, vollständig und neutral (in nicht diskriminierender Weise) abzufassen. In beiden Ländern unterscheidet man zwischen zwei ähnlichen Arten der Leistungsbeschreibung. Die Mischform ist in beiden Ländern ebenso zulässig. Wobei in Österreich der Auftraggeber zwischen den beiden Arten der Leistungsbeschreibung frei wählen kann. In Polen hingegen ist die funktionale

Leistungsbeschreibung eher als eine Ausnahme zu betrachten. Ferner ist zu bemerken, dass BVergG 2006 die Anforderungen an Anfertigung der Leistungsbeschreibung umfassender bestimmt. In Polen sind hingegen diese Anforderungen vage und müssen durch Rechtslehre und Judikatur ergänzt werden. Von Bedeutung ist, dass PZP anders als BVergG 2006 eine Sonderbestimmung bezüglich der Bauleistungsbeschreibung enthält.

Außerdem ist festzustellen, dass im Einklang mit der Richtlinie 2004/18/EG darf in der Leistungsbeschreibung sowohl in Österreich als auch in Polen nicht auf eine bestimmte Produktion, Warenzeichen, Patente oder Herkunft hingewiesen werden, es sei denn den Leistungsgegenstand durch den Auftraggeber nicht hinreichend genau beschrieben werden kann. In Polen muss zusätzlich diese Möglichkeit durch den Leistungsgegenstand gerechtfertigt werden und in Österreich - außer der Genauigkeit – muss noch die allgemeine Verständlichkeit beeinträchtigt werden. Überdies, lässt in Polen die Judikatur diese Hinweise zu, wenn in anderem Fall die Beschreibung schwer und nicht rational sein würde. Wichtig ist noch zu erinnern, dass in beiden Ländern derartige Hinweise mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen sind. In Bezug auf die Auslegung technischer Spezifikationen in Österreich und die Begriffsbestimmungen der Leistungsbeschreibung in Polen ist zu bemerken, dass sie sich in Österreich nach einen „durchschnittlichen Angehörigen angesprochenen Adressatenkreis“ (Bewerber, Bieter) und in Polen nach Fachleuten richtet.

Im Hinblick auf die Zulässigkeit der Subunternehmerleistungen/ Subauftragnehmerleistungen ist festzustellen, dass in Österreich nur die Weitergabe des gesamten Auftrages (ausgenommen sind Kaufverträge) unzulässig ist. Ein Teil des Auftrags kann grundsätzlich immer weitergegeben werden, wobei Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis aufweisen, die technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit auch besitzen müssen. In Polen wird hingegen die Zulässigkeit der Weitergabe von Teilen der Leistung nicht davon abhängig gemacht, ob der Subauftragnehmer die Teilnahmebedingungen an dem Vergabeverfahren erfüllt. Ferner gemäß PZP kann der Auftraggeber aufgrund der Besonderheit des Auftragsgegenstands bestimmen, dass der ganze Auftrag oder ein Teil des Auftrags nicht den Subauftragnehmern anvertraut werden darf. Somit kann in Polen einerseits der Gesamtauftrag weitergegeben werden und andererseits darf ein Teil des Auftrags wegen Bestimmung des Auftraggebers nicht dem Subauftragnehmer anvertraut werden. Überdies, ergibt sich aus den Bestimmungen des BVergG 2006 und des PZP ein wichtiger Unterschied in Bezug auf die Bekanntmachung der Weitergabe der Leistung. In Österreich müssen die Bieter, je nachdem was in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt wurde, alle oder nur die

wesentlichen Auftragsteile, die sie im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigen, bekannt geben. In Polen müssen die Auftragnehmer immer angeben, welche Teile des Auftrags sie den Subauftragnehmern zur Ausführung anvertrauen. Schließlich ist zu bemerken, dass die vertragliche Haftung gegenüber dem Auftraggeber in beiden Ländern durch die Auftragnehmer und nicht durch die Subauftragnehmer zu tragen ist.

Am Ende sind noch wesentlichen Bestimmungen für einen Leistungsvertrag zu vergleichen. In beiden Ländern sind die zivilrechtlichen Bestimmungen eines Leistungsvertrags in der Ausschreibung/SIWZ anzugeben. Wobei in Polen die Auftraggeber über viel mehr Freiheit in Bezug auf die Abfassung dieser Bestimmungen als in Österreich verfügen. Das PZP sieht lediglich vor, dass die Bestimmungen des Leistungsvertrags nicht über die in der SIWZ beschriebenen Leistungen hinausgehen dürfen, dass er grundsätzlich als befristeter Vertrag abzuschließen ist und dass er unter bestimmten Umständen die Feststellungen bezüglich der Sicherstellung enthalten muss. Überdies muss der Auftraggeber bei der Abfassung des Leistungsvertrags die Vorschriften bezüglich des Rücktritts vom Vertrag und Nichtigkeit des Leistungsvertrags einhalten. In Österreich hingegen müssen die Auftraggeber für die Vertragsbestimmungen eine Menge der geeigneten Leitlinien heranziehen (falls sie bestehen) und dürfen nur in einzelnen Punkten (nicht Pauschal) davon abweichende Festlegungen treffen. Außerdem müssen sie die Gründe für diese abweichenden Festlegungen festhalten und den Unternehmern auf Anfrage bekannt geben. Ansonsten müssen sie die zwingenden Vorschriften hinsichtlich des Rücktritts vom Vertrag und der Nichtigkeit der Zuschlagserteilung ähnlich wie in Polen einhalten.

4.3. Arten und Wahl des Vergabeverfahrens

4.3.1. Das österreichische Recht

Arten und Wahl des Vergabeverfahrens sind im 2. Hauptstück des BVergG 2006 normiert. Zum Einen regelt das Vergabegesetz jene Verfahrensarten, die sowohl im USB als auch im OSB den öffentlichen Auftraggebern offen stehen (§27- 36 BVergG 2006); zum Anderen werden in einem eigenen Abschnitt des BVergG 2006 (§37 – 42 BVergG 2006) jene Vergabeverfahren angeführt, die ausschließlich im USB zugelassen sind.

4.3.1.1. Arten des Vergabeverfahrens

Aus der Systematik des BVergG 2006 geht hervor, dass in Bezug auf die Vergabeverfahrensarten, zwischen den Verfahrensarten zur Vergabe von Aufträgen und den Wettbewerbsarten zu unterscheiden ist. Der Wettbewerb stellt jedoch kein Vergabeverfahren dar, weil er nicht mit einem Vertragsabschluss endet.⁵⁷⁵ BVergG 2006 bestimmt, dass die Auftragsvergabe im Wege eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit oder ohne vorheriger Bekanntmachung, eines Verhandlungsverfahrens entweder mit oder ohne vorheriger Bekanntmachung, einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems, eines wettbewerblichen Dialoges oder einer Direktvergabe zu erfolgen hat. Diese Aufzählung ist abschließend und somit taxativ (*numerus clausus* der Verfahrensarten).⁵⁷⁶ Überdies, dürfen die Verfahrensarten nicht vermischt werden und der Auftraggeber darf die gewählte Verfahrensart nicht wechseln.⁵⁷⁷

Nachstehend werden die zur Vergabe von Aufträgen vorgesehenen selbständigen Vergabeverfahren erläutert. Rahmenvereinbarung und dynamisches Beschaffungssystem sind keine selbständigen Arten der Auftragsvergabe. Aufträge können auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystem vergeben werden, sofern die Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens

⁵⁷⁵ Werschitz/Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S. 79; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 547.

⁵⁷⁶ Werschitz/Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005), S. 79; Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 547.

⁵⁷⁷ Sachs/Hahnl, Das neue Bundesvergaberecht. Leitfaden für Länder und Gemeinden. Novelle 2007 - geänderte Schwellenwerte - Projektfinanzierung – Finanzkontrolle (2008), S. 30.

abgeschlossen wurde⁵⁷⁸ und sofern das dynamische Beschaffungssystem nach Durchführung eines offenen Verfahrens eingerichtet wurde⁵⁷⁹.

Im §25 BVergG 2006 sind die einzelnen Verfahrensarten definiert. Beim **offenen Verfahren** wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert.⁵⁸⁰ Während dieses Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.⁵⁸¹ Da die Eignungsprüfung der Bieter sowie die Angebotsbewertung nicht in unterschiedlichen Verfahrensabschnitten erfolgt, ist das offene Verfahren als einstufiges Verfahren zu bezeichnen.⁵⁸²

Im **nicht offenen Verfahren** wird eine beschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Angebotsabgabe eingeladen.⁵⁸³ Während dieses Verfahrens darf mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.⁵⁸⁴ Wenn eine **vorherige Bekanntmachung** erfolgt, werden nach öffentlicher Aufforderung einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Teilnahmeanträgen nur ausgewählte Bewerber zur Angebotslegung aufgefordert.⁵⁸⁵ Somit ist diese Verfahrensart als zweistufig zu betrachten.⁵⁸⁶ Anders sieht dies bei einem nicht offenen Verfahren **ohne vorheriger Bekanntmachung** aus. Hier wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen zur Angebotslegung eingeladen.⁵⁸⁷ Folglich ist es als ein einstufiges Verfahren zu klassifizieren.

Beim **Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung** werden ausgewählte Bewerber, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, zur Angebotsabgabe eingeladen.⁵⁸⁸ Beim **Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung** wird eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen zur Abgabe von Angeboten eingeladen. Im Verhandlungsverfahren kann über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden.⁵⁸⁹ Folglich darf über den Auftragsgegenstand samt den damit verbundenen Bedingungen der

⁵⁷⁸ § 32 BVergG 2006

⁵⁷⁹ § 33 BVergG 2006

⁵⁸⁰ § 25 Abs. 2 BVergG 2006

⁵⁸¹ § 101 BVergG 2006

⁵⁸² *Sachs/Hahn*, Das neue Bundesvergaberecht. Leitfaden für Länder und Gemeinden. Novelle 2007 - geänderte Schwellenwerte - Projektfinanzierung – Finanzkontrolle (2008), S.32.

⁵⁸³ Vgl. BVA 25.3.2009, N/008-BVA/12/2009-17, RIS.

⁵⁸⁴ § 104 BVergG 2006

⁵⁸⁵ § 25 Abs. 3 BVergG 2006

⁵⁸⁶ *Sachs/Hahn*, Das neue Bundesvergaberecht. Leitfaden für Länder und Gemeinden. Novelle 2007 - geänderte Schwellenwerte - Projektfinanzierung – Finanzkontrolle (2008), S. 32.

⁵⁸⁷ § 25 Abs. 4 BVergG 2006

⁵⁸⁸ § 25 Abs. 5 BVergG 2006

⁵⁸⁹ § 25 Abs. 6 BVergG 2006

Leistungserbringung sowie allein über eine Änderung der Preise, die nicht auf eine inhaltliche Änderung des Auftragsgegenstands zurückgeht, verhandelt werden.⁵⁹⁰

Beim **wettbewerblichen Dialog** führt der Auftraggeber, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, mit ausgewählten Bewerbern einen Dialog über alle Auftragsaspekte durch. Ziel des Dialogs ist es, eine oder mehrere den Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entsprechende Lösung oder Lösungen zu ermitteln, auf deren Grundlagen die jeweiligen Bewerber zur Angebotslegung eingeladen werden.⁵⁹¹ Es ist eine dreistufige Verfahrensart, weil zwischen der Teilnahme- und Angebotsphase noch eine Dialogphase stattfindet.⁵⁹²

Schließlich, wird bei der **Direktvergabe** eine Leistung formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.⁵⁹³

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass es vorkommen kann, dass der Auftraggeber keine Wahl zwischen den Verfahrensarten vom § 25 BVergG 2006 trifft und den Auftrag an einen Unternehmer „freihändig“ vergibt (*de facto* Vergabe).⁵⁹⁴ In Österreich wird diese Auftragsvergabe den Regelungen der Direktvergabe untergestellt.⁵⁹⁵ Wenn jedoch der Auftraggeber mehrere Unternehmer zur Verhandlungen über eine Auftragserteilung einlädt, ist diese Vergabe als das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung einzustufen.⁵⁹⁶

4.3.1.2. Wahl des Vergabeverfahrens im OSB und im USB

Die Auftraggeber können bei der Auftragsvergabe zwischen dem offenen Verfahren und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung frei wählen.⁵⁹⁷ Diese Verfahrensarten sind also sowohl im OSB als auch USB immer zulässig. Erwähnenswert ist noch, dass die Auftraggeber die Wahl des offenen sowie des nicht offenen Verfahrens nicht begründen müssen. Die Wahl anderer Verfahrensarten darf hingegen nur in gesetzlich

⁵⁹⁰ Holoubek/Fuchs/Weinhandl, Vergaberecht (2005), S. 94.

⁵⁹¹ § 25 Abs. 9 BVergG 2006

⁵⁹² Sachs/Hahnl, Das neue Bundesvergaberecht. Leitfaden für Länder und Gemeinden. Novelle 2007 - geänderte Schwellenwerte - Projektfinanzierung – Finanzkontrolle (2008), S.32.

⁵⁹³ § 25 Abs. 10 BVergG 2006

⁵⁹⁴ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 548.

⁵⁹⁵ UVS Tir 9.2.2004, 2004/K 11/002-2; UVS Tir 20.8.2003, 2003/21/117-3; VKS Wien 7.11.2003, VKS 7732/03, zitiert nach Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 549.

⁵⁹⁶ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 549.

⁵⁹⁷ § 27 BVergG 2006

vorgesehenen Ausnahmefällen erfolgen. Folglich sind sie als Ausnahmeverfahren zu betrachten und die Ausnahmetatbestände sind eng auszulegen.⁵⁹⁸ Wichtig ist noch zu erwähnen, dass wenn sich der Auftraggeber für die Durchführung eines bestimmten Vergabeverfahrens entschieden hat, dann muss er dieses Verfahren gemäß den für diese Art des Verfahrens geltenden Vorschriften zu Ende führen. Er darf den Verfahrenstypus während des Verfahrens nicht mehr ändern.⁵⁹⁹

Das **Verhandlungsverfahren** kann nur beim Vorliegen bestimmter, taxativ aufgezählter Umstände durchgeführt werden. Die Gründe, die die Wahl dieser Verfahrensart rechtfertigen sind in zwei Gruppen unterteilt: Fälle, in denen eine vorherige Bekanntmachung erforderlich ist und Fälle, in denen die vorherige Bekanntmachung entfällt. Innerhalb dieser Gruppen sind die Ausnahmetatbestände weiters aufgrund der Auftragsart gegliedert. Wichtig ist, dass die für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens maßgeblichen Gründe schriftlich festgehalten werden müssen.⁶⁰⁰

Im **Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung** können Bauaufträge (§28 Abs. 1 BVergG 2006), Lieferaufträge (§29 Abs. 1 BVergG 2006) sowie Dienstleistungsaufträge (§30 Abs. 1 BVergG 2006) vergeben werden, wenn im Rahmen eines durchgeführten offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder eines durchgeführten wettbewerblichen Dialoges keine ordnungsgemäßen Angebote oder nur Angebote abgegeben worden sind, die nach den Vorschriften des BVergG 2006 unannehmbar sind, und die ursprünglichen Bedingungen für den Bau-, Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag nicht grundlegend geändert werden. Darüber hinaus können diese Auftragsarten im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn es sich um Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen den mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken, eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen.

Ferner, können in diesem Verfahren Bauaufträge vergeben werden, wenn die Bauleistungen ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs- oder Entwicklungszwecken und nicht mit dem Ziel der Gewährleistung der Rentabilität oder der Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten durchgeführt werden.⁶⁰¹ Schließlich können noch die Dienstleistungsaufträge in diesem Verfahren vergeben werden, wenn die zu erbringenden

⁵⁹⁸ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 587.

⁵⁹⁹ BVA 25.3.2009, N/0008-BVA/12/2009-17, RIS:

⁶⁰⁰ § 36 BVergG 2006

⁶⁰¹ § 28 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006

Dienstleistungen, insbesondere geistige Dienstleistungen wie Bauplanungsdienstleistungen und Dienstleistungen der Kategorie 6 des Anhangs III BVergG 2006, so dargestellt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden kann.⁶⁰²

Im **Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung** können Bauaufträge (§28 Abs. 2 BVergG 2006), Lieferaufträge (§29 Abs. 2 BVergG 2006) sowie Dienstleistungsaufträge (§30 Abs. 2 BVergG 2006) vergeben werden, wenn:

1. im Rahmen eines durchgeführten offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung kein oder im Sinne des BVergG 2006 kein geeignetes Angebot abgegeben oder kein Teilnahmeantrag gestellt worden ist, die ursprünglichen Bedingungen für den Bau-, Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag nicht grundlegend geändert werden und – falls sich die Kommission es wünscht – ihr ein Bericht vorgelegt wird, oder
2. der Bauauftrag bzw. der Lieferauftrag bzw. der Dienstleistungsauftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann, oder
3. dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die im offenen oder im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder in einem gemäß Abs. 1 durchzuführenden Verhandlungsverfahren vorgeschriebenen Fristen einzuhalten.

Überdies können die Bauaufträge in diesem Verfahren vergeben werden, wenn

1. zusätzliche Bauleistungen, die weder in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf noch im ursprünglichen Bauauftrag vorgesehen sind, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung des darin beschriebenen Bauauftrages erforderlich sind, sofern der Auftrag an den Unternehmer vergeben wird, der den ersten Auftrag ausführt, der Gesamtwert der zusätzlichen Bauleistungen 50 vH des Wertes des ursprünglichen Bauauftrages nicht überschreitet, und entweder eine Trennung dieser zusätzlichen Bauleistungen vom ursprünglichen Bauauftrag in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den

⁶⁰² § 30 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006

Auftraggeber möglich ist, oder eine Trennung vom ursprünglichen Bauauftrag zwar möglich wäre, die zusätzlichen Bauleistungen aber für dessen Vollendung unbedingt erforderlich sind, oder

2. neue Bauleistungen in der Wiederholung gleichartiger Bauleistungen bestehen, und
 - a) der Auftrag von demselben Auftraggeber an den Auftragnehmer, der bereits den ursprünglichen Auftrag erhalten hat, vergeben wird,
 - b) der ursprüngliche Auftrag im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben wurde,
 - c) die Bauleistungen einem Grundentwurf entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des ursprünglichen Auftrages war,
 - d) die Möglichkeit der Anwendung eines derartigen Verhandlungsverfahrens bereits in der ersten Ausschreibung vorgesehen war,
 - e) die Vergabe binnen drei Jahren nach Abschluss des ursprünglichen Vertrages erfolgt und
 - f) der für die Fortsetzung der Bauleistungen in Aussicht genommene Gesamtauftragswert bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes zugrunde gelegt wurde.⁶⁰³

Überdies können die Lieferaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn:

1. der Lieferauftrag ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken vergeben wird, wobei der Lieferauftrag jedoch nicht einer Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit des Produktes oder der Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten dienen darf, oder
2. für früher durchgeführte Lieferungen des ursprünglichen Unternehmers zusätzliche Lieferungen notwendig werden, die entweder zur teilweisen Erneuerung von gelieferten marktüblichen Waren oder Einrichtungen oder zur Erweiterung von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind, und ein Wechsel des Auftragnehmers dazu führen würde, dass der Auftraggeber die Waren mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde; die Laufzeit dieser Aufträge sowie der Daueraufträge darf in der Regel drei Jahre nicht überschreiten, oder

⁶⁰³ § 28 Abs. 2 Z 4 und 5 BVergG 2006

3. es sich um die Lieferung von Waren handelt, die an Börsen notiert und gekauft werden, oder
4. es sich um die Lieferung von Waren handelt, die zu besonders günstigen Bedingungen von Unternehmern gehört, die ihre Geschäftstätigkeit endgültig einstellen, oder von Verwaltern oder Liquidatoren im Rahmen eines Insolvenz-, Konkurs-, Vergleichs- oder Ausgleichsverfahrens oder eines in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der EWR-Vertragsparteien vorgesehenen gleichartigen Verfahren erworben werden.⁶⁰⁴

Schließlich können in diesem Verfahren Dienstleistungsaufträge vergeben werden, wenn:

1. zusätzliche Dienstleistungen, die weder in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf noch im ursprünglichen Dienstleistungsauftrag vorgesehen sind, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung des darin beschriebenen Dienstleistungsauftrages erforderlich sind, sofern der Auftrag an den Unternehmer vergeben wird, der den ersten Auftrag ausführt, der Gesamtwert der zusätzlichen Dienstleistungen 50 vH des Wertes des ursprünglichen Dienstleistungsauftrages nicht überschreitet, und entweder eine Trennung dieser zusätzlichen Dienstleistungen vom ursprünglichen Dienstleistungsauftrag in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den Auftraggeber möglich ist, oder eine Trennung vom ursprünglichen Dienstleistungsauftrag zwar möglich wäre, die zusätzlichen Dienstleistungen aber für dessen Vollendung unbedingt erforderlich sind, oder
2. neue Dienstleistungen in der Wiederholung gleichartiger Dienstleistungen bestehen, und
 - a) der Auftrag von demselben Auftraggeber an den Auftragnehmer, der bereits den ursprünglichen Auftrag erhalten hat, vergeben wird,
 - b) der ursprüngliche Auftrag im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben wurde,
 - c) die Dienstleistungen einem Grundentwurf entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des ursprünglichen Auftrages war,
 - d) die Möglichkeit der Anwendung eines derartigen Verhandlungsverfahrens bereits in der ersten Ausschreibung vorgesehen war,

⁶⁰⁴ § 29 Abs. 2 Z 4-7 BVergG 2006

- e) die Vergabe binnen drei Jahren nach Abschluss des ursprünglichen Vertrages erfolgt und
 - f) der für die Fortsetzung der Dienstleistungen in Aussicht genommene Gesamtauftragswert bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes zugrunde gelegt wurde, oder
3. im Anschluss an einen Wettbewerb der Auftrag gemäß den einschlägigen Bestimmungen an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Wettbewerbes vergeben werden muss. Im letzteren Fall müssen alle Gewinner des Wettbewerbes zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert werden.⁶⁰⁵

Im Wege des **wettbewerblichen Dialoges** können Aufträge vergeben werden, wenn es sich um besonders komplexe Aufträge handelt und die Vergabe im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens nach Ansicht des Auftraggebers nicht möglich ist.⁶⁰⁶ Ein Auftrag gilt als besonders komplex, wenn der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Spezifikationen, mit denen seine Bedürfnisse und Anforderungen erfüllt werden können anzugeben, oder die rechtlichen oder finanziellen Konditionen des Vorhabens nennen.⁶⁰⁷

4.3.1.3. Nur im USB zugelassene Vergabeverfahren

Gemäß §37 BVergG 2006 können im USB Aufträge im **nicht offenen Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung** vergeben werden, sofern dem Auftraggeber genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lauteren Wettbewerb sicherzustellen, und wenn bei Bauaufträgen, der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro⁶⁰⁸ nicht erreicht, oder bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, der geschätzte Auftragswert 80 000 Euro⁶⁰⁹ nicht erreicht. Die Wahl dieser Verfahrensart ist abschließend normiert.⁶¹⁰

Bezüglich der Wahl des **Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung** ist zu erwähnen, dass im USB auf diese Weise Liefer- und Dienstleistungsaufträge immer vergeben werden können und Bauaufträge, wenn der

⁶⁰⁵ § 30 Abs. 2 Z 4-6 BVergG 2006

⁶⁰⁶ § 34 Abs. 1 BVergG 2006

⁶⁰⁷ § 34 Abs. 2 BVergG 2006

⁶⁰⁸ Zurzeit gemäß Schwellenwertverordnung 2009 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2010 – 1 000 000 Euro.

⁶⁰⁹ Zurzeit gemäß Schwellenwertverordnung 2009 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2010 – 100 000 Euro.

⁶¹⁰ *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 614.

geschätzte Auftragswert 350 000 Euro nicht erreicht.⁶¹¹ Im **Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung** können Aufträge vergeben werden, wenn:

1. bei Bauaufträgen, der geschätzte Auftragswert 80 000 Euro⁶¹² nicht erreicht, oder
2. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, der geschätzte Auftragswert 60 000 Euro⁶¹³ nicht erreicht, oder
3. auf Grund einer besonders günstigen Gelegenheit, die sich für einen sehr kurzen Zeitraum ergeben hat, Waren oder Dienstleistungen zu einem Preis beschafft werden können, der erheblich unter den marktüblichen Preisen liegt, oder
4. im Rahmen eines durchgeführten Vergabeverfahrens kein oder im Sinne des BVergG 2006 kein geeignetes Angebot abgegeben oder keine oder keine im Sinne des BVergG 2006 geeignete Wettbewerbsarbeit oder Lösung eingereicht oder kein Teilnahmeantrag gestellt worden ist und die ursprünglichen Bedingungen für den Auftrag nicht grundlegend geändert werden.⁶¹⁴

Überdies, können Aufträge über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer vergeben werden, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar sind und der geschätzte Auftragswert 50vH des jeweiligen Schwellenwertes für OSB nicht erreicht.⁶¹⁵ Die Zulässigkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens mit oder ohne vorheriger Bekanntmachung ist im USB abschließend geregelt.⁶¹⁶

Nur im USB ist die Vergabe von Aufträgen durch die Auftraggeber im Wege der **Direktvergabe** zulässig. Dennoch müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden.⁶¹⁷ Der geschätzte Auftragswert darf nicht 40 000 Euro⁶¹⁸ erreichen, oder wenn es sich um ein aus Gemeinschaftsmitteln kofinanziertes Projekt handelt, darf der geschätzte Auftragswert die Schwellenwerte für den OSB nicht erreichen, und

1. erfolgte eine Einladung zur Vorlage von Projekten oder Projektideen im Wege einer öffentlichen Interessentensuche, oder

⁶¹¹ § 38 Abs. 1 BVergG 2006

⁶¹² Zurzeit gemäß Schwellenwertverordnung 2009 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2010 – 100 000 Euro.

⁶¹³ Zurzeit gemäß Schwellenwertverordnung 2009 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2010 – 100 000 Euro.

⁶¹⁴ § 38 Abs. 2 BVergG 2006

⁶¹⁵ § 38 Abs. 3 BVergG 2006

⁶¹⁶ *Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 614.

⁶¹⁷ § 41 Abs. 2 BVergG 2006

⁶¹⁸ Zurzeit gemäß Schwellenwertverordnung 2009 bis zum Ablauf des 31. Dezember 2010 – 100 000 Euro.

2. wurden transnationale Lenkungsorgane eingerichtet bzw. sind mehrere Mitgliedstaaten an der Verwirklichung des Projektes beteiligt, oder
3. wurden diese Projekte von der Kommission nach Durchführung eines Auswahlverfahrens akzeptiert.

Abschließend ist zu bemerken, dass diese Tatbestände taxativ aufgezählt und als Ausnahmefälle eng auszulegen sind.⁶¹⁹

4.3.2. Das polnische Recht

Der 3. Abschnitt des 2. Teils des PZP betrifft die Arten der Auftragsvergabe. Unter diesem Abschnitt werden die folgenden Verfahrensarten ausführlich geregelt: die unbeschränkte Ausschreibung, die beschränkte Ausschreibung, die Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung, die Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung, der wettbewerbliche Dialog, die freihändige Vergabe, das Vergabeverfahren der Preisnachfrage und die elektronische Versteigerung. Diese Aufzählung ist abschließend.⁶²⁰ Überdies, dürfen die Verfahrensarten nicht vermischt werden und der Auftraggeber darf die ausgewählte Verfahrensart nicht ändern.

Ein Rahmenvertrag, ein dynamisches Beschaffungssystem sowie ein Wettbewerb, sind laut PZP als besondere Institutionen der Auftragsvergabe zu betrachten. Sie sind im 3. Teil des PZP unter dem Titel „Besondere Vorschriften“ des Vergabeverfahrens und nicht im 2. Teil des PZP über die Arten der Auftragsvergabe geregelt.

4.3.2.1. Arten der Auftragsvergabe

Bei der **unbeschränkten Ausschreibung** können die Angebote in Beantwortung der öffentlichen Bekanntmachung des Auftrags durch eine unbeschränkte Anzahl von interessierten Auftragnehmern abgegeben werden.⁶²¹ Da die Eignungsprüfung der Bieter sowie die Angebotsbewertung nicht in unterschiedlichen Verfahrensabschnitten erfolgt, ist die unbeschränkte Ausschreibung als einstufiges Verfahren zu bezeichnen.

Bei der **beschränkten Ausschreibung** beantragen die Auftragnehmer in Beantwortung der öffentlichen Bekanntmachung des Auftrags die Zulassung zur Teilnahme

⁶¹⁹ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S.

621.

⁶²⁰ Szczepański, Zamówienia publiczne (2004), S.124.

⁶²¹ Art. 39 PZP

an dem Vergabeverfahren. Angebote können nur durch die zur Angebotsabgabe zugelassenen Auftragnehmer abgegeben werden.⁶²² Somit ist diese Verfahrensart als zweistufiges Verfahren zu betrachten; der erste Abschnitt bezweckt die Auswahl der zu der Erfüllung des Auftrags befähigten Auftragnehmer und der zweite die Auswahl des günstigsten Angebotes.⁶²³ Erwähnenswert ist noch, dass diese Verfahrensart nur mit vorheriger Bekanntmachung einzuleiten ist.

Bei den **Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung** fordert der Auftraggeber, nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung des Auftrags, die zu der Teilnahme an Vergabeverfahren zugelassenen Auftragnehmer zur Abgabe der Vorangebote ohne Preis auf, führt mit ihnen die Verhandlungen durch und lädt sie daraufhin zur Angebotsabgabe ein.⁶²⁴ Diese Verfahrensart ist als eine vierstufige zu betrachten.⁶²⁵ Der erste Abschnitt bezweckt die Auswahl der zu der Erfüllung des Auftrags befähigten Auftragnehmer, der zweite Abschnitt betrifft die Bewertung von Vorangeboten. In der dritten Phase verhandelt der Auftraggeber mit dem Auftragnehmer über die Leistungsbeschreibung und/oder die Bedingungen des Leistungsvertrags und schließlich, in der vierten Phase, wählt er das günstigste Angebot aus.

Bei den **Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung** verhandelt der Auftraggeber über die Bedingungen des Leistungsvertrages mit den durch ihn gewählten Auftragnehmern und fordert sie daraufhin zur Angebotsabgabe auf.⁶²⁶ Folglich ist diese Verfahrensart als eine zweistufige zu betrachten.⁶²⁷

Bei dem **wettbewerblichen Dialog** führt der Auftraggeber nach der Veröffentlichung der Bekanntmachung des Auftrags mit den durch ihn gewählten Auftragnehmern den Dialog durch und lädt sie daraufhin zur Angebotsabgabe ein.⁶²⁸ Diese Verfahrensart unterscheidet sich wenig von den Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung.⁶²⁹ Im Wege des wettbewerblichen Dialogs kann jedoch über alles verhandelt werden, unter anderem über den Inhalt der SIWZ. In den Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung handelt es sich wiederum lediglich um Präzisierung und/oder Vervollständigung der Leistungsbeschreibung oder der Bedingungen des Leistungsvertrags. Der wettbewerbliche Dialog ist in drei Etappen unterteilt. Die erste Etappe bezweckt die Auswahl der zu der Erfüllung des Auftrags

⁶²² Art. 47 PZP

⁶²³ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 211.

⁶²⁴ Art. 54 PZP

⁶²⁵ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 222.

⁶²⁶ Art. 61 PZP

⁶²⁷ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 248.

⁶²⁸ Art. 60 a PZP

⁶²⁹ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 225.

befähigten Auftragnehmer. Dann, in der zweiten Etappe, führt der Auftraggeber mit den ausgewählten Auftragnehmern den Dialog (Art der Verhandlung) und schließlich, in der dritten Phase, wählt er die günstigsten Angebote aus.⁶³⁰

Bei der **freihändigen Vergabe** wird der Auftrag durch den Auftraggeber nach den Verhandlungen mit nur einem Auftragnehmer vergeben.⁶³¹ Es ist eine wettbewerbsunfähige Verfahrensart, weil es weder zur Angebotsvergleichung noch zur Auswahl des günstigsten Angebots kommt.⁶³² Wichtig ist zu bemerken, dass die freihändige Vergabe dem in der Vergaberichtlinie beschriebenen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung entspricht. Diese Verfahrensart unterscheidet sich jedoch von den im PZP geregelten Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung darin, dass an der freihändigen Vergabe nur ein Auftragnehmer teilnimmt. Weiters ist zu sagen, dass in Bezug auf die Art des Vertragsabschlusses die freihändige Vergabe den Verhandlungen vom Art. 72 § 2 ZGB entspricht.⁶³³ Somit kommt der Leistungsvertrag zustande, wenn der Auftraggeber und der Auftragnehmer in Folge der Verhandlungen zur Eignung bezüglich aller Bestimmungen kommen, die den Verhandlungsgegenstand darstellten. Der Leistungsvertrag wird also nicht aufgrund der Angebotslegung und seiner Annahme abgeschlossen. Bei der freihändigen Vergabe gibt es kein Angebot.

Bei dem **Vergabeverfahren der Preisnachfrage** werden von dem Auftraggeber die durch ihn gewählten Auftragnehmer nach dem Preis gefragt und von ihm zur Angebotsabgabe aufgefordert.⁶³⁴ Es ist die einfachste wettbewerbliche Verfahrensart. Dennoch ist der Wettbewerb weitgehend eingeschränkt, weil der Auftraggeber nur den durch ihn gewählten Auftragnehmer zu diesem Verfahren zulässt. Als Angebot werden die Antworten der Auftragnehmer betrachtet, die die Information über den Preis enthalten.

Bei der **elektronischen Versteigerung** (*licytacja elektroniczna*) werden der Reihe nach aufgerufene, für den Auftraggeber immer günstigere Angebote (Angebotsstufen betreffend den Preis) durch die Auftragnehmern in dieser Weise abgegeben, dass die Eingabe der erforderlichen Daten anhand des unter der elektronischen Adresse bereitgestellten Ausschreibungsformulars durch den direkten Anschluss an diese elektronische Adresse erfolgt; die Angebote werden nach Eingang selbsttätig klassifiziert.⁶³⁵ Die elektronische

⁶³⁰ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 238.

⁶³¹ Art. 66 PZP

⁶³² Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 243.

⁶³³ Jerzykowski in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 257.

⁶³⁴ Art. 69 PZP

⁶³⁵ Art. 74 PZP

Versteigerung kann ein- oder mehrstufig sein.⁶³⁶ Ergänzend ist hinzuzufügen, dass die elektronische Versteigerung von der **elektronischen Auktion**, die zur Auswahl des Bestangebotes im Rahmen der unbeschränkten Ausschreibung, der beschränkten Ausschreibung oder der Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung eingesetzt werden kann⁶³⁷, zu unterscheiden ist.

4.3.2.2. Wahl des Vergabeverfahrens

Wie anbei der Grundsätzen von Vergabeverfahren schon bemerkt wurde, ist die Vergabe von Aufträgen grundsätzlich anhand der unbeschränkten und der beschränkten Ausschreibung zu erfolgen.⁶³⁸ Nur in den gesetzlich zugelassenen Fällen darf der Auftraggeber in Rahmen von Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung, Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung, dem wettbewerblichen Dialog, im Verfahren der freihändigen Vergabe, im Vergabeverfahren der Preisnachfrage oder im Wege einer elektronischen Versteigerung, den Auftrag vergeben.⁶³⁹

Die Vergabe des Auftrags kann durch den Auftraggeber im Rahmen der **Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung** nur in taxativ aufgezählten Fällen erfolgen. Es muss mindestens einer der nachfolgend genannten Gründe vorliegen:

- in der durchgeführten unbeschränkten Ausschreibung oder beschränkter Ausschreibung oder wettbewerblichen Dialog sind alle Angebote ausgeschieden worden und die ursprünglichen Bedingungen des Auftrags wurden nicht grundlegend geändert worden;
- in Ausnahmefällen, wenn die Eigenschaften der Lieferungen, Dienstleistungen oder der Bauvorhaben und das mit ihnen verbundene Risiko die frühere Preisfestsetzung nicht ermöglichen;
- die zu erbringenden Dienstleistungen sind dergestalt, dass die besonderen Eigenschaften der Dienstleistungen nicht von vornherein festgelegt werden können, um die Auswahl des günstigsten Angebotes in unbeschränkter Ausschreibung oder beschränkter Ausschreibung zu ermöglichen;

⁶³⁶ Art. 79 Abs. 1 PZP

⁶³⁷ Art. 91 a PZP

⁶³⁸ Art. 10 Abs. 1 PZP

⁶³⁹ Art. 10 Abs. 2 PZP

- die betreffenden Bauvorhaben werden nur zur Forschungs-, Versuchs- oder Entwicklungszwecken und nicht mit dem Ziel der Gewährleistung der Rentabilität oder der Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten durchgeführt.⁶⁴⁰

Im USB dürfen die Verhandlungen mit vorheriger Bekanntmachung immer (also ohne Rücksicht auf die oben aufgezählten Gründe) durchgeführt werden.⁶⁴¹ Bezüglich der Voraussetzung, dass die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden dürfen, ist zu erwähnen, dass diese Bedingungen vor allem den Leistungsgegenstand und seine Ausführung betreffen. Die Verfahrensregeln (z.B. Teilnahmebedingungen an Vergabeverfahren oder Verzicht auf inadäquate Kriterien der Angebotsbewertung) können modifiziert werden.⁶⁴²

Der Auftrag kann durch den Auftraggeber im Rahmen von **Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung** nur in abschließend aufgezählten Fällen vergeben wird. Es muss mindestens einer der folgenden Gründe vorliegen:

- in einer durchgeführten unbeschränkten Ausschreibung oder beschränkten Ausschreibung ist kein Antrag auf Zulassung zu der Teilnahme an Verfahren eingegangen, es sind keine Angebote eingegangen oder alle eingegangenen Angebote wurden aufgrund der Nichtübereinstimmung mit der Beschreibung des Leistungsgegenstands ausgeschieden, und die ursprünglichen Auftragsbedingungen sind nicht grundlegend geändert worden; der Auftraggeber muss der Europäischen Kommission eine Information über die Erklärung des Vergabeverfahrens - wenn sie dies wünscht - für nichtig übermitteln, oder
- ein Wettbewerb ist durchgeführt worden, in dem als Preis die Einladung von mindestens zwei Verfassern der ausgewählten Wettbewerbsarbeiten zu Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung gilt;
- den Leistungsgegenstand bilden Gegenstände, die nur zu Forschungs-, Versuchs- oder Entwicklungszwecken und nicht mit dem Ziel der Gewährleistung der Rentabilität und der Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten hergestellt werden;
- die festgesetzten Fristen für die unbeschränkte und beschränkte Ausschreibung oder für das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung können wegen

⁶⁴⁰ Art. 55 Abs. 1 PZP

⁶⁴¹ Art. 55 Abs. 1 Punkt 5 PZP

⁶⁴² Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 224.

dringlichem Bedürfnis nicht eingehalten werden; dabei muss es sich um Gründe handeln, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind und die nicht vorausgesehen werden konnten.⁶⁴³

Unter dem Wortlaut „nicht vorausgesehenen Gründen“ sind vor allem Schicksalsereignisse zu verstehen wie z.B. Katastrophe, Störung, aber auch das dringliche Bedürfnis einer Auftragsvergabe im Falle einer durch den Auftraggeber nicht verschuldeten Verlängerung eines Verfahrens.⁶⁴⁴ Ferner ist zu erwähnen, dass der Auftraggeber im OSB den Präsidenten des Vergabeamtes innerhalb von drei Tagen benachrichtigen muss, dass er das Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung eingeleitet hat. Dabei ist die tatsächliche und rechtliche Begründung anzugeben.⁶⁴⁵

Im Wege des **wettbewerblichen Dialoges** können Aufträge vergeben werden, wenn die Vergabe im Wege einer unbeschränkten oder beschränkten Ausschreibung nicht möglich ist, weil aufgrund der besonders komplexen Eigenschaft des Auftrags die Beschreibung des Leistungsgegenstandes und/oder die Bestimmung der rechtlichen oder finanziellen Konditionen der Auftragsausführung unmöglich ist und zugleich der Preis nicht das einzige Kriterium für Auswahl des günstigsten Angebotes ist.⁶⁴⁶

Der Auftraggeber kann auf ein **Verfahren der freihändigen Vergabe** zurückgreifen, wenn mindestens einer der nachgenannten Gründe vorliegt:

1. Liefer-, Dienstleistungs- oder Bauleistungen können nur von einem bestimmten Auftragnehmer:
 - a) wegen ihrer objektiven technischen Besonderheiten,
 - b) wegen des Schutzes der ausschließlichen Rechten, die sich aus anderen Vorschriften ergeben,
 - c) wenn der Auftrag im Bereich der schöpferischen oder künstlerischen Tätigkeiten vergeben wird,durchgeführt werden;

⁶⁴³ Art. 62 Abs. 1 PZP

⁶⁴⁴ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 252.

⁶⁴⁵ Art. 62 Abs. 2 PZP

⁶⁴⁶ Art. 60 b PZP

2. es wurde der Wettbewerb veranstaltet, in dem als Preisvergabe der Verfasser der ausgewählten Wettbewerbsarbeit zu den Verhandlungen im Wege des Verfahrens der Freihändigen Vergabe eingeladen worden ist;
3. die Ausführung des Auftrags ist dringlich im Hinblick auf besondere Umstände, die der Auftraggeber nicht zu vertreten hat und nicht voraussehen konnte und, die für die anderen Arten des Vergabeverfahrens festgesetzten Fristen können nicht eingehalten werden;
4. in den nacheinander durchgeführten Vergabeverfahren, von denen mindestens ein Vergabeverfahren im Wege der unbeschränkten oder beschränkten Ausschreibung durchgeführt worden ist, ist kein Antrag auf Zulassung zu der Teilnahme an Verfahren eingegangen, es sind keine Angebote eingegangen oder alle eingegangenen Angebote wurden aufgrund der Nichtübereinstimmung mit der Beschreibung des Leistungsgegenstands ausgeschieden, und die ursprünglichen Auftragsbedingungen sind nicht grundlegend geändert worden;
5. Vergabe von zusätzlichen Aufträgen an den bisherigen Auftragnehmer von Dienstleistungs- oder Bauleistungsaufträgen, die im zunächst vergebenen Hauptauftrag nicht vorgesehen waren, insgesamt 50% des Wertes des ausgeführten Hauptauftrags nicht überschreiten, zur ordentlichen Ausführung des Hauptauftrages notwendig sind, die wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses erforderlich geworden sind, wenn aus technischen und/oder wirtschaftlichen Gründen die Trennung des zusätzlichen Auftrags von dem Hauptauftrag einen ungewöhnlich hohen Kostenaufwand erfordern würde und/oder die Ausführung des Hauptauftrags von der Ausführung des zusätzlichen Auftrags abhängig ist (so genannte **Zusatzaufträge**);
6. die Vergabe erfolgt innerhalb von drei Jahren ab der Vergabe des Hauptauftrages zugunsten des bisherigen Auftragnehmers des Dienstleistungs- oder Bauleistungsauftrages, wobei es sich um Ergänzungsaufträge handelt, die 50 % des Auftragswertes des Hauptauftrages nicht überschreiten und in der Wiederholung der gleichartigen Aufträge bestehen, wenn der Hauptauftrag im Wege der unbeschränkten oder beschränkten Ausschreibung vergeben worden ist und der Ergänzungsauftrag in der Bekanntmachung für den Hauptauftrag vorgesehen wurde und dem Leistungsgegenstand entspricht (so genannte **Ergänzungsaufträge**);
7. es handelt sich um die innerhalb von 3 Jahren ab der Vergabe des Hauptauftrages zugunsten des bisherigen Auftragnehmers eines Lieferauftrags erfolgte Vergabe von Ergänzungsaufträgen, die 20% des Auftragswertes des Hauptauftrages nicht

überschreiten und in der Erweiterung der Lieferung bestehen, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers dazu führen würde, dass Material anderartiger technischer Merkmale gekauft werden müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch oder Wartung verursachen würde, sofern der Hauptauftrag im Wege der unbeschränkten oder beschränkten Ausschreibung vergeben worden ist und der Ergänzungsauftrag durch die SIWZ für den Hauptauftrag vorgegeben war und auf die in ihr vorgesehene Leistung bezogen ist (so genannte **Ergänzungsaufträge**);

8. die Vergabe des Lieferauftrags ist im Zusammenhang mit der Liquidation der Tätigkeiten einer anderen Person, dem Exekutionsverfahren oder dem Konkurs zu besonders günstigen Bedingungen möglich;
9. die Vergabe der Lieferaufträge auf Warenbörsen im Sinne der Vorschriften über Warenbörsen, darunter auf Warenbörsen der anderen EWR-Staaten erfolgt;
10. der Auftrag wird im USB von der Auslandsstelle (*placówka zagraniczna*) im Sinne der Vorschriften über das Auslandspersonal vergeben.⁶⁴⁷

Alle oben genannte Gründe sind eng auszulegen.⁶⁴⁸ Die Voraussetzung, dass der Auftrag **dringlich** im Hinblick auf **besondere Umstände** auszuführen ist, ist strenger als die Voraussetzung des **dringlichen Bedürfnisses** im Falle von Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung auszulegen. Diese Voraussetzung betrifft die Situation, wo der Auftrag nicht nur unverzüglich zu erteilen ist, sondern auch sofort ausgeführt werden muss.⁶⁴⁹ Dies bedeutet weiter, dass der Auftrag im Rahmen der freihändigen Vergabe nur in Bezug auf die sofort auszuführenden Aufträge, erteilt werden darf. Die Leistungen, die funktionell mit der dringlichen Leistung verbunden sind, dürfen nicht in Folge dieser Vergabe vorgenommen werden. Es könnte sich z.B. um Vorbeugen der Bauschäden und nicht um umfassende Reparatur des Bauobjekts handeln.⁶⁵⁰ Ferner, in Bezug auf Punkt 4 ist zu erläutern, dass die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht nur zwischen vorheriger Verfahrensarten und der freihändigen Vergabe grundlegend geändert werden dürfen, sondern auch zwischen den nacheinander durchgeführten Ausschreibungen.

⁶⁴⁷ Art. 67 Abs. 1 PZP

⁶⁴⁸ SN 6.07.2001, III RN 16/01, OSNCP 2001, Nr. 22, Pos. 657.

⁶⁴⁹ Jerzykowski in *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 264.

⁶⁵⁰ Jerzykowski in *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 265.

Bei der freihändigen Vergabe ist zwischen **Zusatzaufträgen** und **Ergänzungsaufträgen** zu unterscheiden. Beide können mehrmals vergeben werden vorausgesetzt, dass die Prozentlimite nicht überschritten werden. Die Prozentlimite beziehen sich jedoch auf andere Werte. Bei den Zusatzaufträgen handelt es sich um den Wert des ausgeführten Hauptauftrags (der in Leistungsvertrag bestimmt ist) und bei den Ergänzungsaufträgen um den geschätzten Auftragswert des Hauptauftrages. Überdies, dürfen die Zusatzaufträge nur dann anhand der freihändigen Vergabe vergeben werden, wenn sie zur ordentlichen Ausführung des Hauptauftrages wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses notwendig sind. Ferner ist zu erläutern, dass die Ergänzungsaufträge innerhalb von drei Jahren ab der Vergabe des Hauptauftrages erteilt werden dürfen. Hingegen die Zusatzleistungen nur während der Durchführung des Hauptauftrags, weil sie „zur ordentlichen Ausführung des Hauptauftrages notwendig“ sind.⁶⁵¹

Abschließend ist noch anzugeben, dass der Auftraggeber im OSB in Bezug auf Liefer- oder Dienstleistungsaufträge den Präsidenten des Vergabeamtes innerhalb von drei Tagen benachrichtigen muss, dass er das Verfahren der Freihändigen Vergabe eingeleitet hat. Dabei ist die tatsächliche und rechtliche Begründung anzugeben.⁶⁵² Ausgenommen sind die Fälle, die in Abs. 3 Art. 67 PZP genannt sind, wie z.B. die Vergabe dieser Aufträge, deren Gegenstand die Versorgung mit Trinkwasser mittels Wasser- und Abwässernetzen oder die Versorgung mit Strom aus dem Stromnetz darstellt.

Der Auftrag kann im **Vergabeverfahren der Preisnachfrage** vergeben werden, wenn der Auftragsgegenstand die öffentlich zugänglichen Lieferungen und/oder Dienstleistungen bilden, die dazu standardisierte Qualitätsmerkmale besitzen, und im USB erfolgt. Unter den öffentlich standardisierten Lieferungen und Dienstleistungen sind die wiederholbaren und typischen Waren und Dienstleistungen zu verstehen. Erwerb der Rechten ist anhand dieser Vergabearten eher unzulässig, weil sie nicht öffentlich zugänglich sind und keine standardisierte Qualitätsmerkmale (die relativ beständig und genau bestimmt sind) besitzen.⁶⁵³ Als Unterscheidungsmerkmal gilt der Preis, der bei der Wahl des Auftraggebers entscheidend sein sollte⁶⁵⁴.

Im Wege **der elektronischen Versteigerung** können alle Aufträge im USB vergeben werden.⁶⁵⁵

⁶⁵¹ Jerzykowski in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 268.

⁶⁵² Art. 67 Abs. 2 PZP

⁶⁵³ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 259.

⁶⁵⁴ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 259 und 284.

⁶⁵⁵ Art. 74 Abs. 2 PZP

4.3.3. Das europäische Recht

Zuallererst bestimmt die Richtlinie 2004/18/EG in Art. 1 die für ihre Zwecke geltenden Definitionen. In Abs. 11 wurde die Bedeutung der einzelnen Vergabeverfahren festgelegt. Somit ist **offene Verfahren** ein Verfahren, bei denen alle interessierten Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot abgeben können. **Nichtoffene Verfahren** zeichnet sich dadurch aus, dass sich alle Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme an dem Verfahrens bewerben können, aber nur die vom öffentlichen Auftraggeber aufgeforderten Wirtschaftsteilnehmer ein Angebot abgeben können. Ferner definiert die Richtlinie 2004/18/EG den wettbewerblichen Dialog als ein Verfahren, bei dem sich alle Wirtschaftsteilnehmer um die Teilnahme bewerben können und bei dem der öffentliche Auftraggeber einen Dialog mit den zu diesem Verfahren zugelassenen Bewerbern führt, um eine oder mehrere seinen Bedürfnissen entsprechende Lösungen herauszuarbeiten, auf deren Grundlage bzw. Grundlagen die ausgewählten Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Wobei ein öffentlicher Auftrag als „besonders komplex“ gilt, wenn der öffentliche Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und seine Ziele erfüllt werden können und/oder objektiv nicht in der Lage ist, die rechtlichen und/oder finanziellen Konditionen eines Vorhabens anzugeben. Zuletzt bestimmt die Richtlinie 2004/18/EG im Bezug auf **Verhandlungsverfahren**, dass bei dieser Verfahren der öffentliche Auftraggeber sich an Wirtschaftsteilnehmer seiner Wahl wendet und mit einem oder mehreren von ihnen über die Auftragsbedingungen verhandelt.

Ansonsten enthält die Richtlinie 2004/18/EG die Vorschriften bezüglich der Anwendung dieser Verfahrensarten (Kapitel V, Art. 28 bis 34). Die fundamentale Bestimmung ist in Art. 28 enthalten. Dieser Vorschrift zufolge sind für die Vergabe der öffentlichen Aufträge die einzelstaatlichen Verfahren in einer für die Zwecke dieser Richtlinie angepassten Form anzuwenden. Ferner wurde eingeführt, dass die öffentlichen Aufträge **grundsätzlich im Wege des offenen oder des nichtoffenen Verfahrens** zu vergeben sind. Nur unter den besonderen in Art. 29 der Richtlinie 2004/18/EG ausdrücklich genannten Umständen können die öffentlichen Auftraggeber ihre öffentlichen Aufträge im Wege des wettbewerblichen Dialogs vergeben. In den Fällen und unter den Umständen, die in den Artikeln 30 und 31 ausdrücklich genannt sind, können sie auf ein Verhandlungsverfahren mit oder ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung zurückgreifen.

Laut Art. 29 können bei besonders komplexen Aufträgen die Mitgliedstaaten vorsehen, dass der öffentliche Auftraggeber, falls seines Erachtens die Vergabe eines

öffentlichen Auftrags im Wege eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens nicht möglich ist, den wettbewerblichen Dialog durchführen kann. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags darf ausschließlich nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen. Ferner bestimmt diese Vorschrift, dass die öffentlichen Auftraggeber mit den ausgewählten Bewerbern einen Dialog eröffnen, dessen Ziel ist, die Mittel, mit denen ihre Bedürfnisse am besten erfüllt werden können, zu ermitteln und festzulegen. Bei diesem Dialog können sie mit den ausgewählten Bewerbern alle Aspekte des Auftrags erörtern.

Art. 30 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG bestimmt, dass der öffentliche Auftraggeber in folgenden Fällen Aufträge im **Verhandlungsverfahren nach Bekanntmachung** vergeben kann:

1. wenn im Rahmen eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens oder eines wettbewerblichen Dialogs keine ordnungsgemäßen Angebote oder nur Angebote abgegeben worden sind, die nach den innerstaatlichen, mit den Art. 4, 24, 25 und 27 der Richtlinie 2004/18/EG sowie mit Kapitel VII zu vereinbarenden Vorschriften unannehmbar sind, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden. Die öffentlichen Auftraggeber brauchen keine Bekanntmachung zu veröffentlichen, wenn sie in das betreffende Verhandlungsverfahren alle Bieter und nur die Bieter einbeziehen, die die Kriterien der Art. 46 bis 52 der Richtlinie 2004/18/EG erfüllen und die im Verlauf des vorangegangenen offenen oder nichtoffenen Verfahrens oder des wettbewerblichen Dialogs diese Angebote eingereicht haben, die den formalen Voraussetzungen für das Vergabeverfahren entsprechen;
2. in Ausnahmefällen, wenn es sich um Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der damit verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen;
3. bei Dienstleistungen, insbesondere bei Dienstleistungen der Kategorie 6 von Anhang II Teil A der Richtlinie 2004/18/EG, und bei geistig-schöpferischen Dienstleistungen wie Bauplanungsdienstleistungen, sofern die zu erbringende Dienstleistung so beschaffen ist, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebots in Übereinstimmung mit den Vorschriften über offene und nichtoffene Verfahren vergeben werden kann;
4. bei öffentlichen Bauaufträgen, wenn es sich um Bauleistungen handelt, die ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs oder Entwicklungszwecken und nicht mit

dem Ziel der Gewährleistung der Rentabilität oder der Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten durchgeführt werden.

Überdies sieht die Richtlinie 2004/18/EG vor, dass in Verhandlungsverfahren nach Bekanntmachung der öffentliche Auftraggeber mit den Bietern über die von diesen unterbreiteten Angeboten verhandelt, um sie entsprechend den in der Bekanntmachung, den Verdingungsunterlagen und etwaigen zusätzlichen Unterlagen angegebenen Anforderungen anzupassen und das beste Angebot zu ermitteln.⁶⁵⁶

Schließlich bestimmt der Art. 31 der Richtlinie 2004/18/EG die Fälle, die das Verhandlungsverfahren ohne Veröffentlichung einer Bekanntmachung rechtfertigen. Die öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge können im **Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung** vergeben werden:

1. wenn im Rahmen eines offenen oder nichtoffenen Verfahrens keine oder keine geeigneten Angebote oder keine Bewerbungen abgegeben worden sind, sofern die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert werden; der Kommission muss in diesem Fall ein Bericht vorgelegt werden, wenn sie dies wünscht;
2. wenn der Auftrag aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden kann;
3. soweit dies unbedingt erforderlich ist, wenn **dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen**, die die betreffenden öffentlichen Auftraggeber nicht voraussehen konnten, es nicht zulassen, die Fristen einzuhalten, die für die offenen, die nichtoffenen oder die in Art. 30 genannten Verhandlungsverfahren nach Bekanntmachung vorgeschrieben sind. Die angeführten Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit dürfen auf keinen Fall den öffentlichen Auftraggebern zugeschrieben sein.

Die öffentlichen Lieferaufträge können im **Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung** vergeben werden:

1. wenn es sich um Erzeugnisse handelt, die ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken hergestellt werden, wobei unter dieser Bestimmung nicht eine Serienfertigung zum Nachweis der Marktfähigkeit des Erzeugnisses oder zur Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten fällt;

⁶⁵⁶ Art. 30 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG

2. bei zusätzlichen Lieferungen des ursprünglichen Unternehmers, die entweder zur teilweisen Erneuerung von gelieferten marktüblichen Waren oder Einrichtungen oder zur Erweiterung von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind, wenn ein Wechsel des Unternehmers dazu führen würde, dass der öffentliche Auftraggeber Waren mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde; die Laufzeit dieser Aufträge sowie der Daueraufträge darf in der Regel drei Jahre nicht überschreiten;
3. bei auf einer Warenbörse notierten und gekauften Waren;
4. wenn Waren zu besonders günstigen Bedingungen bei Lieferanten, die ihre Geschäftstätigkeit endgültig einstellen, oder bei Insolvenz/Konkursverwaltern oder Liquidatoren im Rahmen eines Insolvenz/Konkurs-, Vergleichs oder Ausgleichsverfahren oder eines in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften eines Mitgliedstaats vorgesehenen gleichartigen Verfahren erworben werden.

Die öffentlichen Dienstleistungsaufträge können im Verhandlungsverfahren nach Bekanntmachung vergeben werden, wenn im Anschluss an einen Wettbewerb der Auftrag gemäß den einschlägigen Bestimmungen an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Wettbewerbs vergeben werden muss; im letzteren Fall müssen alle Gewinner des Wettbewerbs zur Teilnahme an den Verhandlungen aufgefordert werden.

Überdies können die öffentlichen Bau- und Dienstleistungsaufträge im Wege von Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung vergeben werden:

1. für zusätzliche Bau- oder Dienstleistungen, die weder in dem der Vergabe zugrunde liegenden Entwurf noch im ursprünglich geschlossenen Vertrag vorgesehen sind, die aber wegen eines unvorhergesehenen Ereignisses zur Ausführung der darin beschriebenen Bau- oder Dienstleistung erforderlich sind, sofern der Auftrag an den Wirtschaftsteilnehmer vergeben wird, der diese Bau- oder Dienstleistung erbringt:
 - wenn sich diese zusätzlichen Bau- oder Dienstleistungen in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht ohne wesentlichen Nachteil für den öffentlichen Auftraggeber vom ursprünglichen Auftrag trennen lassen oder

- wenn diese Bau- oder Dienstleistungen zwar von der Ausführung des ursprünglichen Auftrags getrennt werden können, aber für dessen Vollendung unbedingt erforderlich sind; der Gesamtwert der Aufträge für die zusätzlichen Bau- oder Dienstleistungen darf jedoch 50 % des Wertes des ursprünglichen Auftrags nicht überschreiten;
2. bei neuen Bau- oder Dienstleistungen, die **in der Wiederholung gleichartiger Bau- oder Dienstleistungen** bestehen, die durch den gleichen öffentlichen Auftraggeber an den Auftragnehmer vergeben werden, der den ursprünglichen Auftrag erhalten hat, sofern sie einem Grundentwurf entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des ursprünglichen Auftrags war, der nach einem offenen oder einem nichtoffenen Verfahren vergeben wurde.

Die Richtlinie 2004/18/EG sieht in Bezug auf die in Punkt 1 und 2 genannten Fällen noch vor, dass das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nur binnen drei Jahren nach Abschluss des ursprünglichen Auftrags angewandt werden darf.

Hinsichtlich der Rechtsprechung des EuGH ist zu erwähnen, dass sie größtenteils die Ausnahmen betrifft, die die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung rechtfertigen. Es handelt sich vor allem um den Umstand, dass der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann,⁶⁵⁷ sowie um die Tatsache, dass wegen dringlichen, zwingenden Gründen im Zusammenhang mit unvorhersehbaren Ereignissen die im Vergabeverfahren zu berücksichtigenden Fristen nicht eingehalten werden können.⁶⁵⁸ In Bezug auf alle Ausnahmetatbestände stellte der EuGH fest, dass sie eng auszulegen sind⁶⁵⁹ und dass die Beweislast im konkreten Fall bei demjenigen vorliegt, der sich darauf berufen will⁶⁶⁰.

⁶⁵⁷ Siehe näher: EuGH 3.05.1994, Rs C-328/92, *Kommission/Spanien*, EuGH 28.03.1995, Rs C-324/93 *Evans Medical*; EuGH 18.05.1995, Rs C-57/94, *Kommission/Italien*; EuGH 10.04. 2003, Rs C-20/01 und 28/01, *Kommission/Deutschland*; Rs C-394/02, *Kommission/Griechenland*.

⁶⁵⁸ Siehe dazu näher: EuGH 18.03.1992, Rs C-24/91, *Kommission/Spanien*; EuGH 28.03.1996, Rs C-318/94, *Kommission/Deutschland*; EuGH 2.08.1993, Rs C-107/92, *Kommission/Italien*; EuGH 18.11. 2004, Rs C-126/03, *Kommission/Deutschland*; EuGH 14.09. 2004, Rs C-385/02, *Kommission/Italien*; EuGH 2.07.2005, Rs C-394/02, *Kommission/Griechenland*.

⁶⁵⁹ EuGH 16.10.1997, Rs C-304/96, *Hera*.

⁶⁶⁰ EuGH 10.3.1987, Rs 199/85, *Kommission/Italien*; EuGH 10.4.2003, Rs C-20/01 und C- 28/01 *Kommission/Deutschland*; EuGH 28.3.1996, Rs C-318/94, *Kommission/Deutschland*; EuGH 18.5.1995, Rs C 57/94, *Kommission/Italien*; EuGH vom 28.3.1995, Rs C-324/93 *Evans Medical*.

4.3.4. Rechtsvergleich

Die öffentlichen Aufträge sind in Österreich und Polen im Rahmen von Vergabeverfahren zu vergeben. In beiden Ländern unterscheidet man zwischen offenem Verfahren/unbeschränkter Ausschreibung, nicht offenem Verfahren/beschränkter Ausschreibung, dem wettbewerblichen Dialog, dem Verhandlungsverfahren mit vorherigen Bekanntmachung/Verhandlungen mit Bekanntmachung und Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Bekanntmachungen/Verhandlungen ohne Bekanntmachung. Wobei in PZP nur die unbeschränkte Ausschreibung mit vorheriger Bekanntmachung geregelt ist und das BVergG 2006 in einigen Fällen noch ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässt. Darüber hinaus zählt PZP zu den Arten der Auftragsvergabe die freihändige Vergabe, Vergabeverfahren der Preisnachfrage und die elektronische Versteigerung. BVergG 2006 zählt wiederum zu den Arten des Vergabeverfahrens eine Direktvergabe, ein dynamisches Beschaffungssystem und eine Rahmenvereinbarung. Das dynamische Beschaffungssystem und der Rahmenvertrag sind auch im PZP genannt. Sie sind aber als besondere Formen der Auftragsvergabe eingestuft. In beiden Ländern stellen sie kein selbständiges Verfahren dar und müssen durch die andere Verfahrensarten vorangegangen werden.

Ferner ist zu bemerken, dass die Definitionen des offenen Verfahrens/der unbeschränkten Ausschreibung, des nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung/der beschränkten Ausschreibung sowie des wettbewerblichen Dialogs in beiden Ländern nahezu identisch sind. Die Begriffe der Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung in Österreich und der Verhandlungen mit Bekanntmachung in Polen sind wiederum abweichend definiert. Der wichtigste Unterschied betrifft das Vorangebot, das gemäß PZP dem endgültigen Angebot vorangehen muss. In Österreich werden die Unternehmer nur zu Abgabe endgültiger Angebote eingeladen. Überdies kann in Österreich über den gesamten Auftragsinhalt und in Polen über die Leistungsbeschreibung und/oder die Bedingungen des Leistungsvertrags verhandelt werden. Hinsichtlich der Definition des Verhandlungsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung nach BVergG 2006 und der Verhandlungen ohne Bekanntmachung nach PZP ist zu erwähnen, dass sie dem ersten Augenschein nach abweichend lediglich in Bezug auf Inhalt der Verhandlungen definiert sind. Schließlich muss festgestellt werden, dass die Direktvergabe in Österreich sowie das Verfahren der freihändigen Vergabe, das Vergabeverfahren der Preisnachfrage und die elektronische Versteigerung in Polen, kein gesetzliches Äquivalent im anderen Land finden.

Sowohl in Polen als auch in Österreich können in OSB und USB die öffentlichen Auftraggeber frei zwischen dem offenen Verfahren/der unbeschränkten Ausschreibung und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung/der beschränkten Ausschreibung wählen. Die Wahl dieser Verfahrensarten benötigt keine Begründung seitens des Auftraggebers. Andere Arten der Auftragsvergabe können nur beim Vorliegen bestimmter, taxativ aufgezählter Umstände durchgeführt werden. Die Ausnahmeverfahren sind im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH in beiden Ländern als Ausnahmetatbestände eng auszulegen.

Die Umstände, die die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung/der Verhandlungen mit Bekanntmachung im OSB rechtfertigen, sind im Einklang mit der Richtlinie 2004/18/EG in beiden Ländern nahezu identisch bestimmt. Die sprachlichen Verschiedenheiten sind für die Auslegung dieser Umstände ohne Belang. Im USB können die öffentlichen Auftraggebern im Rahmen dieser Verfahrensart die Liefer- und Dienstleistungsaufträge in beiden Ländern jederzeit vergeben. Die Bauaufträge können im USB anhand dieser Verfahrensart nur in Polen stets vergeben werden; in Österreich ist dies zulässig unter der Bedingung, dass der geschätzte Auftragswert 350 000 Euro nicht erreicht.

In Bezug auf die Ausnahmetatbestände, die im OSB die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach BVergG 2006 rechtfertigen, ist festzustellen, dass sie den Ausnahmen für die Begründung der Verhandlungen ohne Bekanntmachung und des Verfahrens der freihändigen Vergabe nach PZP entsprechen. Diese Umstände sind der Richtlinie 2004/18/EG zu entnehmen. Denn die Richtlinie sieht im Art. 28 vor, dass für die Vergabe des öffentlichen Auftrags die einzelstaatlichen Verfahren in einer für die Zwecke dieser Richtlinie angepassten Form anzuwenden sind. Folglich wurden in Polen zwei Arten des Vergabeverfahrens dem gemeinschaftsrechtlichen Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung untergestellt.

Die Bestimmungen des BVergG 2006 hinsichtlich der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung entsprechen im OSB fast buchstäblich dem Wortlaut der Art. 31 der Richtlinie 2004/18/EG. Die wesentliche Abweichung von der Richtlinie betrifft die Einführung der zusätzlichen Voraussetzungen für die Wahl dieser Verfahrensart im Falle von Wiederholung gleichartiger Bau- und Dienstleistungen. Die Umstände, die im PZP die Wahl der Verhandlungen ohne Bekanntmachung rechtfertigen, entsprechen größtenteils den in BVergG 2006 und Richtlinie 2004/18/EG genannten Ausnahmen. Die wesentlichsten Abweichungen von der Vergaberichtlinie und folglich BVergG 2006 betreffen einige Vorschriften des PZP, die die

Wahl des Verfahrens der freihändigen Vergabe begründen. Meiner Ansicht nach sind diese Bestimmungen gemeinschaftsrechtswidrig. Erstens ist das Verfahren der freihändigen Vergabe weniger wettbewerbsfähig als die Verhandlungen ohne Bekanntmachung, weil der Auftrag durch den Auftraggeber nach den Verhandlungen mit nur einem Auftragnehmer vergeben wird. Zweitens sind die Ausnahmefälle von der Richtlinie 2004/18/EG eng auszulegen. Drittens sind zusätzliche Ausnahmeregelungen für die Wahl der besonderen Verfahrensarten laut Vergaberichtlinie unzulässig. Strittig sind vor allem zwei Ausnahmen:

- Dringlichkeit der Auftragsausführung im Hinblick auf besondere Umstände, die der Auftraggeber nicht zu vertreten hat und nicht voraussehen konnte, wenn die für andere Arten des Vergabeverfahrens festgesetzten Fristen nicht eingehalten werden können, sowie
- der Umstand, dass in den nacheinander durchgeführten Vergabeverfahren, von denen **mindestens** ein Vergabeverfahren im Wege der unbeschränkten oder beschränkten Ausschreibung durchgeführt worden ist, kein Antrag auf Zulassung zu der Teilnahme an Verfahren eingegangen ist, sind keine Angebote eingegangen oder alle Angebote ausgeschieden wurden, und die ursprünglichen Auftragsbedingungen sind nicht grundlegend geändert worden.

Schließlich, hinsichtlich der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung ist zu erwähnen, dass in Österreich anders als in Polen das Vergabegesetz im USB diese Verfahrensart auch unter viel mildereren Voraussetzungen zulässt.

Der wettbewerbliche Dialog wird sowohl in Österreich als auch in Polen zugelassen, wenn die Komplexität des Auftrags die Vergabe im Wege eines offenen oder nicht offenen Verfahrens/einer unbeschränkten oder beschränkten Ausschreibung unmöglich macht. Der Beurteilung dieser „Unmöglichkeit“ scheint auf den ersten Blick mehr subjektiv im BVergG 2006 als im PZP bestimmt zu sein; §34 Abs. 1 bezieht sich auf die **Ansicht des Auftraggebers**. Allerdings §34 Abs. 2 BVergG 2006 zerstreut diese Bedenken und stellt fest, dass ein Auftrag als besonders komplex gilt, wenn Auftraggeber **objektiv** nicht in der Lage ist die technischen Spezifikationen, mit denen seine Bedürfnisse und Anforderungen erfüllt werden können anzugeben, oder die rechtlichen oder finanziellen Konditionen des Vorhabens nennen.

Am Ende ist noch zu bemerken, dass PZP die Wahl des wettbewerblichen Dialogs nur dann zulässt, wenn die Auftragsvergabe ausschließlich nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgen wird. BVergG 2006 (ähnlich wie die Richtlinie 2004/18/EG)

bezieht sich auf diese Voraussetzung nicht bei den Bestimmungen hinsichtlich der Wahl des wettbewerblichen Dialogs sondern bei den Regelungen für die Durchführung dieses Dialogs.

4.4 Ablauf einzelner Vergabeverfahren⁶⁶¹

4.4.1. Das österreichische Recht

4.4.1.1. Ablauf des offenen Verfahrens

Am Anfang fordert der Auftraggeber einen unbeschränkten Kreis an Unternehmen durch eine **öffentliche Bekanntmachung** zur Angebotslegung (Näheres unter 4.2.1.1.) Mit dieser Bekanntmachung gilt das offene Verfahren als eingeleitet.⁶⁶²

Sofern der Auftraggeber nicht die Ausschreibungsunterlagen und alle zusätzlichen das Vergabeverfahren betreffende Unterlagen ab der erstmaligen Verfügbarkeit der jeweiligen Bekanntmachung auf elektronischem Weg frei, direkt und vollständig zugänglich gemacht hat, sind an Unternehmer, die ihr Interesse an diesem Verfahren bekundet und rechtzeitig vor Ende der Angebotsfrist die Ausschreibungsunterlagen angefordert haben, die Ausschreibungsunterlagen und alle zusätzlichen Unterlagen unverzüglich, jedoch spätestens innerhalb von sechs Tagen nach Eingang des Antrages, zu übermitteln oder nach entsprechender Verständigung elektronisch zur Verfügung zu stellen.⁶⁶³ Wenn diese Frist aus Gründen, die dem Unternehmer nicht zugerechnet werden können, nicht eingehalten werden kann, so ist die Angebotsfrist entsprechend zu verlängern.⁶⁶⁴ Die Anzahl und die Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an dem Verfahren bekundet haben, sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten.⁶⁶⁵ Die interessierten Unternehmer haben Anspruch auf Übergabe der Ausschreibungsunterlagen.⁶⁶⁶

Alle an dem offenen Verfahren interessierten Unternehmer können ihre Angebote innerhalb der Angebotsfrist einreichen. Sie haben Anspruch auf Entgegennahme des Angebotes.⁶⁶⁷ Im OSB beträgt die vom Auftraggeber festzusetzende **Frist für den Eingang**

⁶⁶¹ Das offene und nicht offene Verfahren in Österreich, die unbeschränkte und beschränkte Ausschreibung in Polen sowie den wettbewerblichen Dialog werden bis zur Angebotsabgabe beschrieben. Die Direktvergabe gemäß BVergG 2006, die freihändige Vergabe gemäß PZP und die elektronische Versteigerung gemäß PZP werden bis zum Vertragsabschluss dargestellt. Die Verhandlungen in Polen sowie der wettbewerblichen Dialog werden bis zur endgültigen Angebotsabgabe und die Verhandlungsverfahren in Österreich bis zu der letzten Verhandlungsrunde/zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes beschrieben.

⁶⁶² Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 185.

⁶⁶³ § 58 Abs. 1 BVergG 2006

⁶⁶⁴ § 58 Abs. 3 BVergG 2006

⁶⁶⁵ § 101 Abs. 2 BVergG 2006

⁶⁶⁶ OGH 22.11.1994, 4 Ob 573/94=ecolex 1995, 328; OGH 29.11.1989, 1 Ob 663/89=JBl 1990, 520=ecolex 1990, 144; BVA 8.2.1996, N-1/96-4=wbl 1997, 83.

⁶⁶⁷ § 117 Abs. 1 BVergG 2006

der Angebote mindestens 52 Tage.⁶⁶⁸ Im Falle von beschleunigtem Verfahren kann diese Frist - nach Vorinformation - auf 22 Tage verkürzt werden.⁶⁶⁹ Sofern Bekanntmachungen unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars elektronisch erstellt und auf elektronischem Weg nach den vom Bundeskanzler gemäß §50 kundgemachten Verfahren für die Übermittlung von Bekanntmachungen und Mitteilungen⁶⁷⁰ übermittelt werden, kann die reguläre Angebotsfrist oder die verkürzte Angebotsfrist um sieben Tage verkürzt werden.⁶⁷¹ Abgesehen davon, können die Angebotsfristen um fünf Tage verkürzt werden, wenn der Auftraggeber ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Verfügbarkeit der jeweiligen Bekanntmachung die Ausschreibungsunterlagen und alle zusätzlichen Unterlagen auf elektronischem Weg verfügbar gemacht hat.⁶⁷²

Im USB beträgt die Frist für den Eingang der Angebote mindestens 22 Tage⁶⁷³ und bei Verwendung elektronischer Medien kann sie um drei Tage verkürzt werden, wenn der Auftraggeber ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Verfügbarkeit der jeweiligen Bekanntmachung die Ausschreibungsunterlagen und alle zusätzlichen Unterlagen auf elektronischem Weg verfügbar gemacht hat.⁶⁷⁴ Überdies kann der Auftraggeber in besonders begründeten Fällen, insbesondere aus Gründen der Dringlichkeit, die Mindestangebotsfristen verkürzen.⁶⁷⁵

Falls in der Bekanntmachung nicht ein Tag für die früheste mögliche Abholung der Ausschreibungsunterlagen angegeben ist, **beginnt die Angebotsfrist** im OSB mit dem Tag der Absendung der Bekanntmachung⁶⁷⁶ und im USB mit dem Tag der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung⁶⁷⁷. Sie endet mit dem Zeitpunkt, bis zu dem die Angebote spätestens eingehen müssen.

Mit der Abgabe seines Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt und dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt.⁶⁷⁸ Überdies muss der Bieter die in der Bekanntmachung

⁶⁶⁸ § 60 Abs. 1 und § 61 BVergG 2006

⁶⁶⁹ § 61 Abs. 1 BVergG 2006

⁶⁷⁰ Kundmachung des Bundeskanzlers betreffend die Verfahren für die Übermittlung von Bekanntmachungen und Mitteilungen auf Grund des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. II Nr. 36/2006. StF: BGBl. II Nr. 36/2006

⁶⁷¹ § 62 Abs. 1 BVergG 2006

⁶⁷² § 62 Abs. 2 BVergG 2006

⁶⁷³ § 65 Abs. 1 BVergG 2006

⁶⁷⁴ § 66 BVergG 2006

⁶⁷⁵ § 67 BVergG 2006

⁶⁷⁶ § 60 Abs. 1 BVergG 2006

⁶⁷⁷ § 64 BVergG 2006

⁶⁷⁸ § 108 Abs. 2 BVergG 2006

genannten Nachweise vorlegen, es sei denn sie auf Aufforderung des Auftraggebers nachzureichen sind.⁶⁷⁹

4.4.1.2. Ablauf des nicht offenen Verfahrens

Das nicht offene Verfahren **mit vorheriger Bekanntmachung** zeichnet sich durch Beschränkung der Teilnehmeranzahl aus. Dies erfolgt anhand einer Auswahlstufe. Mittels öffentlicher Bekanntmachung werden interessierte Unternehmer aufgefordert, die Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren zu stellen. Unternehmern, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, ist die Gelegenheit zur Beteiligung am Verfahren zu geben.⁶⁸⁰ Somit müssen die Unternehmer in Verbindung mit einem Teilnahmeantrag die in der Bekanntmachung namhaft gemachten Leistungsnachweise vorzulegen.⁶⁸¹

Die vom Auftraggeber festzusetzende **Frist für den Eingang der Teilnameanträge** beträgt im OSB mindestens 37 Tage. Sie beginnt mit dem Tag der Absendung der Bekanntmachung.⁶⁸² Sofern Bekanntmachungen unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars elektronisch erstellt und auf elektronischem Weg nach den vom Bundeskanzler gemäß § 50 kundgemachten Verfahren für die Übermittlung von Bekanntmachungen und Mitteilungen übermittelt werden, kann die Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge im OSB um sieben Tage verkürzt werden.⁶⁸³ Der Auftraggeber kann, sofern aus Gründen der Dringlichkeit die Einhaltung der regulären oder der verkürzten Fristen nicht möglich ist, im OSB folgende Fristen für den Eingang der Teilnahmeanträge vorsehen: mindestens 15 Tage, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung oder mindestens 10 Tage, gerechnet vom Tag der Absendung der Bekanntmachung, sofern die Bekanntmachung unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars elektronisch erstellt und auf elektronischem Weg nach den vom Bundeskanzler gemäß §50 BVergG 2006 kundgemachten Verfahren für die Übermittlung von Bekanntmachungen und Mitteilungen⁶⁸⁴ übermittelt wurde.⁶⁸⁵ Im USB beträgt die vom Auftraggeber festzusetzende Frist für den

⁶⁷⁹ § 46 Abs. 3 BVergG 2006

⁶⁸⁰ §103 Abs. 4 BVergG 2006

⁶⁸¹ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht (2006), S. 79.

⁶⁸² § 59 BVergG 2006

⁶⁸³ § 62 Abs. 1 BVergG 2006

⁶⁸⁴ Kundmachung des Bundeskanzlers betreffend die Verfahren für die Übermittlung von Bekanntmachungen und Mitteilungen auf Grund des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. II Nr. 36/2006.

⁶⁸⁵ § 63 BVergG 2006

Eingang der Anträge auf Teilnahme am Vergabeverfahren mindestens 14 Tage.⁶⁸⁶ Der Auftraggeber kann in besonders begründeten Fällen, insbesondere aus Gründen der Dringlichkeit, die Mindestangebotsfristen und die Teilnahmefristen verkürzen.⁶⁸⁷

Der Auftraggeber darf vom Inhalt der Teilnahmeanträge erst nach Ablauf der Frist für deren Einreichung Kenntnis erhalten. Über die **Prüfung der Teilnahmeanträge** ist eine **Niederschrift** zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Teilnahmeanträge wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Auf Verlangen ist dem Bewerber Einsichtnahme in den seinen Teilnahmeantrag betreffenden Teil der Niederschrift, zu gewähren.⁶⁸⁸

Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen, darf aber nicht unter fünf liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und ist in der Bekanntmachung anzugeben. Die objektiven und nicht diskriminierenden Auswahlkriterien haben den besonderen Erfordernissen der zur Ausführung gelangenden Leistung Rechnung zu tragen und sind in der Bekanntmachung bekannt zu geben.⁶⁸⁹ Auswahlkriterien müssen in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegt werden und dürfen nicht diskriminierenden Inhaltes sein.⁶⁹⁰

Langen in der Folge mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von aufzufordernden Unternehmern ein, so hat der Auftraggeber unter den befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern (also nach Prüfung der **Eignungskriterien**) und anhand der **Auswahlkriterien** die besten Bewerber auszuwählen. Auswahlkriterien sind in Vorhinein festzulegen und den interessierten Unternehmern mitzuteilen, weil für die Bewerber erkennbar sein muss, welche Aspekte zu einer Einladung zur Angebotsabgabe führen können.⁶⁹¹ Die für die Auswahl maßgeblichen Gründe sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Wichtig in diesem Zusammenhang ist die Unterscheidung zwischen Auswahl- und Zuschlagskriterien. Erste müssen „unternehmerbezogen“ sein,⁶⁹² zweite hingegen müssen sich am Auftrag bzw. an der ausgeschriebenen Leistung orientieren⁶⁹³. Überdies müssen Auswahlkriterien im Gegensatz zu den Zuschlagskriterien nicht gewichtet werden. Es reicht, wenn der Auftraggeber sie in der Reihenfolge ihrer Bedeutung angibt.⁶⁹⁴

⁶⁸⁶ § 64 BVergG 2006

⁶⁸⁷ § 67 BVergG 2006

⁶⁸⁸ § 103 Abs. 5 BVergG 2006

⁶⁸⁹ § 103 Abs. 6 BVergG 2006

⁶⁹⁰ Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht (2006), S. 79.

⁶⁹¹ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2004), S. 185; Schwartz, BVergG-Kurzkomentar (2003) § 38 Rz 8.

⁶⁹² § 2 Z 20 lit a BVergG 2006

⁶⁹³ § 2 Z 20 lit d aa) BVergG 2006

⁶⁹⁴ EB zu § 2 Z 20 BVergG 2006 RV 1171 BlgNR. XXI. GP 16.

Der Auftraggeber hat die nicht zur Angebotsabgabe aufgeforderten Bewerber von der Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche (bei der Durchführung eines beschleunigten Verfahrens drei Tage) nach Abschluss der Auswahl und unter Bekanntgabe der Gründe für die Nicht-Zulassung zu verständigen. Die Gründe der Nicht-Zulassung sind nicht bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen den öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würden.⁶⁹⁵

Wenn weniger Teilnahmeanträge von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmen als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von aufzufordernden Unternehmen einlangen, darf der Auftraggeber im OSB keine zusätzlichen Unternehmer in das Vergabeverfahren einbeziehen. Im USB hingegen können diese Unternehmer zum Vergabeverfahren zugelassen werden.⁶⁹⁶

Der Auftraggeber hat die ausgewählten Bewerber gleichzeitig schriftlich **zur Angebotsabgabe aufzufordern**. Sofern die Unterlagen nicht im Internet bereitgestellt werden, sind der Aufforderung die Ausschreibungsunterlagen und allfällige zusätzliche Unterlagen beizufügen.⁶⁹⁷

Die Bewerber können ihre Angebote innerhalb der Angebotsfrist einreichen. Ihre Anzahl und Namen sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten.⁶⁹⁸ Die Angebotsfrist beträgt im OSB mindestens 40 Tage. Sie beginnt mit dem Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe und endet mit dem Zeitpunkt, bis zu dem die Angebote spätestens eingehen müssen.⁶⁹⁹ Diese Frist kann im OSB auf 22 Tage verkürzt werden, sofern der Auftraggeber mindestens 52 Tage - höchstens aber zwölf Monate vor dem Zeitpunkt der Absendung einer Bekanntmachung der Europäischen Kommission - die Vorinformation übermittelt hat.⁷⁰⁰ Weiters kann der Auftraggeber im OSB, sofern aus Gründen der Dringlichkeit die Einhaltung der regulären oder der verkürzten Fristen nicht möglich ist, mindestens 10 Tage für den Eingang der Angebote, gerechnet vom Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorsehen.⁷⁰¹

Im USB beträgt die Angebotsfrist 22 Tage⁷⁰² und kann um drei Tage verkürzt werden, wenn der Auftraggeber ab dem Zeitpunkt der erstmaligen Verfügbarkeit der jeweiligen

⁶⁹⁵ § 103 Abs. 7 BVergG 2006

⁶⁹⁶ § 103 Abs. 8 BVergG 2006

⁶⁹⁷ § 103 Abs. 9 BVergG 2006

⁶⁹⁸ § 104 Abs. 3 BVergG 2006

⁶⁹⁹ § 60 Abs. 2 BVergG 2006

⁷⁰⁰ § 61 BVergG 2006

⁷⁰¹ § 63 BVergG 2006

⁷⁰² § 65 Abs. 2 BVergG 2006

Bekanntmachung die Ausschreibungsunterlagen und alle zusätzlichen, das Vergabeverfahren betreffenden Unterlagen, auf elektronischem Weg verfügbar gemacht hat.⁷⁰³

Hinsichtlich des nicht offenen Verfahrens **ohne vorheriger Bekanntmachung** ist anzugeben, dass die Aufforderung zur Angebotsabgabe nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu erfolgen hat. Diese Voraussetzungen sind vorab zu prüfen und festzuhalten.⁷⁰⁴ Die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer hat in nicht diskriminierender Weise stattzufinden. Der Auftraggeber hat sie so häufig wie möglich zu wechseln. Nach Möglichkeit sind insbesondere kleine und mittlere Unternehmer am Vergabeverfahren zu beteiligen. Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen. Sie darf jedoch nicht unter fünf liegen.⁷⁰⁵

4.4.1.3. Ablauf des Verhandlungsverfahrens

Beim Verhandlungsverfahren **mit vorheriger Bekanntmachung** werden – ebenso wie beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung – geeignete Unternehmer anhand von Eignungs- und Auswahlkriterien ausgewählt und dann zur Angebotslegung aufgefordert.⁷⁰⁶ Die Vorschriften bezüglich der Bekanntmachung, der Teilnahmeanträge (darunter Teilnahmefristen), der Prüfung der Teilnahmeanträge sowie der Auswahl der aufzufordernden Unternehmer, der Aufforderung zur Angebotsabgabe und der Angebotsfristen, die bei der nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung schon erläutert wurden, finden ihre Anwendung auch bei dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung.⁷⁰⁷

Im Falle von Verhandlungsverfahren **ohne vorheriger Bekanntmachung** wird sofort eine beschränkte Anzahl von Unternehmern zur Abgabe von Angeboten aufgefordert.⁷⁰⁸ Diese Aufforderung hat, so wie bei dem nicht offenen Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung, nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer gemäß §102 Abs. 1 BVergG 2006 zu erfolgen. Die Auswahl der aufzufordernden Unternehmer hat in nicht diskriminierender Weise stattzufinden und der Auftraggeber hat die aufzufordernden Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln.⁷⁰⁹ Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer ist entsprechend der Leistung festzulegen. Sie darf bei Verhandlungsverfahren

⁷⁰³ § 66 BVergG 2006

⁷⁰⁴ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 200.

⁷⁰⁵ § 102 Abs. 3 BVergG 2006

⁷⁰⁶ § 25 Abs. 5 BVergG 2006, § 103 Abs. 4 und 5 BVergG 2006.

⁷⁰⁷ § 103 und § 59 BVergG 2006

⁷⁰⁸ § 25 Abs. 6 BVergG 2006

⁷⁰⁹ § 102 Abs. 2 BVergG 2006

ohne vorheriger Bekanntmachung, sofern nicht die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann oder dringliche, zwingende Gründe vorliegen, bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern nicht unter drei liegen.⁷¹⁰

Die Angebote werden unter Berücksichtigung der in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien geprüft und bewertet. Wesentlichster Unterschied zu den bisher vorgestellten Verfahrensarten besteht in der Möglichkeit mit den Unternehmern über deren Angebote zu verhandeln. Gemäß §105 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern über den gesamten Leistungsinhalt (Auftragsinhalt laut §25 Abs. 5 und 6 BVergG 2006) zu verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Nach der Meinung von BVA darf im Verhandlungsverfahren über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt werden, wobei die Grenze des Verhandlungsspielraumes der jeweilige Auftragsgegenstand ist.⁷¹¹ Der Auftraggeber kann auf die Verhandlungen mit allen Bietern nur verzichten (bei dem Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung im OSB und bei jedem Verhandlungsverfahren im USB), wenn in den Ausschreibungsunterlagen vorbehalten wurde, dass im Fall der Abgabe von vollständig ausgearbeiteten und vergleichbaren Angeboten Verhandlungen nur mit dem Bieter des bestgereihten Angebots geführt werden und mit den übrigen Bietern Verhandlungen nur dann geführt werden, wenn die Verhandlungen mit dem Bieter des bestgereihten Angebots nicht erfolgreich abgeschlossen wurden.⁷¹²

Ein Verhandlungsverfahren kann in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Die vom Auftraggeber gewählte Vorgangsweise ist in der **Aufforderung zur Angebotsabgabe** oder in den **Ausschreibungsunterlagen** bekannt zu geben.⁷¹³ Gemäß §103 Abs. 6 BVergG 2006 ist die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer entsprechend der Leistung festzulegen, darf aber bei Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bei Existenz einer hinreichenden Anzahl von befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen Unternehmern nicht unter drei liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und ist in der Bekanntmachung anzugeben.

Die Verhandlungsphase wird kaum einer Regelung unterzogen. Dies führt jedoch dazu, dass den Grundsätzen des Vergabeverfahrens eine besondere Bedeutung zukommt. Im

⁷¹⁰ § 102 Abs. 3 BVergG 2006

⁷¹¹ BVA 3.06.2008, N/0049-BVA/12/2008-23, <http://www.bva.gv.at/NR/rdonlyres/DC0876EE-D4D4-4992-82D4-1A68DDAE0C39/32775/RS03N0049BVA12200823.pdf>

⁷¹² § 105 Abs. 4 BVergG 2006

⁷¹³ § 103 Abs. 5 BVergG 2006)

Verhandlungsverfahren legen die österreichischen Vergabekontrollbehörden das große Gewicht vor allem auf das Gebot der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter.⁷¹⁴ Überdies, weist das BVergG 2006 ausdrücklich bei dieser Verfahrensart darauf hin, dass der Auftraggeber Informationen nicht in solcher Weise diskriminierend weitergeben darf, dass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können.⁷¹⁵ In diesem Zusammenhang ist nicht zu vergessen, dass gemäß §105 Abs. 6 BVergG 2006 die Anzahl und die Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer, bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten sind.

Der Auftraggeber hat bei dieser Verfahrensart den Verhandlungsspielraum festzulegen, was durch eine Auflistung von „Kann-Kriterien“ und „Muss-Kriterien“ erfolgen soll.⁷¹⁶ Dann darf der Bieter bei der **Erstellung des ersten Angebotes** in den vom Auftraggeber festgelegten Grenzen von der Ausschreibung abweichen.⁷¹⁷ Wenn diese Auflistung der Kriterien unterlassen wird, ist von weitgehenden Verhandlungsmöglichkeiten auszugehen. Denn anders als bei dem offenen oder nicht offenen Verfahren, muss sich der Bieter an die Ausschreibungsunterlagen nicht halten und darf den vorgeschriebenen Text der Ausschreibungsunterlagen ändern oder ergänzen.⁷¹⁸ Bezüglich der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien ist zu sagen, dass - sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht anderes festgelegt wurde - während des Verhandlungsverfahrens keine Änderungen vorgenommen werden dürfen.⁷¹⁹

Bei den Verhandlungsverfahren ist keine formalisierte **Öffnung der Angebote** erforderlich und den Bietern ist die Teilnahme an der Öffnung nicht zu gestatten. Das Ergebnis der Öffnung ist geheim zu halten.⁷²⁰

Nach der Angebotsöffnung werden die Verhandlungen durchgeführt. Unter dem Begriff der **Verhandlung** sind sowohl schriftliche Anfragen als auch mündliche Erörterungen zu verstehen.⁷²¹ Die mündlichen Verhandlungen können anhand verschiedener Kommunikationsmittel erfolgen und müssen nicht, vorbehalten Aufklärungsgespräche und Erörterungen hinsichtlich des Letztangebotes, kommissionell durchgeführt werden.⁷²² Der Auftraggeber kann die Anzahl der Angebote anhand der bekannt gegebenen

⁷¹⁴ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 205.

⁷¹⁵ § 105 Abs. 1 BVergG 2006

⁷¹⁶ Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 208.

⁷¹⁷ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 572.

⁷¹⁸ § 106 Abs. 1 BVergG 2006 *a contrario*.

⁷¹⁹ § 105 Abs. 5 BVergG 2006

⁷²⁰ § 118 Abs. 2

⁷²¹ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 563.

⁷²² § 127 Abs. 3 bezieht sich auf offenes und nicht offenes Verfahrens sowie die Aufklärungsgespräche.

Zuschlagskriterien verringern und hat jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich von dieser Entscheidung zu verständigen.⁷²³ Gemäß Erläuterungen zu §§101-105 unbeschadet der Pflicht zu ersten Verhandlungsrunde bleibt dem Auftraggeber überlassen, wann diese Verringerung stattfinden soll.⁷²⁴ In der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens mit mehreren Bietern müssen, sofern eine ausreichende Anzahl von geeigneten Bietern verbleibt, noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist. Sofern auf Grund der Verringerung der Angebotsanzahl nur ein geeigneter Bieter verbleibt, sind Verhandlungen mit nur einem Bieter in der Schlussphase des Verhandlungsverfahrens zulässig.⁷²⁵

Die Verhandlungen können in einer Runde oder in mehreren Runden durchgeführt werden. Nach jeder Runde kann der Auftraggeber die Bieter zu Nachbesserung des Angebots auffordern.⁷²⁶ Auf die Teilnahme an den nachfolgenden Phasen können die Bieter verzichten, wenn sie z.B. die gewünschte technische Leistung oder die rechtlichen Rahmenbedingungen nicht nachkommen können oder wollen.⁷²⁷ Weiters ist zu sagen, dass der Auftraggeber zu entscheiden hat, ob nach dem Erstangebot alle andere Angebote oder nur das letzte Angebot als verbindlich betrachtet werden.⁷²⁸

Der Auftraggeber hat den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als **letzte Verhandlungsrunde** bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer **letztmaligen Abgabe eines Angebotes** aufgefordert werden.⁷²⁹

4.4.1.4. Ablauf des wettbewerblichen Dialogs

Anhand der öffentlichen Bekanntmachung werden die interessierten Unternehmer aufgefordert, die Anträge auf Teilnahme an dem wettbewerblichen Dialog zu stellen. Die Teilnahmeanträge können brieflich oder elektronisch gestellt werden. Interessenbekundungen

⁷²³ § 105 Abs. 2 BVergG 2006

⁷²⁴ Erläuterungen zu §§ 101-105 BVergG 2006, 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 79.

⁷²⁵ § 105 Abs. 2 BVergG 2006

⁷²⁶ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 566.

⁷²⁷ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 566.

⁷²⁸ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 566.

⁷²⁹ § 105 Abs. 3 BVergG 2006

auf Teilnahme können auch telefonisch oder mittels Telefax übermittelt werden.⁷³⁰ Die vom Auftraggeber festzusetzende **Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge** beträgt im OSB mindestens 37 Tage und beginnt mit dem Tag der Absendung der Bekanntmachung.⁷³¹ In USB beträgt diese Frist mindestens 14 Tage und beginnt mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.⁷³²

Bewerber, die auf Grund der Bekanntmachung rechtzeitig Teilnahmeanträge gestellt haben und die als befugt, leistungsfähig und zuverlässig anzusehen sind, sind zur Teilnahme am wettbewerblichen Dialog einzuladen.⁷³³ Über die Prüfung der Teilnahmeanträge ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Teilnahmeanträge wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Dem Bewerber ist auf Verlangen Einsichtnahme in den seinen Teilnahmeantrag betreffenden Teil der Niederschrift zu gewähren.⁷³⁴

Die Anzahl der einzuladenden Bewerber ist entsprechend der Leistung festzulegen, darf aber nicht unter drei liegen. Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten. Die objektiven und nicht diskriminierenden Auswahlkriterien haben den besonderen Erfordernissen des den Gegenstand des Dialogs bildenden Vorhabens Rechnung zu tragen.⁷³⁵

Wenn mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl von einzuladenden Bewerber einlangen, hat der Auftraggeber unter den geeigneten Bewerbern anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber auszuwählen. Die maßgeblichen Gründe für die Auswahl sind in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Der Auftraggeber hat die nicht zur Teilnahme am Dialog aufgeforderten Bewerber von dieser Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche nach Abschluss der Auswahl unter Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung zu verständigen. Die Gründe der Nichtberücksichtigung sind nicht bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauten Wettbewerb schaden würden.⁷³⁶

Wenn die Zahl der Teilnahmeanträge von geeigneten Bewerbern unter der vom Auftraggeber festgelegten Mindestanzahl von Teilnehmern liegt, kann der Auftraggeber das Verfahren mit den geeigneten Bewerbern fortführen. Der Auftraggeber kann Bewerber, die

⁷³⁰ § 160 Abs. 3 BVergG 2006

⁷³¹ § 59 BVergG 2006

⁷³² § 64 BVergG 2006

⁷³³ § 160 Abs. 4 BVergG 2006

⁷³⁴ § 160 Abs. 5 BVergG 2006

⁷³⁵ § 160 Abs. 6 BVergG 2006

⁷³⁶ § 160 Abs. 7 BVergG 2006

nicht über die erforderliche Eignung verfügen oder die keinen Teilnahmeantrag gestellt haben, nicht zur Teilnahme am Dialog einladen.⁷³⁷

Der Auftraggeber hat die ausgewählten Bewerber gleichzeitig und schriftlich zur Teilnahme am wettbewerblichen Dialog aufzufordern. Der Aufforderung sind, sofern die Unterlagen nicht im Internet bereitgestellt werden, **die Beschreibung** und allfällige zusätzliche Unterlagen beizufügen. Sie hat zumindest die Angaben, die im §160 Abs. 9 Z 1 bis 9 BVergG 2006 genannt sind zu enthalten (unter anderem die Gewichtung oder ggf. die Reihenfolge der Bedeutung der Zuschlagskriterien, den Termin bis zu dem die Bewerber ihren Lösungsvorschlag oder ihre Lösungsvorschläge vorzulegen haben, und den Beginnstermin und -Ort der Dialogphase sowie die verwendete Sprache).

Der Auftraggeber führt mit den Teilnehmern einen Dialog mit dem Ziel, die Lösung oder die Lösungen zu ermitteln, mit der oder mit denen seine Bedürfnisse und Anforderungen am besten erfüllt werden können. Bei diesem Dialog kann der Auftraggeber mit den Teilnehmern alle Aspekte des Auftrags erörtern und ggf. auf Grund der Erörterungen die Beschreibung seiner Bedürfnisse und Anforderungen anpassen. Sofern die Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers angepasst wird, ist dies allen Dialogteilnehmern bekannt zu geben.⁷³⁸ Der Auftraggeber hat sich jeder diskriminierenden Weitergabe von Informationen zu enthalten, durch die bestimmte Teilnehmer gegenüber anderen begünstigt werden könnten.⁷³⁹ Im Zuge dieses Dialogs erörtert der Auftraggeber mit jedem Teilnehmer **nur die von diesem vorgelegte Lösung oder die von diesem vorgelegten Lösungen**.⁷⁴⁰ Der Auftraggeber darf Lösungen, Teile von Lösungen oder vertrauliche Informationen eines Teilnehmers nur mit dessen Zustimmung an die anderen Teilnehmer weitergeben.⁷⁴¹

Wenn der Auftraggeber von der Möglichkeit Gebrauch macht, das Verfahren in mehreren aufeinander folgenden Phasen abzuwickeln, dann kann er die Zahl der zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien während der Dialogphase verringern. Der Auftraggeber hat die Teilnehmer, deren Lösung nicht weiter berücksichtigt wird, von dieser Entscheidung unverzüglich, jedenfalls aber eine Woche nach Abschluss der jeweiligen Phase unter Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung zu verständigen. Die Gründe der Nichtberücksichtigung sind nicht bekannt zu geben, sofern die Bekanntgabe dieser

⁷³⁷ § 160 Abs. 8 BVergG 2006

⁷³⁸ § 161 Abs. 1 BVergG 2006

⁷³⁹ § 161 Abs. 2 BVergG 2006

⁷⁴⁰ § 161 Abs. 3 BVergG 2006

⁷⁴¹ § 161 Abs. 4 BVergG 2006

Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde.⁷⁴²

Der Auftraggeber setzt den Dialog so lange fort, bis er die Lösung oder die Lösungen ermittelt hat, die zur Erfüllung seiner Bedürfnisse und Anforderungen am besten geeignet ist oder sind. Sofern eine ausreichende Anzahl von Lösungen vorliegt, müssen zum Abschluss der Dialogphase noch so viele Lösungen vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.⁷⁴³ Der Auftraggeber hat den Abschluss der Dialogphase und die Grundzüge der ausgewählten Lösung oder Lösungen allen Teilnehmern am Dialog unverzüglich bekannt zu geben.⁷⁴⁴

Der Auftraggeber hat den oder die verbliebenen Teilnehmer aufzufordern, auf der Grundlage der von ihnen vorgelegten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösung oder Lösungen sein bzw. ihr Angebot zu legen.⁷⁴⁵ Ein Angebot muss alle zur Ausführung des Vorhabens erforderlichen Elemente enthalten.⁷⁴⁶ Der Bieter kann auf Verlangen des Auftraggebers sein Angebot klarstellen, präzisieren, fein abstimmen und ergänzen, sofern dies nicht zu einer Änderung der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Beschreibung führt, die den Wettbewerb verfälschen oder sich auf ihn diskriminierend auswirken könnte.⁷⁴⁷

4.4.1.5. Ablauf der Direktvergabe

Diese Verfahrensart wird dadurch eingeleitet, dass der Auftraggeber einen Unternehmer entweder zur Angebotsabgabe einlädt oder selbst ein konkretes Angebot an ihn stellt.⁷⁴⁸ Die Leistung wird formfrei unmittelbar von dem ausgewählten Unternehmer bezogen.⁷⁴⁹ Zulässig ist das Einholen unverbindlicher Preisauskünfte, die dann entsprechend zu dokumentieren sind.⁷⁵⁰ Wenn der Auftraggeber mehrere Unternehmer einlädt, dann hat er nach den Grundsätzen des fairen und lauterem Wettbewerbs sowie der Gleichbehandlung aller Bieter vorzugehen.⁷⁵¹ Nichtsdestoweniger, wenn er mindestens einen Unternehmer einlädt, dann muss er befugt, leistungsfähig und zuverlässig sein und die Vergabe soll zu

⁷⁴² § 161 Abs. 5 BVergG 2006

⁷⁴³ § 161 Abs. 6 BVergG 2006

⁷⁴⁴ § 161 Abs. 7 BVergG 2006

⁷⁴⁵ § 162 Abs. 1 BVergG 2006

⁷⁴⁶ § 162 Abs. 2 BVergG 2006

⁷⁴⁷ § 162 Abs. 3 BVergG 2006

⁷⁴⁸ *Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 582.*

⁷⁴⁹ § 25 Abs. 10 BVergG 2006

⁷⁵⁰ § 41 Abs. 3 BVergG 2006

⁷⁵¹ § 41 Abs. 1 im Zusammenhang mit § 19 Abs. 1 BVergG 2006; Vgl. auch UVS Tir 20.8.2003, 2003/21/117-3, RPA 2003, 297 ff. 235.

angemessenen Preisen erfolgen.⁷⁵² Diese Eignungskriterien müssen spätestens zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses vorliegen.⁷⁵³ Bei der Direktvergabe ist, sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, der Gegenstand und Wert des Auftrags sowie der Name des Auftragnehmers festzuhalten.⁷⁵⁴

Der Vertrag kommt entweder mit dem Zugang der Annahmeerklärung des Auftraggebers beim Unternehmer (im Falle von Einladung zur Angebotsabgabe) oder mit dem Zugang der Annahmeerklärung beim Auftraggeber (wenn er selbst ein konkretes Angebot stellt) zustande. Der Vertragsabschluss richtet sich nach allgemeinem Zivilrecht.⁷⁵⁵ Zuschlagsentscheidung muss nicht (auch bei einer Mehrzahl von Bietern) bekannt gegeben werden (gemäß §41 Abs. 1 BVergG 2006 gelten für diese Vergabeart zwar einzelne Vorschriften des 2. Teils des BVergG 2006, aber nicht §131 bezüglich Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung).

4.4.2. Das polnische Recht

4.4.2.1. Ablauf der unbeschränkten Ausschreibung

Der Auftraggeber leitet die unbeschränkte Ausschreibung durch Bekanntmachung des Auftrags. Ab dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung bis zum Ablauf der Angebotsfrist wird die SIWZ auf der Internetseite des Auftraggebers zugänglich gemacht.⁷⁵⁶ Auf Antrag des Auftraggebers ist die SIWZ nicht später als binnen 5 Tagen zu übermitteln.⁷⁵⁷

Als Beantwortung der Bekanntmachung und unter Berücksichtigung der Bestimmungen der SIWZ legen die Auftragnehmer die Angebote vor. Im USB setzt der Auftraggeber die Frist für die Angebotsabgabe mit Rücksicht auf die für die Anfertigung und das Einreichen des Angebotes erforderliche Zeit fest, wobei die Frist nicht kürzer als 7 Tage im Falle von Liefer- und Dienstleistungen und 20 Tage im Falle von Bauleistungen ab dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung in dem Bulletin der öffentlichen Auftragsvergaben, sein darf.⁷⁵⁸ Im OSB beträgt die Frist mindesten 40 Tage ab der

⁷⁵² § 41 Abs. 1 im Zusammenhang mit § 19 Abs. 1 BVergG 2006

⁷⁵³ § 41 Abs. 4 BVergG 2006

⁷⁵⁴ § 42 Abs. 2 BVergG 2006

⁷⁵⁵ Schramm/Öhler, in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 583.

⁷⁵⁶ Art. 42 Abs. 1 PZP

⁷⁵⁷ Art. 42 Abs. 2 PZP

⁷⁵⁸ Art. 43 Abs. 1 PZP

Übermittlung der Bekanntmachung auf dem elektronischen Weg an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG und mindesten 47 Tage wenn die Übermittlung auf andere Weise erfolgen wird.⁷⁵⁹ Wenn im OSB ein Auftrag mindestens innerhalb von 52 Tagen vor der Übergabe der Bekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG veröffentlicht wurde, kann die Angebotsfrist auf 29 Tage (Übermittlung auf dem elektronischen Weg) oder 36 (andere Übermittlungsart) verkürzt werden.⁷⁶⁰ Wichtig ist noch zu bemerken, dass weitere Bestimmungen über Fristen (darunter die Regeln bezüglich des Ablaufs und der Berechnung der Fristen) sind in ZGB enthalten.

Mit dem Angebot ist durch den Auftragnehmer eine Erklärung über die Erfüllung der Teilnahmebedingungen am Vergabeverfahren vorzulegen und sofern der Auftraggeber die Nachweise dafür anfordert, auch diese Nachweise.⁷⁶¹ Anhand der abgegebenen Angebote ist die Erfüllung der Teilnahmebedingungen an dem Verfahren zu prüfen und die inhaltliche Bewertung der Offerte durchzuführen.

4.4.2.2. Ablauf der beschränkten Ausschreibung

Der Auftraggeber leitet die beschränkte Ausschreibung durch Bekanntmachung des Auftrags.⁷⁶² In der Bekanntmachung sollten unter anderem die Beschreibung der Teilnahmebedingungen samt Angabe ihrer Bedeutung, sowie die Beschreibung der Art. und Weise der Bewertung dieser Bedingungen enthalten sein.⁷⁶³

In Beantwortung der Bekanntmachung legen die Auftragnehmer nicht die Angebote sondern die Anträge auf die Zulassung zum Vergabeverfahren vor. Der Antrag ist anhand der Bekanntmachung vorzubereiten. Das Vergaberecht enthält jedoch keine Vorschriften bezüglich der Art und Weise der Bearbeitung und der Vorlage der Teilnahmeanträge. Die Vorschriften über das Angebot finden zu den Zulassungsanträgen keine Anwendung.⁷⁶⁴ Wichtig ist, dass mit dem Antrag auf Zulassung zur Teilnahme an dem Verfahren eine Erklärung über die Erfüllung der Teilnahmebedingungen und sofern die Nachweise angefordert wurden, auch die Nachweise einzureichen sind.⁷⁶⁵

Im USB setzt der Auftraggeber die Frist für Beantragung der Zulassung zum Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der für die Anfertigung und das Einreichen des

⁷⁵⁹ Art. 43 Abs. 2 PZP

⁷⁶⁰ Art. 43 Abs. 3 PZP

⁷⁶¹ Art. 44 PZP

⁷⁶² Art. 48 Abs. 1 im Zusammenhang mit Art. 40 Abs. 1 PZP

⁷⁶³ Art. 48 Abs. 2 Punkt 6 PZP

⁷⁶⁴ *Pieróg*, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S.201.

⁷⁶⁵ Art. 50 PZP

Angebotes erforderlichen Zeit fest, wobei die Frist nicht kürzer als 7 Tage ab dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung in dem Bulletin der öffentlichen Auftragsvergaben sein darf. Im OSB beträgt diese Frist mindestens 30 Tage ab der Übermittlung der Bekanntmachung auf dem elektronischen Weg an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft und mindesten 37 Tage, wenn die Übermittlung auf andere Weise erfolgen wird. Falls im OSB die Vergabe des öffentlichen Auftrags dringend erforderlich sein wird, kann der Auftraggeber kürzere Fristen für die Beantragung der Zulassung zur beschränkten Ausschreibung festsetzen, die aber entsprechend nicht kürzer als 10 oder 15 Tage sein dürfen.⁷⁶⁶

Der Auftraggeber fordert zur Angebotsabgabe diejenigen Auftragnehmer, die die Anforderungen zur Teilnahme an dem Vergabeverfahren erfüllen und aus dem Verfahren gemäß Art. 24 PZP nicht auszuschließen sind, in der Anzahl auf, die den Wettbewerb gewährleistet und die nicht unter 5 und nicht über 20 liegen darf; die Anzahl der Auftragnehmer ist in der Bekanntmachung anzugeben. Sofern in der Folge mehr Teilnahmeanträge von Auftragnehmern, die die Teilnahmeanforderungen für das Vergabeverfahren erfüllen, als die vom Auftraggeber in der Bekanntmachung angegebene Anzahl eingehen, hat der Auftraggeber diejenigen Auftragnehmer zur Angebotsabgabe einzuladen, die die beste Wertung hinsichtlich der Erfüllung der Teilnahmebedingungen erhalten haben. Sofern in Folge weniger Teilnahmeanträge von Auftragnehmern, die die Anforderungen an die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erfüllen, als die vom Auftraggeber in der Bekanntmachung angegebene Anzahl eingehen, hat der Auftraggeber alle Auftragnehmer zur Angebotsabgabe einzuladen, die diese Anforderungen erfüllen.⁷⁶⁷

Über die Ergebnisse der Bewertung der Erfüllung der Teilnahmeanforderungen muss der Auftraggeber die Auftragnehmer, die die Teilnahmeanträge abgegeben haben, informieren.⁷⁶⁸ Die Auftragnehmer, die zur Angebotslegung nicht eingeladen wurden, sind als aus dem Verfahren ausgeschlossen zu betrachten.⁷⁶⁹

Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe hat der Auftraggeber den Auftragnehmern die SIWZ zu übermitteln und den Tag und den Ort der Veröffentlichung der Bekanntmachung **des Auftrags** anzuzeigen.⁷⁷⁰

Im USB setzt der Auftraggeber die Frist für die Abgabe der Angebote unter Berücksichtigung der für die Anfertigung und das Einreichen des Angebotes erforderlichen

⁷⁶⁶ Art. 49 Abs. 1 bis 3 PZP

⁷⁶⁷ Art. 51 Abs. 1 bis 3 PZP

⁷⁶⁸ Art. 51 Abs. 1a PZP

⁷⁶⁹ Art. 51 Abs. 2 PZP

⁷⁷⁰ Art. 51 Abs. 4 PZP

Zeit fest, wobei die Frist nicht kürzer als 7 Tage im Falle von Liefer- und Dienstleistungen und 14 Tage im Falle von Bauleistungen ab dem Tag der Übermittlung der Aufforderung zur Angebotsabgabe sein darf. Im OSB beträgt die Frist mindestens 40 Tage ab der Übermittlung der Aufforderung zur Angebotsabgabe. Sollte die Vergabe des Auftrags im OSB dringend erforderlich sein, kann der Auftraggeber eine kürzere Frist für die Angebotsabgabe festsetzen, sie aber nicht kürzer als 10 Tage sein darf. Wenn der Auftraggeber die SIWZ auf der Internseite ab dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union verfügbar macht, dann darf die Frist um 5 Tage verkürzt werden. Wenn im OSB ein Auftrag in der Vorbekanntmachung mindestens 52 Tage vor der Absendung der Bekanntmachung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG veröffentlicht wurde, kann die Angebotsfrist auf 36 Tage verkürzt werden.⁷⁷¹

4.4.2.3. Ablauf der Verhandlungen mit Bekanntmachung

Der Auftraggeber leitet diese Verfahrensart durch die Bekanntmachung des Auftrags. Zuerst legen die Auftragnehmer die Anträge auf Zulassung zu den Verhandlungen vor. Die Fristen für die Abgabe der Teilnahmeanträge sind mit den Fristen für die Beantragung der Zulassung im Falle der beschränkten Ausschreibung identisch.⁷⁷² Mit dem Antrag auf Zulassung zur Teilnahme an den Verhandlungen sind durch den Auftragnehmer eine Erklärung über die Erfüllung der Teilnahmebedingungen und sofern die Nachweise angefordert wurden, auch die Nachweise einzureichen.⁷⁷³ Der Auftraggeber bewertet dann die Teilnahmeanträge und qualifiziert die Auftragnehmer für die Teilnahme an dem Verfahren. Der Auftraggeber muss die Auftragnehmer, die die Teilnahmeanträge abgegeben haben, unverzüglich über die Ergebnisse der Bewertung der Erfüllung der Teilnahmeanforderungen informieren.⁷⁷⁴

Die Auftragnehmer, die die Teilnahmebedingungen erfüllen, werden zur Abgabe der **Vorangebote ohne Preisankündigungen** in der Anzahl aufzufordern, die in der Bekanntmachung angegeben ist und die den Wettbewerb gewährleistet und nicht unter 3 liegt. Im OSB darf die Anzahl der eingeladenen Auftragnehmern nicht unter 5 liegen. Sofern in der Folge mehr Teilnahmeanträge von Auftragnehmern, die die Teilnahmeanforderungen für das Vergabeverfahren erfüllen, als die vom Auftraggeber in der Bekanntmachung angegebene

⁷⁷¹ Art. 52 Abs. 1 bis 5 PZP

⁷⁷² Art. 56 im Zusammenhang mit Art. 49 PZP

⁷⁷³ Art. 56 Abs. 1 im Zusammenhang mit Art. 50 PZP

⁷⁷⁴ Art. 57 Abs. 1 PZP

Anzahl eingehen, hat der Auftraggeber diejenigen Auftragnehmer zur Angebotsabgabe einzuladen, die die beste Wertung hinsichtlich der Erfüllung der Teilnahmebedingungen erhalten haben. Sofern in der Folge weniger Teilnahmeanträge von Auftragnehmern, die die Anforderungen an die Teilnahme an dem Vergabeverfahren erfüllen, als die vom Auftraggeber in der Bekanntmachung angegebene Anzahl eingehen, hat der Auftraggeber alle Auftragnehmer zur Angebotsabgabe einzuladen, die diese Anforderungen erfüllen. Die Auftragnehmer, die zur Angebotslegung nicht eingeladen wurden, sind als aus dem Verfahren ausgeschlossen zu betrachten.⁷⁷⁵ Mit der Aufforderung zur Abgabe der Vorangeboten hat der Auftraggeber den Auftragnehmern die SIWZ zu übermitteln.⁷⁷⁶

Der Auftraggeber setzt die Frist zur Abgabe der Vorangeboten unter Berücksichtigung der für die Anfertigung und das Einreichen des Vorangebotes erforderlichen Zeit fest, wobei die Frist nicht kürzer als 10 Tage ab dem Tag der Einladung zur Abgabe der Vorangeboten sein darf.⁷⁷⁷

Zur Vorangeboten finden einige Vorschriften der 2 Teil und 4 Abschnitt des PZP über Auswahl des günstigsten Angebotes die entsprechende Anwendung.⁷⁷⁸ Dies bedeutet, dass jeder Auftragnehmer nur ein Vorangebot abgeben kann.⁷⁷⁹ Ferner heißt dies, dass das Vorangebot nur wirksam ist wenn es schriftlich, oder nach Zustimmung des Auftraggebers auf elektronischem Weg eingereicht wird und wenn es der SIWZ entspricht.⁷⁸⁰ Außerdem kann der Auftraggeber Varianten und Teilangebote zulassen.⁷⁸¹ Überdies kann der Auftragnehmer sein Vorangebot während der Angebotsfrist ändern oder von demselben zurücktreten.⁷⁸² Ein nach Ablauf der Angebotsfrist eingegangenes Vorangebot ist zurückzugeben.⁷⁸³ Das Vorangebot ist auszuschneiden, wenn es dem Gesetz widerspricht oder der SIWZ nicht entspricht, sowie wenn dessen Abgabe eine Handlung des unlauteren Wettbewerbs im Sinne des Gesetzes über Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs bildet.⁷⁸⁴ Weiter ist es auszuschneiden, wenn es durch einen Auftragnehmer eingereicht wurde, der aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde oder zum Einreichen des Angebotes nicht eingeladen worden ist oder das Vorangebot aufgrund anderer Vorschriften nichtig ist.⁷⁸⁵ Schließlich, gemäß der Vorschriften über die Auswahl des günstigsten Angebotes erklärt der

⁷⁷⁵ Art. 57 Abs. 3 PZP

⁷⁷⁶ Art. 57 Abs. 2 bis 5 PZP

⁷⁷⁷ Art. 57 Abs. 6 PZP

⁷⁷⁸ Art. 57 Abs. 2 PZP

⁷⁷⁹ Art. 57 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 82 Abs. 1 PZP

⁷⁸⁰ Art. 57 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 82 Abs. 2 und 3 PZP

⁷⁸¹ Art. 57 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 83 Abs. 1 und 2 PZP

⁷⁸² Art. 57 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 84 Abs. 1 PZP

⁷⁸³ Art. 57 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 84 Abs. 2 PZP

⁷⁸⁴ Art. 57 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 89 Abs. 1 Punkt 1.3 PZP

⁷⁸⁵ Art. 57 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 89 Abs. 1 Punkt 5 und 8 PZP

Auftraggeber das Vergabeverfahren für nichtig, wenn alle eingereichten Vorangebote ausgeschieden sind oder sich die Umstände unvorhersehbar derart geändert haben, dass das Vergabeverfahren nicht mehr im öffentlichen Interesse liegt oder das Verfahren mit einem Fehler behaftet ist, der den Abschluss des Leistungsvertrages über den öffentlichen Auftrag unmöglich macht.⁷⁸⁶

Nach Bewertung der Vorangebote sind die Auftragnehmer, deren Vorangebote nicht zurückgewiesen wurden, zur vertraulichen **Verhandlungen** einzuladen und der Auftraggeber informiert sie über den Tag und den Ort der Veröffentlichung der Bekanntmachung des Auftrags.⁷⁸⁷ Es besteht keine Informationspflicht gegenüber den Auftragnehmern, deren Vorangebote ausgeschieden wurden.

Der Auftraggeber führt die Verhandlungen zwecks der Präzisierung und/oder Vervollständigung der Beschreibung des Auftragsgegenstandes und/oder Bedingungen des Leistungsvertrags.⁷⁸⁸ Der Begriff „Beschreibung des Auftragsgegenstands“ ist weit auszulegen und umfasst die Gesamtheit der Bedingungen, die die zukünftige Leistung des Auftragnehmers bilden.⁷⁸⁹ Der Verhandlungsgegenstand darf nicht beliebig sein, sondern soll auf dem Inhalt der Vorangebote beruhen.⁷⁹⁰ Die Reihenfolge der Verhandlungsdurchführung sowie die Anzahl der Besprechungen mit jedem Auftragnehmer dürfen durch den Auftraggeber beliebig bestimmt werden.⁷⁹¹ Die Verhandlungen sind vertraulich und folglich müssen sie mit jedem Auftragnehmer getrennt geführt werden. Keine der Parteien darf ohne Zustimmung der anderen Partei die technischen und kaufmännischen Informationen im Zusammenhang mit den Verhandlungen bekannt geben.⁷⁹² Sämtliche Anforderungen, Erklärungen und Informationen sowie Unterlagen im Zusammenhang mit den Verhandlungen, werden den Auftragnehmern nach gleichen Grundsätzen übermittelt.⁷⁹³

Nach Abschluss der Verhandlungen - aber vor der Einladung zur Angebotsabgabe - kann der Auftraggeber die SIWZ in Bezug auf die Angelegenheiten, die den Gegenstand der Verhandlungen bildeten, präzisieren.⁷⁹⁴ Da, wie bereits erwähnt, den Gegenstand der Verhandlungen nur die Präzisierung und Vervollständigung der Beschreibung des Auftragsgegenstandes und/oder Bedingungen des Leistungsvertrags sein darf, ist die

⁷⁸⁶ Art. 57 Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 93 Abs. 1 Punkt 1, 6-7 PZP

⁷⁸⁷ Art. 58 Abs. 1 PZP

⁷⁸⁸ Art. 58 Abs. 2 PZP

⁷⁸⁹ *Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 233.*

⁷⁹⁰ *Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 221.*

⁷⁹¹ *Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 221.*

⁷⁹² Art. 58 Abs. 3 PZP

⁷⁹³ Art. 58 Abs. 4 PZP

⁷⁹⁴ Art. 59 Abs. 1 PZP

Möglichkeit der Präzisierung der SIWZ sehr eingeschränkt. Überdies dürfen die Änderungen der SIWZ nicht zur wesentlichen Änderung der Auftragsgegenstandes oder zu ursprünglichen Auftragsbedingungen führen.⁷⁹⁵

Zur endgültigen Angebotsabgabe werden die Auftragnehmer eingeladen, die an den Verhandlungen mit dem Auftraggeber teilgenommen haben. Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält die Informationen über den Tag und Ort des Einreichens und der Öffnung der Angebote, über die Zuschlagsfrist. Der Auftraggeber setzt die Frist für das Einreichen des Angebotes unter Berücksichtigung der für die Erstellung und das Einreichen des Angebotes erforderlichen Zeit fest, wobei diese Frist nicht kürzer als zehn Tage ab dem Tag der Übermittlung der Aufforderung zur Angebotsabgabe sein darf. Sofern die SIWZ geändert wurde, ist die geänderte SIWZ mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu übermitteln oder auf der Internetseite des Auftraggebers zu veröffentlichen.⁷⁹⁶

4.4.2.4. Ablauf der Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung

Diese Verfahrensart wird von dem Auftraggeber durch die Übermittlung der Einladung zu Verhandlungen an die von ihm frei ausgewählten Auftragnehmer eingeleitet.⁷⁹⁷ Die Aufforderung enthält unter anderem die Beschreibung der Teilnahmebedingungen an dem Vergabeverfahren sowie die Beschreibung der Art und Weise, in der die Erfüllung dieser Bedingungen gewertet wird.⁷⁹⁸

Gemäß Art. 63 Abs. 3 PZP fordert der Auftraggeber die Auftragnehmer zu Verhandlungen in der Anzahl auf, die den Wettbewerb gewährleistet und nicht unter fünf liegen darf, es sei denn, im Hinblick auf die besonderen Eigenschaften der Leistung ist die Anzahl der leistungsfähigen Unternehmer kleiner, jedoch keinesfalls unter zwei. Wenn in einer durchgeführten unbeschränkten oder beschränkten Ausschreibung kein Antrag auf Zulassung zu der Teilnahme an Verfahren eingegangen ist, keine Angebote eingegangen sind oder alle eingegangenen Angebote aufgrund der Nichtübereinstimmung mit der Beschreibung des Leistungsgegenstands ausgeschieden sind und die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert worden sind, dann fordert der Auftraggeber zur Angebotslegung

⁷⁹⁵ Art. 59 Abs. 2 PZP

⁷⁹⁶ Art. 60 Abs. 1 bis 4 PZP

⁷⁹⁷ Art. 63 Abs. 1 PZP mit der Ausnahme vom Art. 62 Abs. 1 Punkt 1 PZP also wenn in einer durchgeführten beschränkten oder unbeschränkten Ausschreibung alle eingegangenen Angebote aufgrund der Nichtübereinstimmung mit der Beschreibung des Leistungsgegenstands ausgeschieden wurden (Art. 89 Abs. 1 Punkt 2 PZP), und die ursprünglichen Auftragsbedingungen nicht grundlegend geändert worden sind. Dann muss der Auftraggeber alle Auftragnehmer einladen, die die Angebote abgegeben haben.

⁷⁹⁸ Art. 63 Abs. 2 PZP

mindestens diese Auftragnehmer, die die Angebote in der unbeschränkten oder beschränkten Ausschreibung abgegeben haben; wobei Art. 63 Abs. 3 PZP hierzu die entsprechende Anwendung findet.⁷⁹⁹

Die Verhandlungen sind vertraulich und müssen mit jedem Auftragnehmer getrennt durchgeführt werden.⁸⁰⁰ Keine der Parteien darf ohne Zustimmung der anderen Partei die technischen und kaufmännischen Informationen im Zusammenhang mit den Verhandlungen bekannt geben.⁸⁰¹ Sämtliche Anforderungen, Erklärungen und Informationen sowie auch Unterlagen im Zusammenhang mit den Verhandlungen, müssen den Auftragnehmern nach gleichen Grundsätzen übermittelt werden.⁸⁰²

Zur Angebotsabgabe werden durch den Auftraggeber die Auftragnehmer eingeladen, die an den Verhandlungen mit dem Auftraggeber teilgenommen haben.⁸⁰³ Die Aufforderung zur Angebotsabgabe enthält die Informationen über den Tag und Ort des Einreichens und der Öffnung der Angebote, über die Zuschlagsfrist.⁸⁰⁴ Dem Aufforderung wird die SIWZ beigelegt.⁸⁰⁵ Der Auftraggeber setzt die Frist zur Angebotsabgabe unter Berücksichtigung der für die Erstellung und das Einreichen des Angebotes erforderlichen Zeit fest.⁸⁰⁶ In diesem Zusammenhang ist noch zu bemerken, dass die Erfüllung der Teilnahmebedingungen in dieser Verfahrensart erst mit der Bewertung der Angebote geprüft wird.⁸⁰⁷

4.4.2.5. Ablauf des wettbewerblichen Dialogs

Der wettbewerbliche Dialog ist durch Bekanntmachung des Auftrags einzuleiten.⁸⁰⁸ In Beantwortung der Bekanntmachung können die interessierten Unternehmer die Anträge auf Zulassung zum Vergabeverfahren stellen. Im USB setzt der Auftraggeber die Frist für Beantragung der Zulassung zum Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der für die Anfertigung und das Einreichen des Angebotes erforderlichen Zeit fest, wobei die Frist nicht kürzer als 7 Tage ab dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung in dem Bulletin der öffentlichen Auftragsvergaben sein darf.⁸⁰⁹ Im OSB beträgt diese Frist mindestens 30 Tage ab

⁷⁹⁹ Art. 63 Abs. 4 PZP

⁸⁰⁰ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 240.

⁸⁰¹ Art. 65 im Zusammenhang mit Art. 58 Abs. 3 PZP

⁸⁰² Art. 65 im Zusammenhang mit Art. 58 Abs. 4 PZP

⁸⁰³ Art. 65 im Zusammenhang mit Art. 60 Abs. 1 PZP

⁸⁰⁴ Art. 65 im Zusammenhang mit Art. 60 Abs. 2 PZP

⁸⁰⁵ Art. 64 Abs. 3 PZP

⁸⁰⁶ Art. 64 Abs. 1 PZP

⁸⁰⁷ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 255.

⁸⁰⁸ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 227.

⁸⁰⁹ Art. 60 c Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 49 Abs. 1

die Übermittlung der Bekanntmachung auf den elektronischen Weg an das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaft und mindestens 37 Tage, wenn die Übermittlung auf andere Weise erfolgen wird.⁸¹⁰ Mit dem Antrag auf Zulassung zur Teilnahme an dem Verfahren sind durch den Auftragnehmer eine Erklärung über die Erfüllung der Teilnahmebedingungen und sofern die Nachweises angefordert wurden, auch die Nachweise einzureichen.⁸¹¹

Der Auftraggeber muss den Auftragnehmern, die die Teilnahmeanträge abgegeben haben, umgehend die Bewertungsergebnisse der Erfüllung der Teilnahmeanforderungen und die erhaltenen Bewertungen mitteilen. Zu dem wettbewerblichen Dialog werden diese Auftragnehmer eingeladen, die die Teilnahmeanforderungen erfüllen. Die Teilnehmeranzahl ist in der Bekanntmachung anzugeben und darf nicht unter 3 (im OSB unter 5) liegen. Sofern in der Folge mehr Teilnahmeanträge von Auftragnehmern, die die Teilnahmeanforderungen für das Vergabeverfahren erfüllen, als die vom Auftraggeber in der Bekanntmachung angegebene Anzahl eingehen, hat der Auftraggeber diejenigen Auftragnehmer zur Angebotsabgabe einzuladen, die die beste Wertung hinsichtlich der Erfüllung der Teilnahmebedingungen erhalten haben. Wenn hingegen weniger Teilnahmeanträge von Auftragnehmern, die die Teilnahmeanforderungen erfüllen, als die vom Auftraggeber in der Bekanntmachung angegebene Anzahl eingehen, hat der Auftraggeber alle Auftragnehmer zur Angebotsabgabe einzuladen, die diese Anforderungen erfüllen.⁸¹²

In der Einladung zu dem wettbewerblichen Dialog sind die folgenden Informationen bekannt zu geben: der Tag und der Ort der Veröffentlichung der Bekanntmachung des Auftrags sowie der Tag und Ort des Beginns des wettbewerblichen Dialog, die Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers, die den Auftragnehmern ermöglichen wird, sich zu der Teilnahme an dem Dialog vorzubereiten bzw. die Information wie sie diese Beschreibung erlangen können. Sämtliche Anforderungen, Erklärungen und Informationen sowie auch Unterlagen im Zusammenhang mit dem wettbewerblichen Dialog sind den Auftragnehmern nach gleichen Grundsätzen zu übermitteln. Der geführte Dialog darf alle Aspekte des Auftrags betreffen. Überdies ist er vertraulich und soll mit jedem Auftragnehmer separat durchgeführt werden. Keine der Parteien darf ohne Zustimmung der anderen Partei die technischen und kaufmännischen Informationen im Zusammenhang mit den Verhandlungen bekannt geben.⁸¹³

⁸¹⁰ Art. 60 im Zusammenhang mit Art. 49 Abs. 2

⁸¹¹ Art. 60 c Abs. 2 im Zusammenhang mit Art. 50

⁸¹² Art. 60d Abs. 1 bis 4 PZP

⁸¹³ Art. 60d Abs. 5 bis 7 PZP

Der Auftraggeber setzt den Dialog so lange fort, bis er in der Lage ist, infolge des Lösungsvergleichs, der durch die Auftragnehmer vorgeschlagen wurden, die Lösung oder die Lösungen zu bestimmen, die zur Erfüllung seiner Bedürfnisse am besten geeignet ist oder sind.⁸¹⁴ PZP sieht nicht vor, dass der Auftraggeber nur die einigen Auftragnehmer zur allen Phasen zulassen darf. Alle eingeladenen Auftragnehmer dürfen an jedem Abschnitt des Dialogs teilzunehmen.⁸¹⁵ Doch ist der Auftraggeber nicht verpflichtet mit allen Auftragnehmern die gleiche Anzahl der Besprechungen anzusetzen. Wenn die Lösungen einiger Auftragnehmer die Bedürfnisse des Auftraggebers nicht erfüllen, dann besteht keine Pflicht so viele Sitzungen mit ihnen abzuhalten wie die mit den Auftragnehmern, die die geeigneten Lösungen vorgeschlagen haben.⁸¹⁶ Der Abschluss des Dialogs ist allen Teilnehmern unverzüglich bekannt zu geben.⁸¹⁷

Vor der Einladung zur Angebotsabgabe kann der Auftraggeber die Anforderungen, die den Dialogsgegenstand bilden (die eine zukünftige SIWZ bilden werden⁸¹⁸) ändern.⁸¹⁹ Auf der Grundlage der in dem Dialog vorgelegten Lösungen, ist mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe die SIWZ zu übermitteln.⁸²⁰ In der SIWZ ist die Lösung oder sind die Lösungen zu bestimmen, die die Bedürfnisse des Auftraggebers erfüllen und auf deren Grundlage die Angebote der Auftragnehmer beruhen können.⁸²¹ Es scheint, dass der Auftraggeber alle Teilnehmer an dem wettbewerblichen Dialog zur Angebotslegung auffordern soll.⁸²² PZP enthält diesbezüglich keine Regelung, aber der Wortlaut des Art. 60 e PZP weist darauf indirekt hin.

Der Auftraggeber setzt die Frist für die Abgabe der Angebote unter Berücksichtigung der für die Anfertigung und das Einreichen des Angebotes erforderlichen Zeit fest, wobei die Frist nicht kürzer als 10 Tage ab dem Tag der Übermittlung der Aufforderung zur Angebotsabgabe sein darf.⁸²³

⁸¹⁴ Art. 60 e Abs. 1 PZP

⁸¹⁵ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 232.

⁸¹⁶ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 232.

⁸¹⁷ Art. 60 e Abs. 1

⁸¹⁸ Stachowiak in: Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 247.

⁸¹⁹ Art. 60 e Abs. 2 PZP

⁸²⁰ Art. 60 e Abs. 3 PZP

⁸²¹ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 233.

⁸²² Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 233.

⁸²³ Art. 60 e Abs. 4 PZP

4.4.2.6. Ablauf der freihändigen Vergabe

Bei dieser Verfahrensart wird der Auftrag durch den Auftraggeber nach den Verhandlungen nur an einen Auftragnehmer vergeben.⁸²⁴ Der Ausdruck „Verhandlungen“ hat die gleiche Bedeutung wie der Begriff „Verhandlungen“ gemäß Art. 72 Abs. 1 des ZGB. Folglich müssen die Verhandlungen zur Abschließung des Vertrags über die Vergabe des öffentlichen Auftrags nicht führen und es ist kein Angebot gemäß ZGB sowie PZP anzufertigen.⁸²⁵ Da in Rahmen der Verhandlungen keine Angebote abzugeben sind, finden zu diesem Verfahren die Vorschriften des PZP über Bewertung des Angebotes sowie andere, die mit dem Angebot verbunden sind, keine Anwendung.⁸²⁶

Mit der Einladung zur Verhandlungen übermittelt der Auftraggeber die für die Durchführung des Verfahrens notwendigen Informationen, darunter die für die Parteien wesentlichen Feststellungen des Leistungsvertrags, allgemeine Vertragsbedingungen und/oder Vertragsmuster.⁸²⁷ Die SIWZ wird ungeachtet des Auftragswerts nicht angefertigt.⁸²⁸

Der Auftragnehmer gibt spätestens im Abschlusszeitpunkt des Leistungsvertrages eine Erklärung über die Erfüllung der Teilnahmebedingungen an dem Vergabeverfahren ab und im OSB, auch die Unterlagen, die die Erfüllung dieser Bedingungen bestätigen. Die Vorschriften über die erforderlichen Erklärungen und Unterlagen, die der Auftraggeber verlangen kann, finden hierzu entsprechende Anwendung.⁸²⁹ Gemäß Art. 24 Abs. 2 Punkt 3 PZP wird vom Vergabeverfahren der Auftragnehmer ausgeschlossen, der keine Erklärung über die Erfüllung der Teilnahmebedingungen oder keine Nachweise dafür vorgelegt hat. Im Falle der freihändigen Vergabe bedeutet das jedoch, dass das Vergabeverfahren für nichtig erklärt werden muss, und dass der Auftraggeber einen neuen Auftragnehmer aussuchen muss.⁸³⁰

4.4.2.7. Ablauf des Vergabeverfahrens der Preisnachfrage

Bei dieser Verfahrensart werden von dem Auftraggeber die durch ihn frei gewählten Auftragnehmer nach dem Preis gefragt und von ihm zur Angebotsabgabe aufgefordert.⁸³¹ Das

⁸²⁴ Art. 66 PZP

⁸²⁵ Jerzykowski in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 257.

⁸²⁶ Jerzykowski in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 258.

⁸²⁷ Art. 68 Abs. 1 PZP

⁸²⁸ Art. 68 Abs. 1 PZP

⁸²⁹ Art. 68 Abs. 2 PZP

⁸³⁰ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 257.

⁸³¹ Art. 69 PZP

Vergabeverfahren der Preisnachfrage wird durch Aufforderung zur Angebotsabgabe eingeleitet. Der Auftraggeber kann frei zwischen den Auftragnehmern wählen und ist nur durch zwei Anforderungen eingeschränkt. Erstens, darf er nur die Auftragnehmer einladen, die im Rahmen des von ihnen betriebenen Geschäfts Lieferungen oder Dienstleistungen erbringen, die den Leistungsgegenstand bilden. Zweitens muss die Anzahl der einzuladenden Auftragnehmer den Wettbewerb und die Auswahl des günstigsten Angebotes gewährleisten und darf nicht unter 5 liegen.⁸³² Das Verfahren wird jedoch für nichtig erklärt, wenn weniger als 2 nicht auszuscheidende Angebote eingereicht worden sind.⁸³³

Mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe ist die SIWZ zu übermitteln.⁸³⁴ Die Frist zur Angebotslegung ist unter Berücksichtigung der für die Erstellung und das Einreichen des Angebotes erforderlichen Zeit festzusetzen.⁸³⁵

Jeder Auftragnehmer kann nur einen Preis anbieten (also nur ein Angebot legen), der von ihm nicht geändert werden darf. Über den Preis werden keine Verhandlungen geführt.⁸³⁶ Dies schließt aber nicht die Verhandlungen in Bezug auf andere Feststellungen des Angebotes nach dem Ablauf der Angebotsfrist.⁸³⁷ Mit dem Angebot ist durch den Auftragnehmer eine Erklärung über die Erfüllung der Teilnahmebedingungen am Vergabeverfahren abzugeben und sofern der Auftraggeber die Nachweise dafür anfordert, auch diese Nachweise.⁸³⁸

4.4.2.8. Ablauf der elektronischen Versteigerung

Die elektronische Versteigerung wird in der Weise eingeleitet, dass neben der Bekanntmachung im Bulletin der öffentlichen Auftragsvergabe und unter der Internetadresse des Auftraggebers der Auftrag zusätzlich unter der Internetadresse, unter der die elektronische Versteigerung durchgeführt wird, bekannt gemacht werden muss.⁸³⁹ Dies bedeutet, dass diese Verfahrensart nur den Auftraggebern zur Verfügung steht, die über eigene Internetadresse verfügen.⁸⁴⁰ Da die SIWZ nicht angefertigt wird,⁸⁴¹ sind die Angaben über den Auftrag und die Teilnahmebedingungen an dem Verfahren in der Bekanntmachung zu finden.

⁸³² Art. 71 Abs. 1 PZP

⁸³³ Art. 93 Abs. 1 Punkt 2 PZP

⁸³⁴ Art. 71 Abs. 2 PZP

⁸³⁵ Art. 64 Abs. 1 im Zusammenhang mit Art. 73 PZP

⁸³⁶ Art. 72 Abs. 1 PZP

⁸³⁷ Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2007), S. 281.

⁸³⁸ Art. 44 im Zusammenhang mit Art. 73 PZP

⁸³⁹ Art. 75 Abs. 1 PZP

⁸⁴⁰ Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2007), S. 268; Dzierżanowski in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2007), S. 286.

⁸⁴¹ Art. 81 PZP

Der Auftraggeber setzt die Frist für die Beantragung der Zulassung zur Teilnahme an der elektronischen Versteigerung fest, die nicht kürzer als 7 Tage ab dem Tag der Bekanntmachung sein darf.⁸⁴² Ferner, lässt er alle Auftragnehmer, die den Teilnahmeanforderungen entsprechen, zur Teilnahme an der elektronischen Versteigerung zu, fordert sie zur Angebotsabgabe auf und bestimmt in dieser Aufforderung die Zuschlagsfrist für das Angebot des Auftragnehmers, der den niedrigsten Preis anbietet.⁸⁴³ Wenn weniger als zwei Anträge auf Zulassung zur Teilnahme an der Versteigerung oder Angebote von weniger als zwei nicht aus dem Verfahren ausgeschlossenen Auftragnehmern eingegangen sind muss das Verfahren für nichtig erklärt werden.⁸⁴⁴

Die elektronische Versteigerung im engeren Sinn (also die Phase der Versteigerung im Internet) beginnt an dem in der Bekanntmachung angegebenen Zeitpunkt, allerdings nicht vor Ablauf von fünf Tagen ab dem Tag, an dem den Auftragnehmern die Einladung zur Angebotsabgabe übermittelt worden ist.⁸⁴⁵ Ab der Öffnung der elektronischen Versteigerung im engeren Sinn bis zu ihrer Beendigung übermitteln Auftraggeber und Auftragnehmer auf elektronischem Weg Anträge, Erklärungen und andere Informationen.⁸⁴⁶ Für die Wirksamkeit des Angebotes bedarf es der Abgabe auf elektronischem Weg, versehen mit einer sicheren elektronischen, durch ein gültiges Qualifikationszertifikat feststellbaren Signatur.⁸⁴⁷ Die durch die Auftragnehmer abgegebenen Angebote werden selbsttätig im Hinblick auf den Preis eingeordnet.⁸⁴⁸ Der Auftraggeber darf die Angebote nicht selbst bewerten. Dabei ist zu erwähnen, dass die allgemeinen Vorschriften des PZP bezüglich der Auswahl des günstigsten Angebotes (Art. 82 bis 92 PZP) auf die elektronische Versteigerung keine Anwendung finden.⁸⁴⁹ Ein in der elektronischen Versteigerung abgegebenes Angebot ist solange bindend, bis ein anderer Auftragnehmer ein günstigeres Angebot abgegeben hat.⁸⁵⁰ Infolgedessen kann ein Auftragnehmer zwei nacheinander folgende Angebotsstufen betreffend den Preis nicht machen.⁸⁵¹

Die elektronische Versteigerung kann ein- oder mehrstufig sein. Sofern dies in Bekanntmachung vorbehalten worden ist, kann der Auftraggeber nach Abschluss einer jeden Verfahrensrunde der elektronischen Versteigerung die Auftragnehmer, die keine neuen

⁸⁴² Art. 76 Abs. 1 PZP

⁸⁴³ Art. 76 Abs. 2 PZP

⁸⁴⁴ Art. 93 Abs. 1 Punkt 3 PZP

⁸⁴⁵ Art. 76 Abs. 4 PZP

⁸⁴⁶ Art. 77 PZP

⁸⁴⁷ Art. 78 Abs. 1 PZP

⁸⁴⁸ Art. 78 Abs. 2 PZP

⁸⁴⁹ Art. 81 PZP

⁸⁵⁰ Art. 78 Abs. 3 PZP

⁸⁵¹ *Dzierżanowski in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 299.*

Angebotsstufen betreffend den Preis gemacht haben, von der Teilnahme an der nächsten Verfahrensrunde ausschließen, indem er sie darüber unverzüglich benachrichtigt. Im Zuge jeder Verfahrensrunde hat der Auftraggeber allen Auftragnehmern Informationen über den Rang der durch ihn abgegebenen Angebote (also nicht über den Rang der konkurrierenden Angebote) die Anzahl der Teilnehmer an einer jeden Verfahrensrunde sowie auch über die angebotenen Preise laufend zu übermitteln, wobei bis zum Zeitpunkt der Beendigung der elektronischen Versteigerung die Daten, die die Identifizierung des Auftragnehmers ermöglichen, geheim zu halten sind.⁸⁵²

Der Auftraggeber beendet das Verfahren entweder zu dem in der Bekanntmachung festgelegten Zeitpunkt oder wenn keine neuen Angebote betreffend den Preis binnen einer in der Bekanntgabe festgelegten Zeitspanne oder nach Abschluss der letzten in der Bekanntmachung festgelegten Runde abgegeben werden. Unverzüglich nach der Beendigung des Verfahrens hat er den Namen (die Firma) und die Anschrift des Auftragnehmers, dessen Angebot ausgewählt worden ist, unter der in der Bekanntmachung genannten Internetadresse anzugeben. Danach vergibt er den Auftrag an den Auftragnehmer, der den niedrigsten Preis angeboten hat.⁸⁵³

4.4.3. Das europäische Recht

Die Bestimmungen hinsichtlich des Ablaufs einzelner Verfahren sind vor allem im Kapitel V und VI der Richtlinie 2004/18/EG zu finden. Der Kapitel VII ist zwar als „Ablauf des Verfahrens“ betitelt, aber in Bezug auf die Phase des Verfahrens bis zu Angebotsabgabe enthält er lediglich Vorschriften, welche die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer und die Prüfung dieser Eignung normieren.

Die Bestimmungen von Kapitel V betreffen zwei Verfahrensarten, die in der Richtlinie genannt sind, nämlich den wettbewerblichen Dialog und das Verhandlungsverfahren nach Veröffentlichung einer Bekanntmachung.

Gemäß Art. 29 der Richtlinie 2004/18/EG leitet der öffentliche Auftraggeber den **wettbewerblichen Dialog** durch die Veröffentlichung einer Bekanntmachung ein. Das Ziel des Dialoges ist es die Mittel zu ermitteln und festzulegen, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers am besten erfüllt werden können. Nach der Auswahl der Bewerber für dieses Verfahren führt der öffentliche Auftraggeber mit ihnen den Dialog durch. Während

⁸⁵² Art. 79 Abs. 1 bis 3 PZP.

⁸⁵³ Art. 80 Abs. 1 bis 3 PZP

des Dialoges können mit den Bewerbern alle Aspekte des Auftrags erörtert werden. Überdies können die öffentlichen Auftraggeber vorsehen, dass das Verfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der in der Dialogphase zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Der Dialog ist so lange fortzusetzen, bis die Lösung bzw. die Lösungen ermittelt werden, mit denen die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers erfüllt werden können. Nachdem der Dialog für abgeschlossen erklärt wurde und die Teilnehmer entsprechend informiert wurden, fordert der öffentliche Auftraggeber diese auf, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot einzureichen. Auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers können Klarstellungen, Präzisierungen und Feinabstimmungen zu diesen Angeboten gemacht werden. Diese Präzisierungen, Klarstellungen, Feinabstimmungen oder Ergänzungen dürfen jedoch keine Änderung grundlegender Elemente des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben, die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnte.

Hinsichtlich des **Verhandlungsverfahrens mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung** stellt die Richtlinie 2004/18/EG im Art. 30 fest, dass der öffentliche Auftraggeber mit den Bietern über die von diesen unterbreiteten Angebote verhandelt, um sie entsprechend den in der Bekanntmachung, den Verdingungsunterlagen und etwaigen zusätzlichen Unterlagen angegebenen Anforderungen anzupassen und das beste Angebot zu ermitteln. Ferner bestimmt diese Vorschrift, dass er öffentliche Auftraggeber vorsehen kann, dass das Verhandlungsverfahren in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen abgewickelt wird, um so die Zahl der Angebote, über die verhandelt wird, anhand der in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. In der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen ist anzugeben, ob diese Möglichkeit in Anspruch genommen wird.

In diesem Zusammenhang ist noch anzugeben, dass wenn die öffentlichen Auftraggeber von der in Art. 29 und in Art. 30 vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, die Zahl der zu erörternden Lösungen oder der Angebote, über die verhandelt wird, zu verringern, so tun sie dies aufgrund der Zuschlagskriterien, die sie in der Bekanntmachung, in den Verdingungsunterlagen oder in der Beschreibung angegeben haben. In der Schlussphase

müssen noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist, sofern eine ausreichende Anzahl von Lösungen oder geeigneten Bewerbern vorliegt.⁸⁵⁴

Im Kapitel VI Abschnitt 1 ist die Einleitung der in Richtlinie 2004/18/EG genannten Verfahrensarten anhand der Bekanntmachung geregelt. Die Bestimmungen über Fristen für den Eingang der Teilnahmeanträge und Angebote (Art. 38) sind im Abschnitt 2 zu finden.

Gemäß Art. 38 der Vergaberichtlinie müssen die öffentlichen Auftraggeber bei der Festsetzung der **Fristen** für den Eingang der Teilnahmeangebote und Anträge unbeschadet der in dieser Richtlinie festgelegten Mindestfristen insbesondere die Komplexität des Auftrags und die Zeit, die für die Ausarbeitung der Angebote erforderlich ist, berücksichtigen. Ferner sieht diese Vorschrift vor, dass Frist für den Eingang der Angebote bei offenen Verfahren mindestens 52 Tage beträgt, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung. Bei nichtoffenen Verfahren, den Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung und dem wettbewerblichen Dialog

1. beträgt die Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme mindestens 37 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung;
2. beträgt die Frist für den Eingang der Angebote bei den nichtoffenen Verfahren mindestens 40 Tage, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe.

Wenn der öffentliche Auftraggeber eine Vorinformation veröffentlicht, kann die Frist für den Eingang der Angebote auf 36 Tage, jedoch auf keinen Fall auf weniger als 22 Tage, verkürzt werden. Diese Frist beginnt an dem Tag der Absendung der Bekanntmachung bei offenen Verfahren und wird ab dem Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe bei nichtoffenen Verfahren gerechnet.

Bei Bekanntmachungen, die gemäß dem Muster und unter Beachtung der Verfahren bei der Übermittlung nach Anhang VIII Nr. 3 elektronisch erstellt und versandt werden, kann in offenem Verfahren die reguläre Frist sowie die verkürzte Frist nach Bekanntmachung einer Vorinformation für den Eingang der Angebote und in den nichtoffenen und Verhandlungsverfahren sowie beim wettbewerblichen Dialog die Frist für den Eingang der Anträge auf Teilnahme um 7 Tage verkürzt werden. Ferner können die reguläre Angebotsfristen im offenen und nichtoffenen Verfahren um 5 Tage verkürzt werden, wenn der öffentliche Auftraggeber ab der Veröffentlichung der Bekanntmachung die

⁸⁵⁴ Art. 44 Abs. 4 Richtlinie 2004/18/EG

Verdingungsunterlagen und alle zusätzlichen Unterlagen entsprechend den Angaben in Anhang VIII auf elektronischem Wege frei, direkt und vollständig verfügbar macht. Die zwei letzte Möglichkeiten der Fristenverkürzung können kumuliert werden kann.

Die Richtlinie 2004/18/EG bestimmt noch im Art. 38, dass wenn aus welchem Grund auch immer, die Verdingungsunterlagen und die zusätzlichen Unterlagen oder Auskünfte, obwohl sie rechtzeitig angefordert wurden, nicht innerhalb der in den Art. 39 und 40 festgesetzten Fristen zugesandt bzw. erteilt werden oder können die Angebote nur nach einer Ortsbesichtigung oder Einsichtnahme in Anlagen zu den Verdingungsunterlagen vor Ort erstellt werden, so sind die Fristen entsprechend zu verlängern, und zwar so, dass alle betroffenen Wirtschaftsteilnehmer von allen Informationen, die für die Erstellung des Angebotes notwendig sind, Kenntnis nehmen können.

Schließlich sieht die Vergaberichtlinie im Art. 38 vor, dass bei nichtoffenen Verfahren und den Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung wenn wegen Dringlichkeit die Einhaltung der Mindestfristen unmöglich ist, der öffentliche Auftraggeber folgende Fristen festlegen kann:

1. mindestens 15 Tage für den Eingang der Anträge auf Teilnahme, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung, bzw. mindestens 10 Tage, wenn die Bekanntmachung gemäß dem Muster und unter Beachtung der Modalitäten nach Anhang VIII Nummer 3 elektronisch übermittelt wurde,
2. bei nichtoffenen Verfahren mindestens 10 Tage für den Eingang der Angebote, gerechnet ab dem Tag der Absendung der Aufforderung zur Angebotsabgabe.

In Bezug auf den Ablauf des Verfahrens enthält die Richtlinie 2004/18/EG noch die Bestimmungen über die zusätzlichen Auskünfte im offenen Verfahren (Kapitel VI Abschnitt 3, Art. 39 Abs. 2). und über Mitteilungen von Informationen (Kapitel VI Abschnitt 4, Art. 42) Die Vorschriften über Aufforderung zur Angebotsabgabe, zur Teilnahme am Dialog oder zur Verhandlung, sind im Abschnitt 3 des Kapitels VI (Art. 40) zu finden.

Laut Art. 40 der Richtlinie 2004/18/EG muss der öffentliche Auftraggeber bei nichtoffenen Verfahren, beim wettbewerblichen Dialog und bei Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung die ausgewählten Bewerber gleichzeitig schriftlich auffordern, ihre Angebote einzureichen oder zu verhandeln oder – im Falle des wettbewerblichen Dialogs - am Dialog teilzunehmen. Die Vergaberichtlinie bestimmt ansonsten, was die **Aufforderung zur Angebotsabgabe**, zur Verhandlung bzw. - im Falle des wettbewerblichen Dialogs - zur Teilnahme am Dialog mindestens enthalten muss.

Schließlich, sieht diese Vorschrift vor, dass die zusätzlichen Informationen über die Verdingungsunterlagen, die Beschreibung bzw. die zusätzlichen Unterlagen vom öffentlichen Auftraggeber spätestens 6 Tage vor Ablauf der für die Einreichung von Angeboten festgelegten Frist übermittelt werden sollen, sofern die Anfrage rechtzeitig eingegangen ist. Bei nichtoffenen Verfahren oder beschleunigten Verhandlungsverfahren beträgt diese Frist 4 Tage.

Abschließend ist noch im Bezug auf den Ablauf der Vergabeverfahren Art. 44 Abs. 3 der Richtlinie 2004/18/EG zu erörtern. Dieser Vorschrift zufolge können die öffentlichen Auftraggeber bei den nichtoffenen Verfahren, beim Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung und beim wettbewerblichen Dialog die Zahl an Bewerbern, die sie zur Abgabe von Angeboten auffordern bzw. zu Verhandlungen oder zum wettbewerblichen Dialog einladen werden, begrenzen, sofern geeignete Bewerber in ausreichender Zahl zur Verfügung stehen. In diesem Fall müssen die Auftraggeber in der Bekanntmachung die von ihnen vorgesehenen objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien oder Vorschriften angeben, die die vorgesehene Mindestzahl und ggf. auch die Höchstzahl der einzuladenden Bewerber. Bei nichtoffenen Verfahren beträgt die Anzahl mindestens 5 Bewerber. Beim Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung und beim wettbewerblichen Dialog beträgt die Anzahl mindestens drei Bewerber. In jedem Fall muss die Zahl der eingeladenen Bewerber ausreichend hoch sein, damit ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

Überdies bestimmt diese Vorschrift, dass die öffentlichen Auftraggeber eine Anzahl von Bewerbern einlade, die zumindest der im Voraus bestimmten Mindestzahl an Bewerbern entspricht. Sofern die Zahl von Bewerbern, die die Eignungskriterien und Mindestanforderungen erfüllen, unter der Mindestzahl liegt, kann der öffentliche Auftraggeber das Verfahren fortführen, indem er den oder die Bewerber einlädt, die über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen. Der öffentliche Auftraggeber kann andere Wirtschaftsteilnehmer, die sich nicht um die Teilnahme beworben haben, oder Bewerber, die nicht über die geforderte Leistungsfähigkeit verfügen, nicht zu demselben Verfahren zulassen.

4.4.4. Rechtsvergleich

Das offene Verfahren in Österreich und **die unbeschränkte Ausschreibung** in Polen werden durch die Veröffentlichung der Bekanntmachung eingeleitet. Auf diese Weise wird ein unbeschränkter Kreis der Unternehmer/Auftragnehmer zur Angeboteslegung aufgefordert.

Die Ausschreibungsunterlagen/SIWZ können gemäß BVergG 2006 und müssen laut PZP auf elektronischem Weg zugänglich gemacht werden. Unabhängig davon können sie den Unternehmen/Auftragnehmern auf ihren Antrag übermittelt werden.

Die Mindestfristen für den Angebotseingang unterscheiden sich in beiden Ländern dem ersten Augenschein nach wesentlich voneinander. Die meisten Angebotsfristen sind in Polen deutlich kürzer als in Österreich. Wobei in Polen im Gegensatz zu Österreich sie nicht verkürzt werden können (außer dem Fall der Fristenverkürzung nach Bekanntmachung einer Vorinformation). Bei der genauen Betrachtung kann aber festgestellt werden, dass im OSB die Angebotsfristen gemäß PZP die Möglichkeit ihrer Verkürzung nach Art. 38 Richtlinie 2004/18/EG beinhalten. Überdies ist zu erwähnen, dass in beiden Ländern die Fristen für die Angebotsabgabe zu einem anderen Zeitpunkt beginnen: im OSB ab dem Tag der Absendung (laut BVergG 2006)/Übergabe (laut PZP) der Bekanntmachung und im USB ab dem Tag der erstmaligen Verfügbarkeit nach BVergG 2006 oder der Veröffentlichung der Bekanntmachung nach PZP. Ferner können die öffentlichen Auftraggeber in Österreich ein Tag für die früheste mögliche Abholung der Ausschreibungsunterlagen in der Bekanntmachung bestimmen, und dieser Tag wird als Anfang der Angebotsfrist betrachtet.

Sowohl in Polen als auch in Österreich sind im offenen Verfahren/in unbeschränkter Ausschreibung bei der Abgabe der Angebote die entsprechende Erklärungen und sofern Nachweise aufgefördert wurden, auch Nachweise beizulegen.

Hinsichtlich **des nicht offenen Verfahrens (mit Bekanntmachung)** in Österreich und **der beschränkten Ausschreibung** in Polen ist festzustellen, dass in beiden Ländern die Unternehmer/Auftragnehmer anhand der öffentlichen Bekanntmachung aufgefordert werden, die Anträge auf Teilnahme an diesem Verfahren zu stellen. Die Mindestfristen für den Eingang der Teilnahmeanträge im OSB sind sowohl in BVergG 2006 als auch in PZP mit der Richtlinie 2004/18/EG vereinheitlich und dürfen aus Gründen der Dringlichkeit verkürzt werden. Im USB sind die Mindestfristen hingegen abweichend geregelt, so dass in Polen diese Frist um die Hälfte von der entsprechenden Frist gemäß BVergG 2006 kürzer ist, darf aber im Gegensatz zu Österreich nicht verkürzt werden.

Laut BVergG 2006 ist über die Prüfung der Teilnahmeanträge eine Niederschrift zu verfassen. In Polen wird wiederum keine besondere Niederschrift bezüglich dieser Prüfung angefertigt. Trotzdem wird diese Phase der beschränkten Ausschreibung gemäß Art. 96 PZP in der Niederschrift des gesamten Verfahrens dokumentiert.

Die Anzahl der Bewerber/Auftragnehmer, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden, darf in beiden Ländern im Einklang mit der Richtlinie 2004/18/EG nicht unter 5

liegen. Wobei in PZP im Gegensatz zu den Bestimmungen des BVergG 2006 und der Richtlinie 2004/18/EG noch die Höchstgrenze der aufzufordernden Auftragnehmer bestimmt wurde.

Wenn mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl eingegangen sind, hat die Auswahl der besten Bewerber in Österreich und der besten Auftragnehmer in Polen zum Teil anhand anderer Kriterien zu erfolgen. In beiden Ländern muss unbedingt die Erfüllung der Eignungskriterien/Teilnahmebedingungen geprüft werden. Danach werden die Bewerber in Österreich anhand dieser Auswahlkriterien bewertet, die als zusätzliche und auf den Leistungsinhalt abgestimmte, unternehmensbezogene Kriterien zu betrachten sind. In Polen werden keine zusätzlichen Merkmale der Auftragnehmer berücksichtigt. Die endgültige Auswahl wird in Bezug auf die beste Wertung hinsichtlich der Erfüllung der Teilnahmebedingungen getroffen. Nach der Auswahl sind sowohl in Österreich als auch in Polen die nicht ausgewählten Bewerber/Auftragnehmer über die Gründe für nicht Zulassung/die Ergebnisse der Bewertung zu benachrichtigen. Wobei nur in Polen der öffentliche Auftraggeber alle Auftragnehmer, die die Teilnahmeanträge abgeben haben, über diese Resultate informieren muss.

Wenn hingegen weniger Teilnahmeanträge von Bewerber/Auftragnehmer einlangen, die die Eignungskriterien/ Teilnahmebedingungen erfüllen, sind im OSB sowohl in Polen als auch in Österreich keine zusätzlichen Bewerber/Auftragnehmer in das Vergabeverfahren einzubeziehen. Im USB kann der öffentliche Auftraggeber zusätzliche Bewerber lediglich in Österreich zur Angebotsabgabe einladen.

Nach der Auswahl der Bewerber/Auftragnehmer sind sie schriftlich und gleichzeitig (was in Polen aus dem Grundsatz des lautereren Wettbewerbs hervorgeht) zur Angebotsabgabe aufzufordern. Gleichzeitig müssen ihnen auch die Ausschreibungsunterlagen/SIWZ zugänglich gemacht werden.

Die Angebotsfristen im nicht offenen Verfahren/in beschränkter Ausschreibung sind im BVergG 2006 und im PZP zum Teil ähnlich und zum Teil anders geregelt. Laut BVergG 2006 und PZP beträgt im OSB die grundsätzliche Mindestfrist für den Angebotseingang 40 Tage und sie darf bei Dringlichkeit auf 10 Tage verkürzt werden. Übrige Mindestfristen im OSB und USB sowie die Möglichkeiten der Fristenverkürzung sind in Polen und Österreich anders normiert. In diesem Zusammenhang ist nicht zu vergessen, dass nach PZP im USB noch verschiedene Mindestfristen in Bezug auf die Auftragsarten gelten.

Die **Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung sowie die Verhandlungen mit Bekanntmachung** werden in beiden Ländern anhand der öffentlichen Bekanntmachung eingeleitet. Die interessierten Unternehmer/Auftragnehmer werden wie bei dem nicht offenen Verfahren/der beschränkten Ausschreibung zur Abgabe der Teilnahmeanträge aufgefordert. Die Mindestanzahl der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmer/Auftragnehmer darf in Österreich nicht unter 3, in Polen unter 3 im USB und unter 5 im OSB liegen. Falls mehr Anträge auf Teilnahme an dem Vergabeverfahren eingegangen sind, dann sind die besten Bewerber/Auftragnehmer in Österreich anhand von Eignungs- und Auswahlkriterien und in Polen in Bezug auf die beste Wertung hinsichtlich der Erfüllung der Teilnahmebedingungen zu wählen. Wenn wiederum weniger Teilnahmeanträge vorgelegt werden, dann müssen alle geeignete Bewerber/ Auftragnehmer zur Verhandlungen eingeladen werden.

Im Falle von **Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung/ Verhandlungen ohne Bekanntmachung** ist zu erwähnen, dass in Österreich die vom Auftraggeber ausgewählten Unternehmer unmittelbar zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die Eignung der Unternehmer muss vorab geprüft werden. In Polen werden wiederum die Auftragnehmer erst zur Verhandlungen und danach zur endgültigen Angebotsabgabe eingeladen. In der Aufforderung zur Verhandlungen müssen die Teilnahmebedingungen sowie die Art und Weise, in der die Erfüllung dieser Bedingungen gewertet wird, beschrieben werden. Dies bedeutet, dass in Polen die Erfüllung der Teilnahmebedingungen erst bei der Prüfung der endgültigen Angebote erfolgt. Die Mindestanzahl der in Österreich zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmer darf nicht unter 3 liegen. In Polen wiederum darf die Anzahl der zu Verhandlungen eingeladenen Auftragnehmer nicht unter 5 liegen. BVergG 2006 und PZP sehen jedoch vor, dass unter bestimmten Umständen diese Anzahl vermindert werden kann; in Österreich zu einem Unternehmer und in Polen zu den zwei Auftragnehmern.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung nach BVergG 2006 und die Verhandlungen ohne Bekanntmachung nach PZP wesentlich anders verlaufen. Die grundsätzlichen Änderungen betreffen die Umstände, dass in Polen im Gegensatz zu Österreich kein Angebot vor den Verhandlungen abzugeben ist und dass die Eignung der Auftragnehmer erst nach der Abgabe des endgültigen Angebotes geprüft werden kann. Ferner ist zu bemerken, dass die Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung auch wesentlich anders von den Verhandlungen mit Bekanntmachung verlaufen. Das Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung ist hingegen nach

BVergG 2006 ab der Abgabe des ersten Angebotes wie das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführen.

Im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung und in den Verhandlungen mit Bekanntmachung sind verschiedene Angebotsfristen für den Eingang der ersten Angebote vorgesehen, wobei die Angebotsfrist nach PZP deutlich kürzer als die Fristen nach BVergG 2006 ist. In diesem Zusammenhang ist zu bemerken, dass die Richtlinie 2004/18/EG keine Mindestfristen für die Angebotsabgabe im Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung festsetzt.

Hinsichtlich des ersten Angebotes/des Vorangebotes ist festzustellen, dass in Österreich die Bieter bei ihrer Erstellung in den vom Auftraggeber festgelegten Grenzen von der Ausschreibung abweichen können. In Polen wiederum müssen die Vorangebote der SIWZ entsprechen und die Abweichung von der SIWZ zum Ausscheiden vom Vergabeverfahren führen wird. Weiter ist zu bemerken, dass bei diesen Verfahrensarten keine formalisierte Öffnung der Angebote erforderlich ist und den Bietern /Auftragnehmern die Teilnahme an der Öffnung nicht zu gestatten ist. Schließlich muss hingewiesen werden, dass nach dem ersten Angebot in Österreich noch andere Angebote vor der Abgabe des endgültigen Angebotes eingereicht werden können. In Polen darf wiederum nach dem Vorangebot nur das letzte Angebot vorgelegt werden. Bezüglich des letzten Angebots ist zu vermerken, dass in PZP anders als in BVergG 2006 eine Mindestfrist für das Einreichen vorgesehen ist.

Die Verhandlungsphase wird sowohl in Österreich als auch in Polen kaum einer Regelung untergezogen. Die Grundsätze des Vergabeverfahrens müssen jedoch in beiden Ländern berücksichtigt werden; vor allem der Grundsatz der Gleichbehandlung/Nichtdiskriminierung aller Bieter/Auftragnehmer. Überdies sind die Verhandlungen als vertraulich zu betrachten und müssen mit den Bietern/Auftragnehmern getrennt geführt werden. Wobei in Österreich diese Vertraulichkeit indirekt ausgedrückt wird; nämlich anhand der Bestimmung, dass die Anzahl und die Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten sind.

In Bezug auf die Verhandlungsphase ist ferner festzustellen, dass ein wesentlicher Unterschied den Verhandlungsspielraum betrifft. In Österreich darf über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt werden. In Polen ist lediglich die Präzisierung und/oder die Vervollständigung der Beschreibung des Auftragsgegenstands und/oder der Bedingungen des Leistungsvertrags zulässig. Weiter ist zu vermerken, dass in Österreich nach der ersten Verhandlungsrunde nur einige Unternehmer zu anderen Runden oder zur Schlussphase der

Verhandlungen zugelassen werden können. In Polen hingegen hat der Auftraggeber allen Auftragnehmern, die vorschriftsmäßige Vorangebote vorgelegt haben, die Teilnahme an allen Verhandlungsrunden zu gestatten und sie alle zur Abgabe der letzten Angebote aufzufordern. Im BVergG 2006 wurde also entsprechend der Richtlinie 2004/18/EG die Möglichkeit in Anspruch genommen, die Angebotszahl über die verhandelt wird, anhand der angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. In diesem Zusammenhang ist noch zu erwähnen, dass gemäß BVergG 2006 sofern auf Grund der Verringerung der Anzahl der Angebote nur ein geeigneter Bieter verbleibt, Verhandlungen mit nur einem Bieter in der Schlussphase des Verhandlungsverfahrens zulässig sind. In Polen können die Verhandlungen nur mit einem Auftragnehmer durchgeführt werden, wenn die Vorangebote aller übrigen Auftragnehmer ausgeschlossen werden mussten.

Der **Ablauf des wettbewerblichen Dialogs** wird in Polen und Österreich im Einklang mit der Richtlinie 2004/18/EG nur zu einem gewissen Grad vereinheitlicht. Diese Verfahrensart wird in beiden Ländern anhand der öffentlichen Bekanntmachung eingeleitet um alle interessierte Unternehmer/Auftragnehmer zur Vorlage der Teilnahmeanträge aufzufordern. Im OSB beträgt die Mindestfrist für den Eingang der Teilnahmeanträge 37 Tage ab dem Tag der Absendung der Bekanntmachung nach BVergG 2006 und ab dem Tag der Übermittlung der Bekanntmachung nach PZP. Bei Übermittlung der Bekanntmachung auf dem elektronischen Weg kann diese Frist um 7 Tage verkürzt werden. Im USB sind wiederum abweichende Mindestfristen für den Eingang der Teilnahmeanträge in beiden Ländern vorgesehen. Wobei hervorzuheben ist, dass in Polen diese Frist die Hälfte der entsprechenden Antragsfrist in Österreich beträgt.

Ferner ist zu sagen, dass in beiden Ländern nur die geeigneten Bewerber/Auftragnehmer zum wettbewerblichen Dialog aufgefordert werden können. Die Auftraggeber müssen in Österreich also prüfen, ob sie befugt, leistungsfähig und zuverlässig sind und in Polen, ob sie die Teilnahmebedingungen erfüllen. Über die Prüfung der Teilnahmeanträge ist in Österreich eine besondere Niederschrift zu verfassen. In Polen wird wiederum keine besondere Niederschrift bezüglich dieser Prüfung angefertigt. Dennoch wird diese Phase des wettbewerblichen Dialogs in der Niederschrift des gesamten Verfahrens dokumentiert.

Die Anzahl der zum Dialog eingeladenen Bewerber/Auftragnehmer kann sowohl in Österreich als auch in Polen eingeschränkt werden, darf aber gemäß BVergG nicht unter 3 und gemäß PZP unter 5 liegen. Wenn mehr Teilnahmeanträge als die vom Auftraggeber festgelegte Anzahl eingereicht wurden, dann ist die Auswahl unter den geeigneten

Bewerber/Auftragnehmern anhand der Auswahlkriterien in Österreich und in Bezug auf die beste Wertung hinsichtlich der Erfüllung der Teilnahmebedingungen zu treffen. Über die Ergebnisse der Antragsbewertung sind in Österreich nur die nicht zur Teilnahme am Dialog zugelassenen Bewerber und in Polen alle Auftragnehmer unverzüglich zu benachrichtigen. Wobei auf diese Verständigung nach BVergG 2006 verzichtet wird, sofern dies den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. PZP enthält keine entsprechende Regelung. Wenn weniger Teilnahmeanträge eingegangen sind, müssen alle geeignete Bewerber/Auftragnehmer zur Dialogphase eingeladen werden.

Die ausgewählten Teilnehmer/Auftragnehmer werden zur Teilnahme am Dialog aufgefordert. In Österreich muss die Aufforderung gleichzeitig allen Bietern übermittelt werden. In Polen sind alle Informationen im Zusammenhang mit dem Dialog den Auftragnehmern nach gleichen Grundsätzen zu übermitteln. Wichtig ist zu bemerken, dass in Österreich anders als in Polen, nicht immer alle Bewerber mit ihren Lösungen zur allen Phasen des Dialogs zugelassen werden müssen. Denn der österreichische Auftraggeber kann richtliniengemäß von der Möglichkeit Gebrauch machen und die Zahl der zu erörternden Lösungen anhand der Zuschlagskriterien während der Dialogsphase verringern.

Der Dialog darf in beiden Ländern im Einklang mit den Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG alle Aspekte des Auftrags betreffen. Wenn auf Grund des Dialogs die Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers geändert wird, ist dies laut BVergG 2006 allen Teilnehmern bekannt zu geben. Gemäß PZP werden die Lösungen, die zur Erfüllung der Bedürfnisse des Auftraggebers am besten geeignet sind, sowie die geänderte Anforderungen hinsichtlich des Dialogsgegenstands mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe (folglich allen Auftragnehmern) in Form von SIWZ zu übermitteln.

Ferner ist der Dialog vertraulich und soll mit jedem Bewerber/Auftragnehmer separat durchgeführt werden. Wobei das BVergG 2006 weiter als PZP geht und ausdrücklich feststellt, dass der Auftraggeber mit jedem Teilnehmer nur die von diesem vorgelegte Lösung oder die von diesem vorgelegten Lösungen erörtern darf. Überdies ist zu bemerken, dass in Polen keine der Parteien ohne Zustimmung der anderen Partei die technischen und kaufmännischen Informationen im Zusammenhang mit dem Dialog bekannt geben darf. In Österreich ist die Einschränkung hinsichtlich der Weitergabe der Informationen weiter, weil der Auftraggeber nicht nur vertrauliche Informationen eines Teilnehmers aber auch Lösungen und deren Teile ohne dessen Zustimmung nicht weitergeben darf.

Sowohl in Polen als auch in Österreich setzt der Auftraggeber den Dialog so lange fort, bis er die Lösung oder Lösungen ermittelt hat, die zur Erfüllung seiner Bedürfnisse und Anforderungen am besten geeignet ist oder sind. Den Abschluss der Dialogphase ist den Teilnehmern/Auftragnehmern unverzüglich bekannt zu geben. Danach werden die Teilnehmer/Auftragnehmer zur Angebotslegung aufgefordert. Aus dem BVergG 2006 und dem PZP ergeben sich jedoch grundlegende Unterschiede in Bezug auf den Bieterkreis und die Lösungen, auf deren Grundlage dessen Angebote beruhen dürfen. In Österreich hat der Auftraggeber den oder die **verbliebenen** Teilnehmer aufzufordern, auf der Grundlage **der von ihnen** vorgelegten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen sein bzw. ihr Angebot zu legen. In Polen wird oder werden wiederum die Lösung oder die Lösungen im SIWZ bestimmt, auf deren Grundlage die Angebote der an dem Dialog teilnehmenden Auftragnehmer berühren können. Die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG lassen meiner Ansicht nach beide Regelungen zu, weil die Richtlinie im Art. 29 nicht ausdrücklich bestimmt wird, auf der Grundlage wessen Lösungen die Dialogteilnehmer ihr endgültiges Angebot einzureichen haben.

Abschließend ist noch zu erwähnen, dass in PZP im Gegensatz zu dem BVergG 2006 die besonderen Fristen für den Angebotseingang im wettbewerblichen Dialog vorgesehen sind. Die in Österreich vorgesehene Möglichkeit der Klarstellungen, Präzisierungen und Feinabstimmungen zu diesen Angeboten wurde wiederum in PZP nicht normiert. Folglich sind diese Klarstellungen, Präzisierungen und Feinabstimmungen der Angebote nicht zulässig.

4.5. Angebot

4.5.1. Das österreichische Recht

4.5.1.1. Begriff des Angebotes

Das Angebot ist die Erklärung eines Bieters, eine bestimmte Leistung gegen Entgelt unter Einhaltung festgelegter Bedingungen erbringen zu wollen.⁸⁵⁵ Die allgemeinen Regelungen für das Angebot finden sich in den §§106 ff BVergG 2006. In der Terminologie des österreichischen Zivilrechtes entspricht das vergaberechtliche Angebot dem „Antrag“ gemäß §862 ABGB.⁸⁵⁶ Folglich ist ein Angebot als eine empfangsbedürftige Willenserklärung zu betrachten, die der Bieter dem Auftraggeber abzugeben hat. Überdies muss diese Erklärung zwingende Anforderungen des Zivilrechts hinsichtlich des Angebots berücksichtigen. Das Angebot muss daher ausreichend bestimmt sein, so dass der Vertrag durch bloße Zustimmung des Annehmenden abgeschlossen werden kann, und muss den ausreichenden Bindungswillen des Bieters ausdrücken.⁸⁵⁷ Schließlich ist zu bemerken, dass sowohl das Zivilrecht als auch BVergG 2006 noch weitere Voraussetzungen hinsichtlich der Gültigkeit des Angebotes enthalten, wie z. B. dass das Angebot Irrtumsfrei sein muss und durch eine vertretungsbefugte Person seitens des Bieters abzugeben ist, sowie dass es in bestimmter Form vorzulegen ist⁸⁵⁸.

Am Ende ist noch zu erwähnen, dass wenn BVergG 2006 in Bezug auf das Angebot von dem ABGB abweichende Regelungen enthält, dann haben sie Vorrang vor diesen zivilrechtlichen Bestimmungen. Beispielsweise gilt nach §112 Abs.2 BVergG 2006 die Bindung des Bieters an sein Angebot erst ab Beginn der Zuschlagsfrist.

4.5.1.2. Erstellung und Form des Angebotes

Bei offenen oder nicht offenen Verfahren haben sich Bieter bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der

⁸⁵⁵ § 2 Z 3 BVergG 2006

⁸⁵⁶ Erläuterungen zu § 2 Z 3, 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S.11.

⁸⁵⁷ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 368.

⁸⁵⁸ Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 369.

Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden,⁸⁵⁹ denn die den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auszuschneiden sind.⁸⁶⁰ Sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht anderes festgelegt wird, ist das Angebot mit sämtlichen dazugehörigen Unterlagen in deutscher Sprache und in Euro zu erstellen.⁸⁶¹

Im Verhandlungsverfahren gilt der Grundsatz des ausschreibungsgemäßen Angebotes nicht, weil bei dieser Verfahrensart über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden darf und daher einige Bestimmungen von Ausschreibungsunterlagen geändert werden können. Hinsichtlich des wettbewerblichen Dialogs ist zu erwähnen, dass das Angebot anhand der Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen des Auftraggebers anzufertigen ist. Denn in dieser Verfahrensart sind keine Ausschreibungsunterlagen sondern diese Beschreibung zu übermitteln. Die Übergabe der Beschreibung erfolgt mit der Aufforderung zur Teilnahme an dem Dialog. Wobei der Auftraggeber im Zuge der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Möglichkeit hat, die Beschreibung entsprechend den Ergebnissen der Erörterungen während der Dialogphase anzupassen.

Angebote müssen sich auf die ausgeschriebene Gesamtleistung beziehen, es sei denn, dass in der Ausschreibung die Möglichkeit von **Teilangeboten** vorgesehen wurde.⁸⁶² In diesem Zusammenhang ist kurz zu erläutern, dass gemäß §22 Abs. 1 BVergG 2006 die Leistungen gemeinsam oder getrennt vergeben werden können. Es besteht weder der Grundsatz der ungeteilten Vergabe noch ein gesetzlicher Vorbehalt zugunsten dieser Vergabe.⁸⁶³ Eine getrennte Vergabe kann in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebranchen oder Fachrichtungen erfolgen. Gemäß Abs. 2 ist ein bloßer Vorbehalt allfälliger Teilleistungsvergabe unzulässig. Soll die Möglichkeit für eine Vergabe in Teilen gewahrt bleiben, sind sowohl die Gesamtleistung als auch die allenfalls getrennt zur Vergabe gelangenden Leistungsteile auszuschreiben. In diesem Fall ist dem Bieter auch die Möglichkeit einzuräumen, nur einzelne Teile der Leistung anzubieten.

Während der Angebotsfrist kann der Bieter durch eine zusätzliche, rechtsgültig unterfertigte Erklärung sein Angebot ändern, ergänzen oder von demselben zurücktreten. Die

⁸⁵⁹ § 106 Abs. 1 BVergG 2006

⁸⁶⁰ § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006

⁸⁶¹ § 106 Abs. 2 BVergG 2006

⁸⁶² § 106 Abs. 3 BVergG 2006

⁸⁶³ Erläuterungen zu § 22 Z 3, 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S.41.

Angebotsänderung oder -Ergänzung ist nach den für Angebote geltenden Vorschriften dem Auftraggeber zu übermitteln und von diesem wie ein Angebot zu behandeln.⁸⁶⁴

Ferner müssen Angebote, die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen und vollständig, ohne Zahlen- und Rechenfehler, abgegeben werden.⁸⁶⁵ Der Bieter hat lose Bestandteile des Angebotes mit dem Namen zu versehen, als zum Angebot gehörend zu kennzeichnen und mit diesem abzugeben.⁸⁶⁶ Schließlich ist festzustellen, dass Angebote so ausgefertigt sein müssen, dass Veränderungen bemerkbar oder nachweisbar wären. Korrekturen von Bieterangaben müssen eindeutig und klar sein und so durchgeführt werden, dass zweifelsfrei feststeht, dass die Korrektur vor der Angebotsabgabe erfolgt ist. Sie müssen unter der Datumsangabe durch eine rechtsgültige Unterschrift bestätigt werden.⁸⁶⁷

4.5.1.3. Inhalt des Angebotes

Jedes Angebot muss gemäß §108 Abs. 1 BVergG 2006 insbesondere enthalten:

1. Name (Firma, Geschäftsbezeichnung) und Geschäftssitz des Bieters; bei ARGE die Nennung eines zum Abschluss und zur Abwicklung des Vergabeverfahrens und des Vertrages bevollmächtigten Vertreters unter Angabe seiner Adresse; schließlich die (elektronische) Adresse jener Stelle, die zum Empfang der Post berechtigt ist;
2. Bekanntgabe der Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten bzw. bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Auftraggeber über die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten verfügt. Bekanntgabe aller Teile oder – sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat – nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind unter Nachweis ihrer Befugnis und der beruflichen Zuverlässigkeit bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer ist zulässig je Leistungsteil.
3. den Nachweis, dass ein allenfalls gefordertes Vadium erlegt wurde;

⁸⁶⁴ §106 Abs. 8 BVergG 2006

⁸⁶⁵ § 107 Abs. 1 und 2 BVergG 2006

⁸⁶⁶ § 107 Abs. 3 BVergG 2006

⁸⁶⁷ §107 Abs. 4 BVergG 2006

4. die Preise samt allen geforderten Aufgliederungen und den allenfalls notwendigen Erläuterungen; im Leistungsverzeichnis oder im Kurzleistungsverzeichnis sind die Preise an den hierzu bestimmten Stellen einzutragen; wird für eine Position kein Preis ausgeworfen, so ist dies im Angebot zu erläutern;
5. ggf. bei veränderlichen Preisen die nach §99 Abs. 1 Z 4 BVergG 2006 erforderlichen Angaben;
6. sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen oder Erklärungen;
7. die Aufzählung der dem Angebot beigegebenen Unterlagen, der Nachweise für die Befugnis, die Zuverlässigkeit, die finanzielle und wirtschaftliche sowie die technische Leistungsfähigkeit, die verlangt wurden, sowie jener Unterlagen, die gesondert eingereicht werden (z. B. Proben, Muster);
8. allfällige Alternativ- oder Abänderungsangebote;
9. Datum und rechtsgültige Unterfertigung des Bieters.

Mit der Abgabe des Angebotes erklärt der Bieter, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.⁸⁶⁸

BVergG 2006 bestimmt außerdem, was Angebotsbestand- und Angebotshauptteil ist. Laut §2 Z4 BVergG 2006 ist Angebotsbestandteil jeder gesonderte Teil eines aus mehreren Teilen bestehenden Angebotes (wie z. B. eigenständige Unterlagen, Nachweise, Erklärungen, Dokumente, eigenständige Dateien). Der Angebotshauptteil ist jener Angebotsbestandteil, der zumindest folgende Angaben enthält:

- 1) Name (Firma, Geschäftsbezeichnung) und Geschäftssitz des Bieters; bei Arbeitsgemeinschaften die Nennung eines zum Abschluss und zur Abwicklung des Vergabeverfahrens und des Vertrages bevollmächtigten Vertreters unter Angabe seiner Adresse,
- 2) die elektronische Adresse jener Stelle, die zum Empfang der Post berechtigt ist,
- 3) den Gesamtpreis oder den Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze

⁸⁶⁸ §108 Abs. 2 BVergG 2006

- Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise,
- 4) bei veränderlichen Preisen – sofern nicht entsprechende ÖNORMen für anwendbar erklärt worden sind – die Regeln und Voraussetzungen, die eine eindeutige Preisumrechnung ermöglichen,
 - 5) allfällige Alternativ- oder Abänderungsangebotspreise sowie
 - 6) das Angebotsinhaltsverzeichnis.

Angebotsinhaltsverzeichnis ist die vollständige Aufzählung der dem Angebotshauptteil beigegebenen oder gesondert eingereichten weiteren Angebotsbestandteilen.⁸⁶⁹

Am Ende ist noch zu erwähnen, dass das BVergG 2006 eine **besondere Bestimmungen über den Inhalt der Angebote bei funktionaler Leistungsbeschreibung** enthält. Dem §109 zufolge sind diese Angebote so zu erstellen, dass die Art und den Umfang der Leistung eindeutig bestimmt, die Erfüllung der Anforderungen der Aufgabenstellung nachgewiesen, die Angemessenheit der geforderten Preise beurteilt und nach Abschluss der Leistung die vertragsgemäße Erfüllung zweifelsfrei geprüft werden kann. Weiter hat das Angebot grundsätzlich ein vom Bieter zu erstellendes Leistungsverzeichnis mit Mengen- und Preisangaben für alle Teile der funktional beschriebenen Leistung zu umfassen, dem erforderlichenfalls Pläne und sonstige Unterlagen, auf denen das Leistungsverzeichnis beruht, samt eingehender Erläuterung, beizufügen sind. Das Angebot hat die Erklärung zu enthalten, dass der Bieter die Vollständigkeit seiner Angaben, insbesondere die von ihm selbst ermittelten Mengen, entweder ohne Einschränkung oder in einer in den Ausschreibungsunterlagen anzugebenden Mengentoleranz verantwortet. Bei der funktionalen Leistungsbeschreibung sind im Angebot auch die Annahmen, zu denen der Bieter in besonderen Fällen gezwungen ist, weil zum Zeitpunkt der Angebotsangabe einzelne Teilleistungen nach Art und Menge noch nicht bestimmt werden können, erforderlichenfalls an Hand von Plänen und Mengenermittlungen, zu begründen. Ergänzend ist zu bemerken, dass die Anforderungen bezüglich Inhalt der Angebote, die im § 109 BVergG 2006 genannt sind, nicht für Angebote gelten, die in jenen Phasen eines Verhandlungsverfahrens abgegeben wurden, für die der Auftraggeber noch kein vollständig ausgearbeitetes Angebot verlangt.⁸⁷⁰

Das BVergG 2006 enthält die besonderen Bestimmungen **für die elektronisch übermittelten Angebote** (§§113 ff BVergG 2006). Wichtig bei dieser Art des Angebots ist,

⁸⁶⁹ § 3 Z 6 BVergG 2006

⁸⁷⁰ §109 Abs. 5 BVergG 2006

dass die Zulässigkeit ihrer Abgabe spätestens in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben ist. Falls ein Auftraggeber keine Angabe über die Zulässigkeit der Abgabe elektronischer Angebote gemacht hat, so ist die Abgabe von Angeboten auf elektronischem Weg nicht zugelassen.⁸⁷¹ Wenn hingegen diese Übermittlungsart zugelassen ist, so darf ein Bieter neben seinem elektronisch eingereichten Angebot kein Angebot in Papierform abgeben. Angebotsbestandteile, wie die Eignungsnachweise, können jedoch in Papierform abgegeben werden, sofern sie nicht elektronisch verfügbar sind.

4.5.1.4. Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangebote

Alternativangebot ist ein Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters,⁸⁷² also ein vom ausgeschriebenen Vertragsinhalt abweichendes Angebot. Der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anzugeben, ob und welche Art von Alternativangeboten zugelassen sind. Wenn in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgelegt wurde, ist ein Alternativangebot nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig. Falls der Auftraggeber keine Angabe über die Zulässigkeit von Alternativangeboten gemacht hat, so sind Alternativangebote nicht zugelassen.⁸⁷³ Wobei der Auftraggeber Alternativangebote nur bei Aufträgen zulassen kann, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden sollen.

Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen angeben, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen, ansonsten zu erläutern und zu bezeichnen, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind. Der Auftraggeber darf nur jene Alternativangebote im Vergabeverfahren berücksichtigen, die die festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.⁸⁷⁴ Darüber hinaus haben diese Angebote die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Alternativangebote können sich auf die Gesamtleistung, auf Teile der Leistung, auf die wirtschaftlichen oder die rechtlichen Bedingungen der Leistungserbringung beziehen. Sie sind als solche zu kennzeichnen und in einer eigenen Ausarbeitung einzureichen. Für jedes Alternativangebot, auch wenn es sich nur auf Teile der Gesamtleistung bezieht, ist vom Bieter je ein Gesamt-Alternativangebotspreis zu bilden.⁸⁷⁵

⁸⁷¹ § 91 Abs. 1 BVergG 2006

⁸⁷² § 2 Z 2 BVergG 2006

⁸⁷³ § 81 Abs. 1 BVergG 2006

⁸⁷⁴ § 81 Abs. 2 BVergG 2006.⁸⁷⁴

⁸⁷⁵ § 106 Abs. 4 BVergG 2006

Das Abänderungsangebot ist ein Angebot eines Bieters, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung - in der Regel auf der Positionsebene - beinhaltet, die von der ausgeschriebenen Leistung, aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot, abweicht.⁸⁷⁶ Ansonsten haben Abänderungsangebote die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen, wobei den Nachweis der Gleichwertigkeit der Bieter zu führen hat. Ferner müssen sie als solche gekennzeichnet und in einer eigenen Ausarbeitung eingereicht werden. Für jedes Abänderungsangebot ist vom Bieter je ein Gesamt-Abänderungsangebotspreis zu bilden.⁸⁷⁷

Wichtig ist noch zu erwähnen, dass sofern der Auftraggeber in der Ausschreibung nicht anderes festlegt, sind Abänderungsangebote zulässig. In diesem Fall sind Abänderungsangebote nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig. Wobei der Auftraggeber die Zulässigkeit von Abänderungsangeboten auf bestimmte Positionen beschränken kann und die Erfüllung bestimmter Mindestanforderungen vorschreiben.⁸⁷⁸

Hinsichtlich der Unterscheidung zwischen einem an sich zulässigen Abänderungsangebot und einem an sich unzulässigen Alternativangebot ist zu bemerken, dass diese Abgrenzung Einfach ist, wenn wirtschaftliche oder rechtliche Bedingungen der Ausschreibung geändert werden, weil in solchen Fällen eindeutig kein Abänderungsangebot vorliegt. Das gleiche gilt für eine Abänderung, die sich auf die Gesamtleistung bezieht. Wenn hingegen eine technische Abänderung Positionen oder Positionsgruppen betrifft, dann kann sowohl ein Abänderungsangebot als auch ein darüber hinaus gehendes Alternativangebot vorliegen.⁸⁷⁹ Bei dieser Prüfung wird in Österreich ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Im Zweifelsfall soll kein Abänderungsangebot, sondern ein Alternativangebot vorliegen.⁸⁸⁰

Variantenangebot ist ein Angebot auf Grund einer Ausschreibungsvariante des Auftraggebers.⁸⁸¹ Das Variantenangebot kommt in Frage dann, wenn der Auftraggeber für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorsieht.⁸⁸² Im Gegensatz zum Alternativ- und Abänderungsangebot ist hier eine unterschiedliche Ausführungsart zugelassen.

⁸⁷⁶ § 2 Z 1 BVergG 2006

⁸⁷⁷ § 106 Abs. 5

⁸⁷⁸ § 82 Abs. 1 BVergG 2006

⁸⁷⁹ *Kropik*, Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006, ZVB 2006/31.

⁸⁸⁰ Erläuterungen zu § 82, 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien, S. 71.

⁸⁸¹ § 2 Z 38 BVergG 2006

⁸⁸² § 79 Abs. 6 BVergG 2006

4.5.2. Das polnische Recht

4.5.2.1. Begriff des Angebotes

„Angebot“ (*oferta*) ist ein Begriff aus dem Bereich des materiellen Zivilrechts. Art. 66 ZGB enthält die Legaldefinition des Angebotes. Gemäß dieser Vorschrift ist „Angebot“ eine Erklärung des Willens des Vertragsabschlusses gegenüber einer anderen Person, wenn diese Erklärung die wesentlichen Vertragsbedingungen bestimmt (*essentialia negotii*).⁸⁸³ Das Angebot stellt eine feste Entscheidung des Bieters dar, den Vertrag mit einem bestimmten Inhalt abzuschließen.⁸⁸⁴ Aus der Zusammensetzung des Art. 68 und Art. 70 §1 ZGB geht noch hervor, dass es so bestimmt sein muss, dass der Vertrag durch bloße Zustimmung des Annehmenden abgeschlossen werden kann,

Von der zivilrechtlichen Institution des Angebots wird im Verfahren über Vergabe des öffentlichen Auftrags Gebrauch gemacht. Dies ist auf Mangel an der Definition des Angebotes in PZP⁸⁸⁵ und auf Art. 14 PZP bezüglich der Anwendung der Vorschriften des ZGB zurückzuführen. Der Auftraggeber ist als Angebotsempfänger zu betrachten und die SIWZ bestimmt die wesentlichen Vertragsbedingungen, die der Auftragnehmer in dem Angebot berücksichtigen muss. Die zivilrechtliche Verankerung des Angebotsbegriffes ruft jedoch einige Schwierigkeiten hervor, die aus dem Mangel seiner Legaldefinition in PZP entstehen. Beispielfhaft musste sich der Oberste Gerichtshof aussprechen, ob das Angebot nur das Angebot *sensu stricto* (Angebotsformular) oder das Angebot *sensu largo* (Angebotsformular samt Erklärungen und Unterlagen gemäß Art. 25 Abs. 1 und Art. 26 Abs. 1 PZP) konstituiert. Nach seiner Meinung, sind die Informationen bezüglich Erfüllung der in SIWZ bestimmten Anforderungen als Teil des Angebotes zu betrachten, weil die SIWZ die Pflicht der Vorlage der Erklärungen und Unterlagen als Beweis für die Erfüllung dieser Anforderungen vorsieht und der Inhalt des Angebotes der SIWZ entsprechen muss.⁸⁸⁶

Schließlich ist zu bemerken, dass wenn PZP in Bezug auf das Angebot von dem ZGB abweichende Regelungen enthält, hat er gemäß Art. 14 PZP Vorrang vor zivilrechtlichen Bestimmungen. Beispielsweise bestimmt Art. 85 PZP anders als ZGB die Zeit der Bindung des Bieters an sein Angebot.⁸⁸⁷

⁸⁸³ KIO 07.07.2008, KIO/UZP 614/08; KIO/UZP 623/08, LEX Nr. 443455.

⁸⁸⁴ KIO 25.01.2008, KIO/UZP 109/07, LEX Nr. 374345.

⁸⁸⁵ Baehr in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2007), S. 288

⁸⁸⁶ Begründung des Beschlusses SN 21.10.2005, III CZP 74/05, Biuletyn SN 2005/10/7; hinsichtlich der Unterlagen siehe anders: KIO 26.08.2008, KIO/UZP 830/08, LEX Nr. 448641

⁸⁸⁷ Vgl. KIO, KIO/UZP 246/08, LEX Nr. 395937.

4.5.2.2. Erstellung und Form des Angebotes

Der Inhalt des Angebotes muss der SIWZ entsprechen.⁸⁸⁸ Wichtig ist, dass der Inhalt des Angebotes in jeder Verfahrensart mit der SIWZ übereinstimmen muss. Wobei zu bemerken ist, dass die SIWZ in dem Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog erst mit der Aufforderung zur Angebotsabgabe übermittelt wird. Im Falle von Verhandlungen mit Bekanntmachung muss die SIWZ nach der Abgabe der Vorangebote, falls die SIWZ in der Verhandlungsphase präzisiert oder vervollständigt wurde, in der korrigierten Fassung dem Auftragnehmer übergeben werden.

Die SIWZ bestimmt die Art und Weise, in der das Angebot zu erstellen ist.⁸⁸⁹ Die Nichterfüllung der Erfordernisse der SIWZ hinsichtlich der Form des Angebotes wird jedoch nur in einigen Fällen zum Ausscheiden des Angebotes führen. Es handelt sich um die Anforderungen, die der Auftraggeber gemäß PZP zu bestimmten hat und die dann zwingend eingehalten werden müssen (z.B. hinsichtlich der Sprache in der das Angebot anzufertigen ist oder der Zulässigkeit der auf elektronischem Weg eingereichten Angebote).⁸⁹⁰ Denn laut Art. 89 Abs. 1 Punkt 1 PZP ist das Angebot auszuschneiden, **wenn es dem Gesetz widerspricht**. Die Nichteinhaltung der übrigen Erfordernissen der SIWZ in Bezug auf die Form des Angebotes (wie z. B. die Art der Nummerierung der Angebotsseiten, die Abgabe des Angebotes in zwei Kuverten) wird keine negative Konsequenzen für die Auftragnehmer mit sich bringen.

Gemäß Art. 85 Abs. 1 Punkt 2 PZP ist das Angebot auszuschneiden **wenn sein Inhalt der SIWZ nicht entspricht**. Wenn hingegen **die Form** des Angebotes der SIWZ nicht entspricht, darf es nicht anhand Art. 85 Abs. 1 Punkt 2 PZP, sondern anhand Art. 89 Abs. 1 Punkt 1 PZP in oben besprochenen Fällen ausgeschieden werden.⁸⁹¹

Da die Verfahrenssprache polnisch ist⁸⁹² sind die Angebote grundsätzlich in polnischer Sprache anzufertigen. Nur in besonders begründeten Fällen kann der Auftraggeber genehmigen, dass die Angebotsabgabe auch in einer der im internationalen Handel allgemein benutzten Sprachen oder in der Sprache des Landes, in der der Auftrag vergeben wird, erfolgen kann.⁸⁹³ Ferner muss das Angebot in schriftlicher Form angefertigt werden. Gemäß

⁸⁸⁸ Art. 82 Abs. 3 PZP

⁸⁸⁹ Art. 36 Abs. 1 Punkt 10 PZP

⁸⁹⁰ *Stachowiak in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2007), S. 177.

⁸⁹¹ Vgl. KIO 13.05.2008, KIO/UZP 405/08, LEX Nr. 428347; KIO 7.11.2008, KIO/UZP 1164/08, LEX Nr. 466706.

⁸⁹² Art. 9 Abs. 2 PZP

⁸⁹³ Art. 9 Abs. 3 PZP

Art. 82 Abs. 2 PZP ist das Angebot wirksam, wenn es schriftlich oder - nach Zustimmung des Auftraggebers - auf elektronischem Weg, versehen mit der sicheren elektronischen Signatur, die durch ein gültiges Qualifizierungszertifikat festgestellt werden kann, eingereicht wird. Das nicht Bewahren der schriftlichen Form führt zur Ungültigkeit des Angebotes *ab initio* (Art. 73 § 1 ZGB im Zusammenhang mit Art. 14 PZP).⁸⁹⁴ Schließlich, in Bezug auf die Währung ist zu bemerken, dass die SIWZ Informationen über Fremdwährungen in denen die Abrechnungen zwischen dem Auftraggeber und Auftragnehmer abgewickelt werden können enthält, sofern dies durch den Auftraggeber vorgesehen wird.⁸⁹⁵

Am Rande ist noch zu erwähnen, dass jeder Auftragnehmer grundsätzlich nur ein Angebot abgeben darf.⁸⁹⁶ Die Abgabe einer größeren Anzahl als ein Angebot führt zur Zurückweisung aller Angebote, weil es dem Gesetz widerspricht (Art. 89 Abs. 1 Punkt 1 PZP).

4.5.2.3. Varianten- und Teilangebote

Das Variantenangebot ist ein Angebot, das gemäß der SIWZ eine andere von der durch den Auftraggeber beschriebenen abweichende Art der Ausführung der Leistung vorschlägt.⁸⁹⁷ Dabei handelt es sich um die Art der Auftragsausführung was vor allem die technischen Lösungskonzepte betrifft und nicht um das Angeben im Angebot zwei oder mehrerer Lösungen zur Auswahl des Auftraggebers.⁸⁹⁸ Laut Art. 83 Abs. 1 PZP kann der Auftraggeber Variantenangebote zulassen, sofern der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium ist. Wenn der Auftraggeber die Abgabe der Variantenangebote vorsieht, ist in der SIWZ die Beschreibung der Art und Weise in der diese Angebote vorgelegt werden sollen sowie die Mindestanforderungen, denen Variantenangebote entsprechen sollen, zu enthalten.⁸⁹⁹

Teilangebot ist ein Angebot, das gemäß der SIWZ auf eine Teilleistung bezogen ist.⁹⁰⁰ Teilangebote können zugelassen werden, sofern der Auftragsgegenstand teilbar ist⁹⁰¹ und sofern ihre Abgabe durch den Auftraggeber zugelassen wird. In diesem Fall enthält die SIWZ

⁸⁹⁴ Baehr in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2007), S. 289.

⁸⁹⁵ Art. 36 Abs. 2 Punkt 6 PZP

⁸⁹⁶ Art. 82 Abs. 1 punkt 1 PZP

⁸⁹⁷ Art. 2 Punkt 7 PZP

⁸⁹⁸ Baehr in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2007), S. 291.

⁸⁹⁹ Art. 36 Abs. 2 Punkt 4 PZP

⁹⁰⁰ Art. 2 Punkt 6 PZP

⁹⁰¹ Art. 83 Abs. 2 PZP

die Beschreibung der Teilleistung.⁹⁰² Die Auftragnehmer können auf eine oder mehrere Teile der Aufträge bezogene Teilangebote abgeben, es sei denn, dass die maximale Anzahl der Auftragsteile, auf die ein Auftragnehmer ein Angebot abgeben kann, durch den Auftraggeber fest bestimmt worden ist.⁹⁰³ Ergänzend ist noch hinzuzufügen, dass gemäß Art. 379 §2 ZGB eine Leistung teilbar ist, sofern es geteilt werden kann ohne dass die wesentliche Änderung des Leistungsgegenstands oder seines Leistungswertes eintreten wird.

Das PZP lässt keine Alternativ- und Abänderungsangebote zu, in dem es keine Vorschriften bezüglich dieser Angebotsart enthält. Überdies hat das Angebot SIWZ zu entsprechen⁹⁰⁴ und das PZP gestattet dem Auftraggeber keine Möglichkeit die Abgabe der Alternativ- und Abänderungsangebote in SIWZ vorzusehen. Am Ende ist noch kurz anzugeben, dass in Polen der Auftragnehmer sein Angebot nur während der Angebotsfrist ändern oder vom demselben zurücktreten kann.⁹⁰⁵

4.5.3. Das europäische Recht

Die Richtlinie 2004/18/EG enthält keine Regelung hinsichtlich der Erstellung, der Form, und dem Inhalt von Angeboten. Sie bedient sich an zahlreichen Stellen dem Angebotsbegriff, definiert ihn aber nicht. Ein Mangel an Regelung dieser Institution könnte darauf hinweisen, dass die Bestimmungen, die das Verständnis dieses Begriffes europaweit vereinheitlichen würden, für die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge nicht unabdingbar sind.

In Bezug auf die Angebotsarten ist hervorzuheben, dass die Richtlinie 2004/18 im Art. 24 die Variantenangebote ausdrücklich zulässt. Sie enthält wiederum keine Angabe über die Zulässigkeit von Alternativ- und Abänderungs⁹⁰⁶ - und Teilangeboten. Lediglich im Hinblick auf den wettbewerblichen Dialog stellt die Richtlinie in Art. 29 fest, dass die Präzisierungen, Klarstellungen, Feinabstimmungen oder Ergänzungen des Angebotes keine Änderung der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Ausschreibung zur Folge haben dürfen, die den Wettbewerb verfälschen oder sich diskriminierend auswirken könnte.

⁹⁰² Art. 36 Abs. 2 Punkt 1 PZP

⁹⁰³ Art. 83 Abs. 2 PZP

⁹⁰⁴ Art. 82 Abs. 3 PZP

⁹⁰⁵ Art. 84 Abs. 1 PZP

⁹⁰⁶ Hinsichtlich der Alternativangeboten ist zu erwähnen, dass die Richtlinie 2004/18/EG im Anhang VII Teil A bestimmt, dass die Bekanntmachung für öffentliche Aufträge die Angabe enthalten sein muss, ob die Änderungsvorschläge zulässig oder verboten sind. Außerdem hat die Richtlinie 2004/18/EG nicht den Art. 19 der Richtlinie 93/37 übernommen. Gemäß dieser Vorschrift konnten bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden sollen, die Auftraggeber von Bietern vorgelegte Änderungsvorschläge berücksichtigen, wenn diese den vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen entsprechen.

Gemäß Art. 24 der Richtlinie 2004/18/EG können bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, die öffentlichen Auftraggeber es zulassen, dass die Bieter Varianten vorlegen. Die öffentlichen Auftraggeber müssen schon in der Bekanntmachung angeben, ob Varianten zulässig sind. Wenn eine entsprechende Angabe in der Bekanntmachung fehlt, so sind keine Varianten zugelassen. Überdies sieht die Vergaberichtlinie vor, dass sofern die öffentlichen Auftraggeber Varianten zulassen, müssen sie in den Verdingungsunterlagen die Mindestanforderungen angeben, die Varianten erfüllen sollen, sowie in welcher Art und Weise sie einzureichen sind.

Schließlich bestimmt den Art. 29, dass die öffentlichen Auftraggeber nur Varianten berücksichtigen sollen, die die von ihnen verlangten Mindestanforderungen erfüllen. Wobei bei den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Liefer- oder Dienstleistungsaufträge die Varianten nicht allein deshalb zurückgewiesen werden dürfen, weil sie - wenn sie den Zuschlag erhalten sollten - entweder zu einem Dienstleistungsauftrag anstatt zu einem öffentlichen Lieferauftrag bzw. zu einem Lieferauftrag anstatt zu einem öffentlichen Dienstleistungsauftrag führen würde.

4.5.4. Rechtsvergleich

BVergG 2006 enthält im Gegensatz zu PZP eine eigene Definition des Angebotsbegriffes. Dessen ungeachtet ist diesen Begriff in beiden Ländern grundsätzlich anhand entsprechender Institutionen des materiellen Zivilrechts zu deuten; des Antrags gemäß §862 ABGB in Österreich und des Angebotes gemäß Art. 66 ZGB in Polen. Im Allgemeinen ist das Angebot sowohl im österreichischen als auch im polnischen Vergaberecht als eine feste und empfangsbedürftige Willenserklärung zu verstehen. Es muss ausreichend bestimmt sein, so dass den Vertrag durch bloße Zustimmung des Auftraggebers abgeschlossen werden kann. Von wesentlicher Bedeutung ist jedoch, dass in beiden Ländern die zwingend anwendbaren Vorschriften des PZP oder BVergG 2006 hinsichtlich des Angebotes Vorrang von Bestimmungen des ZGB oder des ABGB haben.

In Bezug auf die Erstellung des Angebotes lässt sich sagen, dass sowohl in Österreich als auch in Polen die Bieter/Auftragnehmer sich an die Ausschreibungsunterlagen bzw. Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen/SIWZ halten müssen. Wobei in den Verhandlungsverfahren in Österreich die Änderungen und Ergänzungen der Ausschreibungsunterlagen grundsätzlich zulässig sind und in Polen hingegen nicht. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass in Polen die SIWZ in dieser Verfahrensart entweder nach der Verhandlungsphase in einer korrigierten Fassung wieder übermittelt wird (bei

Verhandlungen mit Bekanntmachung) oder erst nach der Verhandlungsphase übergeben werden muss (bei Verhandlungen ohne Bekanntmachung).

Weiter ist zu bemerken, dass PZP im Gegensatz zu BVergG 2006 keine Bestimmungen über die Form des Angebotes enthält. Der Auftraggeber muss also selbst die Art und Weise in der das Angebot zu erstellen ist unter Bedachtnahme auf die übrigen Vorschriften des PZP in SIWZ bestimmen. Von Bedeutung ist, dass in Österreich den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden sind, was auch die Form des Angebotes betrifft. In Polen hingegen sind die Angebote grundsätzlich dann auszuschneiden wenn ihr Inhalt der SIWZ nicht entspricht. Die mit der SIWZ unvereinbare Angebotsform wird das Ausschneiden des Angebotes nur im Falle der Nichtübereinstimmung mit den anderen Vorschriften des PZP bewirken.

Schließlich, in Bezug auf die Erstellung des Angebotes ist zu erwähnen, dass in beiden Ländern während der Angebotsfrist das Angebot geändert wie ergänzt werden kann oder der Bieter/Auftragnehmer von ihm zurücktreten kann.

Was den Inhalt des Angebotes betrifft ist zu bemerken, dass das PZP im Gegensatz zu dem BVergG 2006 keine Aufzählung der Angaben enthält, die jedes Angebot beinhalten muss. Überdies sieht das PZP keine besondere Bestimmungen für die elektronisch übermittelten Angebote und für die Angebote, die sich auf die funktionelle Leistungsbeschreibung beziehen.

Ferner muss festgestellt werden, dass in Polen anders als in Österreich keine Alternativ- und Abänderungsangebote zulässig sind. In diesem Zusammenhang muss darauf hingewiesen werden, dass die Richtlinie 2004/18/EG diese Arten der Angebote nicht ausdrücklich zulässt. Sie verbietet jedoch diese Angebotsarten auch nicht. Die Zulässigkeit der Abänderungs- und Alternativangebote in allen Verfahrensarten kann jedoch Zweifel an die Übereinstimmung entsprechender Bestimmungen BVergG 2006 mit der Richtlinie hervorrufen.

In beiden Ländern ist wiederum die Abgabe von Teil- und Variantenangeboten grundsätzlich erlaubt. Wobei diese Angebotsarten nur dann abgegeben werden dürfen, wenn der Auftraggeber sie ausdrücklich zulässt. Die Variantenangebote sollen den Bietern/Auftragnehmern ermöglichen, eine von der durch den Auftraggeber beschriebenen Art abweichende Auftragsausführungs- oder Leistungsausführungsart vorzuschlagen. Die Teilangebote beziehen sich auf die einzelnen Teile der ausgeschriebenen Leistung. Folglich können die Bieter/Auftragnehmer nur einzelne Teile der Leistung anbieten. In Polen kann

aber der Auftraggeber anders als in Österreich die maximale Anzahl der Auftragsteilen bestimmen, auf die ein Auftragnehmer ein Angebot abgeben kann.

4.6. Wahl des Angebotes und Widerruf/Nichtigkeitserklärung des Vergabeverfahrens

4.6.1. Das österreichische Recht

4.6.1.1. Zuschlagsfrist

Nach dem Ablauf der Angebotsfrist beginnt die **Zuschlagsfrist**. Die Zuschlagsfrist umfasst den Zeitraum, innerhalb dessen die Erteilung des Zuschlages vorgesehen ist. Sie ist kurz zu halten und darf grundsätzlich fünf Monate nicht überschreiten, sofern nicht in Einzelfällen aus zwingenden Gründen bereits in den Ausschreibungsunterlagen ein längerer Zeitraum angegeben war; dieser darf sieben Monate nicht überschreiten. Ist in der Ausschreibung keine Zuschlagsfrist angegeben, so beträgt sie einen Monat.⁹⁰⁷ In diesem Zusammenhang ist zu ergänzen, dass der Fortlauf der Zuschlagsfrist für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens⁹⁰⁸ gehemmt wird.

Während der Zuschlagsfrist ist der Bieter an sein Angebot gebunden. Wobei auf Ersuchen eines Auftraggebers ein Bieter die Bindungswirkung seines Angebotes erstrecken kann und auf Ersuchen eines Bieters, dessen Angebot für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommt, der Auftraggeber diesen aus der Bindung an sein Angebot entlassen kann.⁹⁰⁹

4.6.1.2. Verhandlungsverbot

Ferner ist zu bemerken, dass im offenen und nicht offenen Verfahren der Auftraggeber nicht berechtigt ist, mit den Bietern über deren Angebote zu verhandeln.⁹¹⁰ Ob dieses Verbot auch nach der Abgabe des endgültigen Angebotes im Verhandlungsverfahren und im wettbewerblichen Dialog gilt, ist nicht offensichtlich. Denn das BVergG 2006 enthält keine besondere Regelung bezüglich der endgültigen Angebote, die in Rahmen von Verhandlungsverfahren abgegeben werden. §25 Abs. 5 und Abs. 6 BVergG 2006 sieht nur vor, dass nach der Angebotsabgabe über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden kann. Es handelt sich also um die Frage, ob nach der Einladung zur Abgabe eines endgültigen

⁹⁰⁷ § 112 Abs. 1 BVergG 2006

⁹⁰⁸ Siehe näher in Kapitel 5.

⁹⁰⁹ § 112 Abs. 2 BVergG 2006

⁹¹⁰ § 101 Abs. 4 BVergG 2006

Angebotes weitere Verhandlungen zulässig sind. Gegen ein Weiterverhandeln kann geführt werden, dass laut §139 Abs. 2 Z3 BVergG 2006 den Widerruf eines Vergabeverfahrens (nach Ablauf der Angebotsfrist) aus sachlichen Gründen möglich ist.⁹¹¹ Wenn sich jedoch der Auftraggeber für die Wiederaufnahme von Verhandlungen entscheidet, scheint es unerheblich zu sein, ob er sich schon in den Ausschreibungsunterlagen ausbedungen hat, trotz des Schlusses der Verhandlungen/der Abgabe des endgültigen Angebotes noch weiter zu verhandeln oder ob im Einklang mit §105 Abs. 3 BVergG 2006 den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bietern den Abschluss der Verhandlungen **vorab** bekannt gegeben wird. In beiden Fällen ist die Wiederaufnahme der Verhandlungen aber nur dann zulässig, wenn dafür sachliche Gründe bestehen.⁹¹²

In Bezug auf den wettbewerblichen Dialog ist festzustellen, dass der Bieter auf Verlangen des Auftraggebers sein Angebot lediglich klarstellen, präzisieren, fein abstimmen und ergänzen kann, und sofern dies nicht zu einer Änderung der grundlegenden Elemente des Angebots oder der Beschreibung führt, die den Wettbewerb verfälschen oder sich auf ihn diskriminierend auswirken könnte.⁹¹³

4.6.1.3. Aufklärungsgespräche

Ferner ist hinzuzufügen, dass die Bieter mit Ablauf der Angebotsfrist grundsätzlich nicht mehr berechtigt sind, ihre Angebote „materiell“ zu ändern.⁹¹⁴ Dennoch **sind Aufklärungsgespräche** zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.⁹¹⁵ In Bezug auf das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog ist anzunehmen, dass die Aufklärungsgespräche hinsichtlich der abgegebenen Angebote auch andere als im § 127 Abs. 1 genannten Angaben betreffen können (die Folgerung *a contrario* vom §127 Abs. 1 BVergG 2006).

⁹¹¹ Müller, Zur Frage der Zulässigkeit der Wiederaufnahme von Verhandlungen, RPA 2007, 116.

⁹¹² Müller, Zur Frage der Zulässigkeit der Wiederaufnahme von Verhandlungen, RPA 2007, 116; Vgl. auch BVA 2. 1. 2007, N/0093-BVA/05/2006-57; BVA 26. 1. 2007, N/0105-BVA/07/2006-42, www.ris.bka.gv.at.

⁹¹³ § 162 Abs. 3 BVergG 2006

⁹¹⁴ VwGH 25.2.2004, 2003/04/0186=RPA 2004, 92=ZVB 2004, 189=RdW 2004, 345 und VwGH 24.9.2003, 2000/04/0106=ZVB 2004, 55.

⁹¹⁵ § 127 Abs. 1 BVergG 2006

4.6.1.4. Öffnung der Angebot

Die **Öffnung der Angebote** erfolgt bei offenen und nicht offenen Verfahren am festgesetzten Ort und zur festgesetzten Zeit, unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist. Erst nach Ablauf dieser Frist darf der Auftraggeber vom Inhalt der Angebote Kenntnis erhalten.⁹¹⁶ Ferner ist zu bemerken, dass zu diesem Zeitpunkt die Auskünfte über die einlangenden Angebote, insbesondere über die Bieter oder über die Anzahl der abgegebenen Angebote, nicht erteilt werden dürfen.⁹¹⁷

Die Öffnung hat durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter sind grundsätzlich berechtigt, an der Öffnung teilzunehmen. Sie dürfen nur aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. Vor dem Öffnen eines Angebotes ist festzustellen, ob es ungeöffnet und vor Ablauf der Angebotsfrist eingelangt ist. Die nach dem Ablauf der Angebotsfrist eingelangte Angebote sind nicht zu öffnen und als „verspätet eingelangt“ zu kennzeichnen. Die geöffneten Angebote sind in der Reihenfolge, in der sie in das Eingangsverzeichnis eingetragen wurden, mit fortlaufenden Nummern zu versehen. Es ist festzustellen, ob das Angebot unterfertigt ist, aus wie vielen Teilen es besteht und ob die als Anlagen angeführten sowie in der Ausschreibung verlangten Bestandteile des Angebotes tatsächlich vorhanden sind. Alle bei der Öffnung des Angebotes vorliegenden Teile müssen während der Angebotsöffnung so eindeutig gekennzeichnet werden, dass ein nachträgliches Auswechseln feststellbar wäre. Ferner sind aus den Angeboten bestimmte Angaben vorzulesen und in der **Niederschrift** festzuhalten. Ein nicht verlesenes Angebot ist vergaberechtlich nicht zuschlagsfähig.⁹¹⁸ Andere Angaben dürfen den Bietern nicht zur Kenntnis gebracht werden. Die Niederschrift ist von den Mitgliedern der Kommission zu unterfertigen und auf Verlangen den Bietern – falls sie an der Öffnung teilnahmeberechtigt waren – eine Abschrift der Niederschrift auszufolgen. Nach dem Abschluss der Öffnung sind die Niederschrift, die Angebote und deren Umschläge so zu verwahren, dass sie Unbefugten unzugänglich sind.⁹¹⁹

Bei Verhandlungsverfahren und bei dem wettbewerblichen Dialog ist keine formalisierte Öffnung der Angebote erforderlich. Im Falle von Verhandlungsverfahren sieht das Gesetz noch vor, dass den Bietern die Teilnahme an der Öffnung nicht zu gestatten ist und

⁹¹⁶ § 117 Abs. 4 BVergG 2006

⁹¹⁷ § 117 Abs. 2 BVergG 2006

⁹¹⁸ BVA 9.4. 1997, F-18/96-29 zitiert nach *Pachner* in *Schramm/Aicher /Fruhmam/Thienel* (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 1111.

⁹¹⁹ § 118 BVergG 2006

dass das Ergebnis der Öffnung geheim zu halten ist.⁹²⁰ Formfreie Öffnung der Angebote bedeutet unter anderem, dass die Öffnung nach Ablauf der Angebotsfrist nicht in einem einzigen Vorgang erfolgen muss und dass die oben festgelegte Abfolge des Verlesens und der Aufnahme in die Niederschrift nicht angehalten werden muss.⁹²¹

4.6.1.5. Prüfung der Angebote

Die **Prüfung der Angebote** hat in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Im Einzelnen ist zu prüfen, ob das Angebot den Grundsätzen des BVergG 2006 entspricht, ob das Angebot rechnerisch richtig ist und ob es den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht. Weiter ist noch die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw. – bei der Weitergabe von Leistungen – der namhaft gemachten Subunternehmer sowie die Angemessenheit der Preise zu verifizieren. Wobei die Prüfung von Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht kommen, auf einzelne Kriterien beschränkt werden kann.⁹²²

Hinsichtlich der **Angemessenheit der Preise** ist zu erwähnen, dass sie in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen ist. Überdies, ist bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Der Auftraggeber muss eine Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und sie vertieft prüfen, wenn

- 1) Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,
- 2) Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen, oder
- 3) begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.⁹²³

Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Im Zuge dieser Prüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche – bei minder bedeutsamen

⁹²⁰ § 118 Abs. 2 BVergG 2006

⁹²¹ Pachner in Schramm/Aicher /Furhmann/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabebezug 2002. Kommentar (2004), S. 1113.

⁹²² § 123 BVergG 2006

⁹²³ § 125 BVergG 2006

Unklarheiten auch mündliche oder telefonische – Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von dieser Vorgehensweise abgesehen werden.⁹²⁴

Wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot ergeben oder Mängel festgestellt werden, so ist - sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind - vom Bieter eine **verbindliche schriftliche Aufklärung** zu verlangen.⁹²⁵ Andernfalls, wenn ein Angebot solche Mängel aufweist, dass dem Auftraggeber eine Bearbeitung nicht zugemutet werden kann, so ist es auszuschneiden. Rechnerisch fehlerhafte Angebote sind nicht weiter zu berücksichtigen, sofern dies in der Ausschreibung festgelegt wurde und wenn die Summe der Absolutbeträge aller Berichtigungen – erhöhend oder vermindernd – 2 vH oder mehr des ursprünglichen Gesamtpreises ohne Umsatzsteuer beträgt. Unberücksichtigt bleiben dabei Berichtigungen von Seitenüberträgen der Zwischensummen im Angebot, mit denen nicht weitergerechnet wurde.⁹²⁶

Über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind. Auf Verlangen ist dem Bieter Einsichtnahme in den sein Angebot betreffenden Teil der Niederschrift zu gewähren. Bei der Gestaltung der Niederschrift ist darauf Bedacht zu nehmen.⁹²⁷

⁹²⁴ § 125 Abs. 5 BVergG 2006

⁹²⁵ Mehr zum Thema Aufklärungen: *Gölles*, Die vergaberechtliche Aufklärung als Instrument der Behebung von Angebotsmängel, ZVB 2007/36.

⁹²⁶ § 126 BVergG 2006

⁹²⁷ § 128 BVergG 2006

4.6.1.6. Ausscheiden von Angeboten

Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote **auszuscheiden** (§129 Abs. 1 BVergG 2006):

- 1) Angebote von Bietern, die von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß §20 Abs.5 (Erarbeitung der Unterlagen für das Vergabeverfahren) gemäß §68 Abs.1 (Ausschlussgründe) BVergG 2006 auszuschließen sind;
- 2) Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist;
- 3) Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen;
- 4) Angebote, bei denen der Bieter keine Preise angibt, sondern nur erklärt, das billigste Angebot um einen bestimmten Prozentsatz oder Wert zu unterbieten;
- 5) Angebote, bei denen ein Vadium verlangt wurde, dessen Nachweis bei Angebotsöffnung jedoch fehlt;
- 6) verspätet eingelangte Angebote;
- 7) den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind;
- 8) Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden getroffen haben;
- 9) rechnerisch fehlerhafte Angebote, die gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung nicht weiter zu berücksichtigen sind;
- 10) Angebote von nicht aufgeforderten Bietern;
- 11) Angebote von ausländischen Bietern, bei welchen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß §112 Abs. 3 gesetzten Nachfrist kein Bescheid über die Erteilung der Anerkennung bzw. den Ausspruch der Gleichhaltung nach den gewerblichen Bestimmungen oder keine Bestätigung gemäß der EWR-Architektenverordnung oder der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung

vorliegt oder die keinen Nachweis beigebracht haben, dass sie vor Ablauf der Angebotsfrist einen Antrag gemäß §20 Abs. 1 BVergG 2006 eingebracht haben.

Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung **kann** der Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Der Auftraggeber hat den Bieter vom Ausscheiden seines Angebotes unter Angabe des Grundes nachweislich elektronisch oder mittels Telefax zu verständigen.⁹²⁸

4.6.1.7. Zuschlag

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der **Zuschlag** gemäß den Angaben in der Ausschreibung (bzw. in der Beschreibung im Falle des wettbewerblichen Dialogs) dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis, zu erteilen. Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind schriftlich festzuhalten.⁹²⁹

Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll (**Mitteilung der Zuschlagsentscheidung**). Diese Mitteilung hat elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. Sofern eine nachweisliche Übermittlung elektronisch oder mittels Telefax nicht möglich ist, ist die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung brieflich zu übermitteln. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde. Schließlich ist zu erwähnen, dass von der grundsätzlichen Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung einige im Gesetz taxativ aufgezählten Ausnahmen bestehen.⁹³⁰

Der Zuschlag darf bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb einer **Stillhaltefrist** von 14 Tagen erteilt werden. Die Stillhaltefrist beginnt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax mit der Bekanntgabe der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg mit der Absendung der

⁹²⁸ § 129 Abs. 2 und 3 BVergG 2006

⁹²⁹ § 130 und § 162 Abs. 4 BVergG 2006

⁹³⁰ § 131 BVergG 2006

Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Im Falle der Vergabe von Aufträgen nach Durchführung eines beschleunigten Verfahrens wegen Dringlichkeit oder nach Durchführung eines Vergabeverfahrens im USB, verkürzt sich die Stillhaltefrist auf 7 Tage.⁹³¹

In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass ein unter Verstoß gegen die Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erfolgter Zuschlag absolut nichtig ist. Wenn durch eine Vergabekontrollbehörde festgestellt wird, dass eine Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer erfolgte, ohne dass andere Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt waren, und dies auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war, so wird das Vertragsverhältnis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung nichtig.⁹³²

Während der Zuschlagsfrist kommt das Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Bieter zu dem Zeitpunkt zustande, zu dem der Bieter die schriftliche Verständigung von der Annahme seines Angebotes erhält. Wird die Zuschlagsfrist überschritten, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt. Zur Abgabe dieser Erklärung ist dem Bieter eine angemessene Frist zu setzen.⁹³³

Der Zuschlag ist durch das Auftragsschreiben, den Bestellschein oder den Schlussbrief zu erteilen. Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer eine unterfertigte Auftragsbestätigung verlangen. Sofern sich der Inhalt des Vertrags außer dem Angebot auch aus anderen Zusatzvereinbarungen enthaltenden Schriftstücken ergibt, sind sämtliche Schriftstücke im Auftragsschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief und, wenn eine Auftragsbestätigung verlangt wurde, auch in dieser anzuführen.⁹³⁴

4.6.1.8. Widerruf des Vergabeverfahrens

Mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrags endet das Vergabeverfahren (§135 Abs. 1 BVerG 2006). **Außerdem endet das Verfahren im Falle von seinem Widerruf.**⁹³⁵ Das Bundesvergabegesetz nennt die Gründen für den Widerruf eines Vergabeverfahrens und unterscheidet zwischen Fällen vor Ablauf der Angebotsfrist und nach Ablauf der Angebotsfrist. Somit ist **ein Vergabeverfahren vor Ablauf der Angebotsfrist zu**

⁹³¹ § 132 BVerG 2006

⁹³² § 132 Abs. 3 BVerG 2006

⁹³³ § 133 BVerG 2006

⁹³⁴ § 134 BVerG 2006

⁹³⁵ Im Falle des wettbewerblichen Dialogs gelten die §§ 138-140 BVerG 2006 (Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens, Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung, Stillhaltefrist, Unwirksamkeit des Widerrufs) nicht unmittelbar sondern sinngemäß (§ 162 Abs. 8 BVerG 2006).

widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen wären, eine Ausschreibung ausschließen würden oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Der Auftraggeber kann ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen (§138 BVergG 2006).

Nach Ablauf der Angebotsfrist ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn

- 1) Umstände bekannt werden, die schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen wären, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten, oder
- 2) Umstände bekannt werden, die schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen wären, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, oder
- 3) kein Angebot eingelangt ist, oder
- 4) nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt.⁹³⁶

Überdies, **kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden**, wenn

- 1) nur ein Angebot eingelangt ist, oder
- 2) nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot bleibt, oder
- 3) dafür sachliche Gründe bestehen.⁹³⁷

Der Auftraggeber muss unverzüglich und nachweislich mitteilen, dass er beabsichtigt, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Die Mitteilung der Widerrufsentscheidung hat elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. Sofern dies nicht möglich ist, ist sie brieflich zu übermitteln. In dieser Mitteilung sind den Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist sowie die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt zu geben.⁹³⁸

Vor Ablauf der Angebotsfrist ist die Widerrufsentscheidung in derselben Art bekannt zu machen wie die Ausschreibung. So weit dies möglich ist, hat der Auftraggeber Bewerbern, an welche die Ausschreibungsunterlagen abgegeben wurden, oder den Bietern unverzüglich und nachweislich elektronisch oder mittels Telefax mitzuteilen, dass er beabsichtigt, das Vergabeverfahren zu widerrufen. In der Bekanntmachung und in der Mitteilung sind die Gründe für den beabsichtigten Widerruf und das jeweilige Ende der Stillhaltefrist bekannt zu geben. Dennoch nach Ablauf der Teilnahmefrist in einem nicht offenen Verfahren oder einem Verhandlungsverfahren kann der Auftraggeber von einer

⁹³⁶ §139 Abs. 1 BVergG 2006

⁹³⁷ §139 Abs. 2 BVergG 2006

⁹³⁸ §140 Abs. 1 BVergG 2006

Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung absehen und die Widerrufsentscheidung den im Verfahren verbliebenen Unternehmen nachweislich mitteilen.⁹³⁹

Der Widerruf darf bei sonstiger Unwirksamkeit nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 14 Tagen erklärt werden. Die Stillhaltefrist beginnt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax mit der Bekanntgabe der Mitteilung der Widerrufsentscheidung, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg mit der Absendung der Mitteilung der Widerrufsentscheidung. Im Falle einer Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung darf der Widerruf nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 14 Tagen ab erstmaliger Verfügbarkeit dieser Bekanntmachung erklärt werden. Die Stillhaltefrist verkürzt sich in den im §140 Abs. 4 BVergG 2006 genannten Fälle auf sieben Tage. Eine Verpflichtung zur Mitteilung der Widerrufsentscheidung besteht nicht, falls kein Angebot eingelangt ist.⁹⁴⁰

Vor Ablauf der Stillhaltefrist darf ein neues Vergabeverfahren über den gleichen Auftragsgegenstand nicht eingeleitet werden, soweit die Beschaffung nicht aus dringlichen und zwingenden Gründen erforderlich ist. Die zum widerrufenen Verfahren bereits eingelangten Angebote dürfen nach der Mitteilung oder der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung nicht geöffnet werden. Nach Ablauf der Stillhaltefrist hat der Auftraggeber die Widerrufserklärung in derselben Art wie die Widerrufsentscheidung mitzuteilen oder, sofern dies nicht möglich ist, im Internet bekannt zu machen.⁹⁴¹

Mit der Widerrufserklärung gewinnen Auftraggeber und Bieter ihre Handlungsfreiheit wieder. Bereits eingelangte Angebote sind auf Verlangen zurückzustellen. Wenn durch eine Vergabekontrollbehörde rechtskräftig festgestellt wird, dass nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens der Auftraggeber ein Verfahren zur Vergabe eines Auftrages weder durch eine Widerrufserklärung oder eine Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat, dann gilt dies als Erklärung des Widerrufs im Sinne des BVergG 2006.⁹⁴²

Abschließend ist noch zu bemerken, dass im USB der Auftraggeber von der oben dargelegten Vorgangsweise (Mitteilung der Widerrufsentscheidung, Stillhaltefrist und Mitteilung der Widerrufserklärung) absehen und den Widerruf unmittelbar und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist erklären kann. Der Auftraggeber hat die im Vergabeverfahren

⁹³⁹ § 140 Abs. 2 BVergG 2006

⁹⁴⁰ § 140 Abs. 3 bis 5 BVergG 2006

⁹⁴¹ § 140 Abs. 6 und 7 BVergG 2006.

⁹⁴² § 140 Abs. 9 und 10 BVergG 2006

verbliebenen Unternehmer, soweit dies möglich ist, unverzüglich und nachweislich zu verständigen oder die Widerrufserklärung im Internet bekannt zu machen.⁹⁴³

4.6.2. Polen

4.6.2.1. Zuschlagsfrist

Die **Zuschlagsfrist** beginnt mit dem Ablauf der Angebotsfrist. Ab dieser Zeit ist der Auftragnehmer an sein Angebot gebunden. Die Dauer der Bindung (die Zuschlagsfrist) ist in der SIWZ festzusetzen, wobei sie nicht länger als:

- 1) 30 Tage im USB;
- 2) 90 Tage, wenn der Wert des Bauleistungsauftrags den in Złoty genannten Gegenwert des Betrags von 20 000000 Euro oder im Falle eines Liefer- oder Dienstleistungsauftrags den Gegenwert des Betrages von 10 000000 Euro übersteigt;
- 3) 60 Tage, wenn der Auftragswert ein anderer als der Punkt 1 und 2 genannte Wert ist, betragen darf.⁹⁴⁴

Der Auftragnehmer kann selbst oder auf Antrag des Auftraggebers die Zuschlagsfrist verlängern, wobei der Auftraggeber nur einmal und mindestens 3 Tage vor Ablauf der Zuschlagsfrist die Auftragnehmer auffordern kann, einer Verlängerung der Zuschlagsfrist um eine festgesetzte Frist, die nicht länger als 60 Tage betragen darf, zuzustimmen.⁹⁴⁵ Überdies ist anzugeben, dass die Einlegung des Protests⁹⁴⁶ die Aussetzung des Verlaufes der Zuschlagsfrist bewirken wird.⁹⁴⁷

4.6.2.2. Öffnung der Angebote

Die Angebote sind öffentlich und unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen, wobei zu beachten ist, dass die Öffnung der Angebote an dem Tage zu erfolgen hat, an dem der Termin für ihr Einreichen abläuft. Zu dieser Zeit ist der Inhalt der Angebote

⁹⁴³ § 140 Abs. 8 BVergG 2006

⁹⁴⁴ Art. 85 Abs. 1 PZP

⁹⁴⁵ Art. 85 Abs. 2 PZP

⁹⁴⁶ Siehe näher in Kapitel V.

⁹⁴⁷ Art. 181 Abs. 2 PZP

geheim zu halten.⁹⁴⁸ Hinsichtlich der Öffentlichkeit der Öffnung der Angebote ist zu bemerken, dass sie nicht auf die Auftragnehmer eingeschränkt ist, die ihre Angebote abgegeben haben. Alle, die eine Information über die Tätigkeit der Öffnung bekommen haben, können an der Öffnung der Angebote teilnehmen.⁹⁴⁹

Unmittelbar vor der Öffnung der Angebote wird von dem Auftraggeber der Betrag angegeben, der für die Finanzierung des Auftrages bestimmt wird (Art. 86 Abs. 3 PZP). Die Öffnung der Angebote umfasst die den Angeboten entnommene Verlesung der Namen (Firmen) und Anschriften der Auftragnehmer sowie des Angebotspreises, der Frist für die Ausführung des Auftrags, der Garantiefrist und der Zahlungsmodalitäten (Art. 86 Abs. 4 PZP). Der Auftraggeber ist verpflichtet die Informationen anzugeben, wenn sie in den Angeboten enthalten wurden.⁹⁵⁰ Im Falle von Unterlassung der Informationsangabe gemäß Abs. 3 und Abs. 4 durch den Auftraggeber, kann ein Protest gemäß Art. 180 Abs. 1 PZP eingelegt werden. Bis zur endgültigen Entscheidung über den Protest darf der Leistungsvertrag durch den Auftraggeber nicht abgeschlossen werden.⁹⁵¹

Im Zuge des Vergabeverfahrens ist durch den Auftraggeber eine **Niederschrift** des Verfahrens über die Vergabe des Auftrags zu verfassen, die zumindest folgendes enthält: Beschreibung des Leistungsgegenstandes, Information über das Verfahren zu Vergabe des Auftrags, Information über Auftragnehmer, Preis und andere wesentliche Angebotsbestandteile, Hinweis auf das gewählte Angebot.⁹⁵² Die Niederschrift samt Anlagen (darunter Angebote, Erklärungen) ist öffentlich⁹⁵³ und ist vier Jahre ab Beendigung des Vergabeverfahrens derart zu verwahren, dass jegliche Eingriffe in ihren Inhalt ausgeschlossen sind.⁹⁵⁴

4.6.2.3. Prüfung und Wertung von Angeboten

Während der Prüfung und Wertung der Angebote können die Auftragnehmer vom Auftraggeber zu den auf den Inhalt der Angebote bezogenen Aufklärungen aufgefordert werden. Über das eingereichte Angebot darf zwischen dem Auftraggeber und dem jeweiligen

⁹⁴⁸ Art. 86 Abs. 1 und 2 PZP

⁹⁴⁹ *Dzierżanowski in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz* (2007), S.316.

⁹⁵⁰ KIO 18.3.2008, KIO/UZP 197/98, LEX Nr. 396165.

⁹⁵¹ Art. 182 Abs. 1 PZP

⁹⁵² Art. 96 Abs. 1 PZP

⁹⁵³ Art. 96 Abs. 3 PZP

⁹⁵⁴ Art. 97 Abs. 1 PZP

Auftragnehmer nicht verhandelt werden⁹⁵⁵. Überdies darf der Angebotsinhalt nicht geändert werden. Während der Prüfung der Angebote im Rahmen des wettbewerblichen Dialogs, kann der Auftraggeber den Auftragnehmern auffordern, seine Angebote zu präzisieren und zu vervollständigen sowie die zusätzlichen Informationen vorzulegen. Die wesentlichen Änderungen des Inhalts der Angebote sowie die Änderungen in Bezug auf die in SIWZ enthaltenen Anforderungen sind unzulässig. Offensichtliche Schreibfehler und Rechenfehler im Angebot sowie andere Fehler, die in Unstimmigkeiten zwischen dem Angebot und der SIWZ bestehen und keine wesentliche Änderung des Angebotes hervorrufen, werden durch den Auftraggeber korrigiert, worüber der Auftragnehmer, dessen Angebot korrigiert wurde, unverzüglich zu unterrichten ist.⁹⁵⁶

Die Auswahl des günstigsten Angebotes erfolgt durch den Auftraggeber aufgrund der in der SIWZ bestimmten Zuschlagskriterien. Zuschlagskriterien sind der Preis oder der Preis samt anderen auftragsbezogenen Kriterien, insbesondere Qualität, Funktionalität, technische Merkmale, Verwendung der besten verfügbaren umweltbezogenen Technologien, Instandhaltungskosten, Wartung sowie die Frist für die Ausführung des Auftrags.⁹⁵⁷

Die Zuschlagskriterien dürfen nicht auf die Eigenschaften des Auftragnehmers, insbesondere auf seine wirtschaftliche, technische oder finanzielle Bonität bezogen werden. Sollte die Wahl des günstigsten Angebotes aus dem Grunde nicht möglich sein, dass zwei oder mehrere Angebote das gleiche Ergebnis der Preise und anderer Zuschlagskriterien darstellen, so wird von diesen Angeboten durch den Auftraggeber das Angebot mit dem niedrigsten Preis gewählt. Sollte in einem Vergabeverfahren, in dem das einzige Zuschlagskriterium der Preis ist, kein Angebot aus dem Grunde gewählt werden, weil die eingereichten Angebote die gleichen Preise aufweisen, so werden die Auftragnehmer dieser Angebote durch den Auftraggeber aufgefordert, innerhalb einer von ihm festgesetzten Frist, zusätzliche Angebote abzugeben. Die Auftragnehmer können beim Einreichen der zusätzlichen Angebote keine höheren als die bereits in den abgegebenen Angeboten genannten Preise anbieten.⁹⁵⁸

⁹⁵⁵ Im Falle der Verhandlungen und des wettbewerblichen Dialogs betrifft dies das letzte und verbindliche Angebot.

⁹⁵⁶ Art. 87 PZP

⁹⁵⁷ Im Verfahren der Preisnachfrage ist der Auftrag an den Auftragnehmer, der den niedrigsten Preis anbietet (Art. 72 Abs. 2) zu vergeben.

⁹⁵⁸ Art. 91 PZP

4.6.2.4. Ausscheiden von Angeboten

Der Auftraggeber hat das Angebot auszuschneiden, wenn:

- 1) es dem Gesetz widerspricht;
- 2) es dem Inhalt der SIWZ nicht entspricht,
- 3) dessen Abgabe eine Handlung des unlauteren Wettbewerbs im Sinne des Gesetzes über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs bildet;
- 4) im Verhältnis zu dem Auftragsgegenstand einen **ungewöhnlich niedrigen Preis aufweist**;
- 5) es durch einen Auftragnehmer eingereicht wurde, der aus dem Vergabeverfahren ausgeschlossen oder zum Einreichen des Angebotes nicht eingeladen worden ist;
- 6) es Fehler in der Berechnung des Preises aufweist;
- 7) der Auftragnehmer binnen drei Tagen ab dem Tag des Zugangs der Mitteilung die Behebung der Fehler, die in Unstimmigkeiten zwischen dem Angebot und der SIWZ bestehen und keine wesentliche Änderung des Angebotes hervorrufen, nicht genehmigt hat;
- 8) es aufgrund anderer Vorschriften nichtig ist.⁹⁵⁹

Um festzustellen, ob das Angebot einen ungewöhnlich niedrigen Preis aufweist, hat der Auftraggeber zu verlangen, dass der Auftragnehmer binnen einer bestimmten Frist eine entsprechende Aufklärung in Bezug auf diese Teile des Angebots, die einen Einfluss auf den Preis haben, gibt. Der Auftraggeber hat die Erläuterungen in Bezug auf die objektiven Merkmale, insbesondere auf die Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens des Auftrags, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Auftragnehmer bei der Erbringung der Leistung verfügt, Originalität des Vorhabens des Auftragnehmers sowie den Einfluss der aufgrund anderer Vorschriften gewährten öffentlichen Beihilfen bei der Prüfung, entsprechend zu berücksichtigen. Der Auftraggeber scheidet das Angebot desjenigen Auftragnehmers aus, der es unterlassen hat, die verlangte Aufklärung zu geben oder, wenn es sich aufgrund der Prüfung der Erläuterungen und der gelieferten Beweise erweist, dass das Angebot einen ungewöhnlich niedrigen Preis im Verhältnis zu dem Leistungsgegenstand aufweist.⁹⁶⁰

⁹⁵⁹ Art. 89 PZP

⁹⁶⁰ Art. 90 PZP

4.6.2.5. Auswahl des besten Angebotes

Unverzüglich **nach der Auswahl des Angebotes** benachrichtigt der Auftraggeber die Auftragnehmer, die die Angebote abgegeben haben von:

- 1) der Auswahl des besten Angebotes und gibt den Namen (Firma), Sitz und Anschrift des Auftragnehmers an, dessen Angebot gewählt wurde sowie die Begründung der Angebotsauswahl, schließlich gibt der Auftraggeber die Namen (Firmen) der Auftragnehmer an, die die Angebote abgegeben haben samt Kurzfassung der Bewertungen und Vergleiche der abgegebenen Angebote;
- 2) dem Auftragnehmer, deren Angebote ausgeschieden wurden und gibt die faktische sowie die rechtliche Begründung des Ausscheiden an;
- 3) den Auftragnehmern, die aus dem Verfahren über Auftragsvergabe ausgeschlossen wurden und gibt die faktische und rechtliche Begründung an, wenn das Verfahren in der Art des öffentlichen Verfahrens, der Verhandlungen ohne Bekanntmachung oder Preisnachfrage durchgeführt wurde.

Unverzüglich nach der Auswahl des besten Angebotes hat der Auftraggeber die oben genannten Auskünfte auf seiner Internetseite sowie an einem öffentlichen Ort in seinem Sitz bekannt zu machen.⁹⁶¹ Ferner hat er den Leistungsvertrag über den öffentlichen Auftrag innerhalb einer Frist von mindestens 10 Tagen ab dem Tag, an dem die Auswahl des Angebotes übermittelt wurde zu publizieren. Im USB beträgt diese Frist mindestens 7 Tage.⁹⁶² Falls nur ein Angebot eingereicht wurde, da kann der Auftraggeber den Leistungsvertrag vor dem Ablauf dieser Fristen abschließen.⁹⁶³ Wenn der Leistungsvertrag vor dem Ablauf dieser Fristen abgeschlossen wird, dann ist der Leistungsvertrag nichtig.⁹⁶⁴

4.6.2.6. Nichtigkeitserklärung des Vergabeverfahrens

Mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrags endet das Vergabeverfahren. Wobei darf nicht vergessen werden, dass der Leistungsvertrag während der Zuschlagsfrist zustande kommen sollte. Wenn diese Frist überschreitet wird, dann ist der Auftragnehmer nicht mehr verpflichtet den Vertrag abzuschließen. Seine Zustimmung zu dem Vertragsabschluß kann

⁹⁶¹ Art. 92 PZP

⁹⁶² Art. 94 Abs. 1 PZP

⁹⁶³ Art. 94 Abs. 1a PZP

⁹⁶⁴ Art. 146 Abs. 1 Punkt 7 PZP

jedoch diese Einschränkung aufheben⁹⁶⁵. **Außerdem endet das Verfahren im Falle von seiner Nichtigkeitserklärung.** Der Auftraggeber erklärt das Vergabeverfahren für nichtig, wenn:

- 1) alle eingereichten Angebote ausgeschieden oder alle eingereichten Anträge auf Zulassung zur Teilnahme an dem Vergabeverfahren durch die Auftragnehmer gestellt worden sind, die aus dem Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Punkte 2 und 3 ausgeschlossen wurden;
- 2) im Falle des Vergabeverfahrens der Preisnachfrage weniger als zwei nicht auszuscheidende Angebote eingereicht worden sind;
- 3) im Falle des Vergabeverfahrens der elektronischen Versteigerung weniger als zwei Anträge auf Zulassung zur Teilnahme an der Versteigerung oder kein Angebot eingegangen ist;
- 4) der Preis des günstigsten Angebotes höher als der Betrag ist, den der Auftraggeber für die Finanzierung des Auftrages bestimmen darf;
- 5) in den in Art. 91 Abs. 5 genannten Fällen⁹⁶⁶ zusätzliche Angebote eingereicht wurden, die die gleichen Preise aufweisen;
- 6) sich die Umstände unvorhersehbar derart geändert haben, dass das Vergabeverfahren oder die Ausführung des Auftrags nicht mehr im öffentlichen Interesse liegt;
- 7) das Vergabeverfahren mit einem Fehler behaftet ist, der den Abschluss des Leistungsvertrages über den öffentlichen Auftrag unmöglich macht.⁹⁶⁷

Der Katalog der Voraussetzungen, die die Nichtigkeitserklärung des Vergabeverfahrens bewirken, ist geschlossen. Überdies ist diese Vorschrift zwingendes Recht, was bedeutet, dass das Auftreten mindestens einer der oben genannten Umstände zur Nichtigkeitserklärung führen muss.⁹⁶⁸ Die Erklärung der Ungültigkeit des Vergabeverfahrens ist vor dem Ablauf der Angebotsfrist unter Angabe der rechtlichen und faktischen Gründen gleichzeitig an alle Auftragnehmer, die sich um die Vergabe des öffentlichen Auftrags beworben haben, zu übermitteln. Nach dem Ablauf der Angebotsfrist hat der Auftraggeber

⁹⁶⁵ Dzierżanowski in Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 365.

⁹⁶⁶ In einem Vergabeverfahren, in dem das einzige Zuschlagskriterium der Preis ist, kein Angebot gewählt wurde, weil die eingereichten Angebote die gleichen Preise aufwiesen. Die Auftragnehmer dieser Angebote wurden also durch den Auftraggeber aufgefordert zusätzliche Angebote abzugeben.

⁹⁶⁷ Art. 93 Abs. 1 PZP

⁹⁶⁸ Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 314.

diese Informationen an alle Auftragnehmer die die Angebote abgegeben haben zu übermitteln.⁹⁶⁹

4.6.3. Das europäische Recht

Gemäß der Richtlinie 2004/18/EG erfolgt die Auftragsvergabe aufgrund der in den Art. 53 und 55 festgelegten Kriterien und unter Berücksichtigung des Art. 24.⁹⁷⁰ Laut Art. 53 **wendet der öffentliche Auftraggeber** unbeschadet die für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften **bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an:**

- 1) entweder- wenn der Zuschlag auf das aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt - verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist
- 2) oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises.

Wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erfolgen hat, muss der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen oder – beim wettbewerblichen Dialog – in der Beschreibung angeben, wie er die einzelnen Kriterien gewichtet hat, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Diese Gewichtung kann mittels einer Marge angegeben werden, deren größte Bandbreite angemessen sein muss. Kann nach Ansicht des öffentlichen Auftraggebers die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, so sind die Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung anzugeben.

In diesem Zusammenhang ist hervorzuheben, dass die Zuschlagskriterien ausdrücklich zu bestimmen sind⁹⁷¹ und dabei dem öffentlichen Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit einzuräumen ist⁹⁷². Nach der Rechtsprechung des EuGH müssen die Zuschlagskriterien nicht zwingendermaßen rein wirtschaftlicher Art sein. Denn aus der

⁹⁶⁹ Art. 93 PZP

⁹⁷⁰ Art. 44 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG

⁹⁷¹ Erwägungsgrund 1 der Richtlinie 2004/18/EG

⁹⁷² Hinsichtlich der nicht uneingeschränkten Entscheidungsfreiheit siehe auch EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, *Beentjes*, Rn 26; EuGH 18.10. 2001, Rs 19/00, *SIAC Construction*, Rn 37; EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Rn 61; EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*, Rn 37.

Verwendung des Ausdrucks „zum Beispiel“ geht hervor, dass die Kriterien für die Erteilung des Zuschlags an das wirtschaftlich günstigste Angebot nicht abschließend aufgezählt sind.⁹⁷³ Überdies sind sie so abzufassen, dass bei Anwendung der üblichen Sorgfalt alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie in gleicher Weise auslegen können.⁹⁷⁴ Die öffentlichen Auftraggeber müssen bei der Bewertung der Angebote diese Kriterien objektiv und einheitlich auf alle Bieter anwenden.⁹⁷⁵

Weiter ist zu bemerken, dass laut Erwägungsgrund Nr. 46 die Zuschlagserteilung auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgen sollte, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden. Die Zuschlagskriterien können jedoch im Prinzip auch so gefasst sein, dass sie nur von einer kleinen Zahl von Unternehmen erfüllt werden.⁹⁷⁶ Sofern der Zuschlag dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen ist, sind die Angebote unter dem Gesichtspunkt des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses zu bewerten. Zu diesem Zweck sollten die öffentlichen Auftraggeber die wirtschaftlichen und qualitativen Kriterien festlegen, anhand deren insgesamt das für den öffentlichen Auftraggeber wirtschaftlich günstigste Angebot bestimmt werden kann. Die Festlegung dieser Kriterien hängt insofern vom Auftragsgegenstand ab, als sie es ermöglichen müssen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen.

Schließlich sieht der Erwägungsgrund Nr. 46 vor, dass damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, sollten die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, versetzen die wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien wie auch die Kriterien über die Erfüllung der Umwelterfordernisse den öffentlichen Auftraggeber in die Lage, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit einzugehen. Unter denselben Voraussetzungen kann ein öffentlicher Auftraggeber auch Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen anwenden, die insbesondere den Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen, denen die Nutznießer/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören.

⁹⁷³ EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*; EuGH 19.07.2003, Rs C-315/01 *GAT*.

⁹⁷⁴ EuGH 18.10. 2001, Rs C-19/00, *SIAC Construction*, Rn 41; EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*, Rn 57.

⁹⁷⁵ EuGH 18.10. 2001, Rs C-19/00, *SIAC Construction*

⁹⁷⁶ EuGH 18.10. 2001, Rs C-19/00, *SIAC Construction*

Art. 55 der Richtlinie 2004/18/EG betrifft die **ungewöhnlich niedrigen Angebote**. Dieser Vorschrift zufolge sofern Angebote den Eindruck erwecken, im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig zu sein, muss der öffentliche Auftraggeber vor Ablehnung dieser Angebote schriftlich Aufklärung über die Einzelposten des Angebots verlangen, wo er dies für angezeigt hält. Die betreffenden Erläuterungen können insbesondere Folgendes betreffen:

- 1) die Wirtschaftlichkeit des Bauverfahrens, des Fertigungsverfahrens oder der Erbringung der Dienstleistung,
- 2) die gewählten technischen Lösungen und/oder alle außergewöhnlich günstigen Bedingungen, über die der Bieter bei der Durchführung der Bauleistungen, der Warenlieferung oder der Erbringung der Dienstleistung verfügt,
- 3) die Originalität der Bauleistungen, der Lieferungen oder der Dienstleistungen wie vom Bieter angeboten,
- 4) die Einhaltung der Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen, die am Ort der Leistungserbringung gelten,
- 5) die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter.

Ferner sieht diese Vorschrift vor, dass der öffentliche Auftraggeber - in Rücksprache mit dem Bieter - die betreffende Zusammensetzung prüfen und dabei die gelieferten Nachweise berücksichtigen muss. Auch wenn nach Auffassung des Auftraggebers das Angebot eines Bieters im Verhältnis zu der erbringenden Leistung **offensichtlich** ungewöhnlich ist, ist der Auftraggeber **ohnehin verpflichtet** den Bieter aufzufordern, einen Beleg für sein Preisangebot beizubringen und eine angemessene Frist für zusätzliche Angaben einzuräumen.⁹⁷⁷

Weiter ist hervorzuheben, dass nach Meinung von EuGH in der Richtlinie ein genaues und detailliertes Verfahren zur Überprüfung der Angebote, die ungewöhnlich niedrig erscheinen, vorgesehen wurde, um es den Bietern die besonders niedrige Angebote eingereicht haben, es zu nachzuweisen ermöglichen, dass diese Angebote seriös sind. Auch wenn die Angebote offensichtlich ungewöhnlich niedrig sind, dürfen sie ohne weitere Überprüfung nicht ausgeschieden werden. Denn die Richtlinie gewährleistet den Bietern, dass sie unabhängig davon welcher Schwellenwert für die Auslösung dieses Verfahrens besteht,

⁹⁷⁷ EuGH 10.2.1982, Rs C-76/81 *Transporoute*.

sicher sein können, dass sie nicht von dem ausgeschriebenen Auftrag ausgeschlossen werden, ohne Gelegenheit zu haben, die Seriosität ihrer Angebote darzutun.⁹⁷⁸

Ergänzend ist anzugeben, dass in Fällen *Lombardini*⁹⁷⁹ und *Mantovani*⁹⁸⁰ eine Vorgangsweise bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise vorgeschlagen wurde. Erstens muss der Auftraggeber den Bietern die zweifelhaften Angebote ermitteln, zweitens es den betroffenen Unternehmen ermöglichen, deren Seriosität darzutun, in dem er von ihnen Aufklärung verlangt, wo er dies für angezeigt hält, drittens die Stichhaltigkeit der von ihnen eingereichten Erklärungen beurteilen und viertens über die Zulassung oder die Ablehnung dieser Angebote zu entscheiden.

Schließlich im Bezug auf den Art. 55 der Richtlinie 2004/18/EG ist zu erwähnen, dass einige Anhaltspunkte, die diese Prüfungsdurchführung anbelangen, können noch aus der Rechtsprechung des EuGEI bezüglich des Verfahrens gegen Gemeinschaftsorgane abgeleitet werden.⁹⁸¹ Daraus ergibt sich, dass diejenige, die ein Angebot prüfen oder bewerten müssen zumindest identifiziert werden können⁹⁸². Ferner ist dem Urteil des EuGEI im Falle von *Scan Office Design*⁹⁸³ zu entnehmen, dass den Verdingungsunterlagen widersprechende Angebote auszuschneiden sind und dass eine Verlängerung der Frist zur Angebotsabgabe nach Ablauf dieser Frist nicht mehr möglich ist. Schließlich wurde noch festgestellt, dass der Auftraggeber grundsätzlich bei der Bewertung der Angebote über ein weites Ermessen verfügt.

Im Hinblick auf die Möglichkeit der **Änderung der Angebote und auf die Zulässigkeit der Aufklärungsgespräche** nach dem Ablauf der Angebotsfrist ist zu bemerken, dass die Richtlinie 2004/18/EG diese Problematik nicht unmittelbar betrifft. Die Judikatur des EuGH und des EuGEI behandelt wiederum diese Thematik unter dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter und dem Grundsatz der Transparenz des Vergabeverfahrens. Nach Meinung des Gerichtshofes darf die Berücksichtigung der Änderung des ursprünglichen Bieters, dieser gegenüber seinen Konkurrenten nicht begünstigen, weil dadurch diese Grundsätze verletzt würden.⁹⁸⁴ Ferner geht aus den Urteilen des EuGEI hervor, dass die Aufklärungsgespräche, die nicht zur Änderung und zum Risiko

⁹⁷⁸ EuGH 22.6.1989, Rs C-103/88, *Fratelli Costanzo*.

⁹⁷⁹ EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 *Lombardini*.

⁹⁸⁰ EuGH 27.11.2001, Rs C-286/99, *Mantovani*.

⁹⁸¹ *Gruber/Gruber/Sachs*, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 453.

⁹⁸² EuGEI 6.07.2000, Rs T-139/99, *AICS/Parlament*.

⁹⁸³ EuGEI 28. 11.2002, Rs T-40/01 *Scan Office Desing*.

⁹⁸⁴ EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94, *Kommission/Belgien*.

einer Veränderung des Angebotes führen, keine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes darstellen.⁹⁸⁵

Erwähnenswert ist noch, dass in Art. 41 der Richtlinie 2004/18/EG eine Pflicht vorgesehen wurde, die Gründe für die ablehnenden Entscheidungen des Auftraggebers bekannt zu geben. Gemäß diese Vorschrift teilt der öffentliche Auftraggeber den Bewerbern und Bietern schnellstmöglich, auf Antrag auch schriftlich, seine Entscheidungen über die Zuschlagserteilung mit, einschließlich der Gründe, aus denen beschlossen wurde, auf die Vergabe eines Auftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, zu verzichten und das Verfahren erneut einzuleiten. Auf Verlangen der betroffenen Partei unterrichtet der öffentliche Auftraggeber unverzüglich:

- 1) jeden nicht erfolgreichen Bewerber über die Gründe für die Ablehnung seiner Bewerbung,
- 2) jeden nicht berücksichtigten Bieter über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots; dazu gehört in den Fällen des Art. 23 Abs. 4 und 5 der Richtlinie 2004/18/EG eine Unterrichtung über die Gründe für seine Entscheidung, dass keine Gleichwertigkeit vorliegt oder dass die Bauarbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen nicht den Leistungs- oder Funktionsanforderungen entsprechen,
- 3) jeden Bieter, der ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht hat, über die Merkmale und Vorteile des ausgewählten Angebots sowie über den Namen des Zuschlagsempfängers.

Der Beantwortungszeitraum darf auf keinen Fall eine Frist von 15 Tagen ab Eingang der schriftlichen Anfrage überschreiten. Die öffentlichen Auftraggeber können jedoch beschließen, bestimmte Angaben über die Zuschlagserteilung nicht mitzuteilen, wenn die Offenlegung dieser Angaben den Gesetzesvollzug behindern, dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, die berechtigten geschäftlichen Interessen öffentlicher oder privater Wirtschaftsteilnehmer schädigen oder den lauterer Wettbewerb zwischen ihnen beeinträchtigen würden.

Abschließend ist noch kurz die Problematik der Zulässigkeit des Widerrufs des Vergabeverfahrens im europäischen Recht darzustellen. Aus dem Art. 41 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG geht unmittelbar hervor, dass der Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, verzichten kann und das Verfahren erneut einleiten darf. Der Auftraggeber ist somit nicht verpflichtet, dass Verfahren zu Ende zu

⁹⁸⁵ EuGEI 8.05.1996, T-19/95 *Adia/Interim/Kommission*, EuGEI 26.02.2002, T-169/00 *Esedra/Kommission*.

führen⁹⁸⁶ und den Leistungsvertrag abzuschließen⁹⁸⁷ sowie dem einzigen Bieter, der für geeignet gehalten wurde an dem Verfahren teilzunehmen, den Auftrag zu erteilen⁹⁸⁸. Zuletzt ist festzustellen, dass ein Widerruf auch grundsätzlich zulässig ist, wenn er aufgrund von Fehlern des Auftraggebers verursacht wurde⁹⁸⁹ und auch geboten werden kann, wenn z.B. die Zuschlags-⁹⁹⁰ oder Eignungskriterien in einem Nachprüfungsverfahren für nichtig erklärt werden.

4.6.4. Rechtsvergleich

Nach dem Ablauf der Angebotsfrist beginnt in Polen sowie in Österreich die Zuschlagsfrist. Ab dieser Zeit ist der Auftraggeber an sein Angebot gebunden. Die Dauer der Zuschlagsfrist unterscheidet sich in beiden Ländern. Ferner hängt sie in Polen anders als in Österreich davon ab, ob die Auftragsvergabe in OSB oder in USB erfolgt, weiter vom Auftragswert sowie von der Auftragsart. Weiter ist zu bemerken, dass die Möglichkeit der Verlängerung der Zuschlagsfrist (die Erstreckung der Bindungswirkung des Angebotes) auf unterschiedliche Art und Weise zu beantragen ist. Wichtig ist, dass nur in Polen der Auftragnehmer selbst die Zuschlagsfrist verlängern kann (in Österreich nur auf Ersuchen des Auftraggebers) und dass eine gewisse Höchstgrenze der Verlängerung nicht überschritten werden darf. In Österreich wurde wiederum die Möglichkeit der Entlassung aus der Bindung an das Angebot vorgesehen. Schließlich ist in Bezug auf die Zuschlagsfrist zu erwähnen, dass in beiden Ländern der Fortlauf dieser Frist für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens/des Protestverfahrens gehemmt wird.

Im Hinblick auf die Öffnung der Angebote muss festgestellt werden, dass sie in beiden Ländern unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist zu öffnen sind. Zu diesem Zeitpunkt darf der Inhalt der Angebote nicht bekannt werden. Wobei in Polen anders als in Österreich untersagt das PZP den Auftraggeber nicht das Bekanntgeben der Auskünfte über die Anzahl der abgegebenen Angebote. Ein wichtiger Unterschied zwischen dem PZP und dem BVergG 2006 betrifft die Möglichkeit der Teilnahme an der Öffnung der Angebote. In Polen sind die Angebote öffentlich aufzumachen und alle die eine Information über die Tätigkeit der

⁹⁸⁶ EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure II*; EuGH 16. 10.2003, Rs C-244/02, *Kauppatalo Hansel*; EuGEI 17.12.1998, Rs T-203/96, *Embassy Limousines & Services*.

⁹⁸⁷ EuGEI 17.12.1998, Rs T-203/96, *Embassy Limousines & Service.t*

⁹⁸⁸ EuGH 16.09.1999, Rs C-27/98 *Fracasso und Leischutz*.

⁹⁸⁹ EuGH 16. 10.2003, Rs C-244/02, *Kauppatalo Hansel*

⁹⁹⁰ EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*

Öffnung bekommen haben, können an der Öffnung der Angebote teilnehmen. In Österreich sind nur Bieter und die noch lediglich grundsätzlich Berechtigten, an der Öffnung teilzunehmen. Denn sie dürfen aus triftigen Gründen von der Öffnung der Angebote ausgeschlossen werden. Ferner ist noch zu bemerken, dass in Polen diese Öffnung weniger formalisiert als in Österreich ist. Sie erfolgt durch keine Kommission und es muss keine besondere Niederschrift über diese Tätigkeit angefertigt werden. Schließlich ist im Bezug auf die Öffnung der Angebote hervorzuheben, dass das nicht Vorlesen der bestimmten Angaben das Abschließen des gültigen Leistungsvertrags in beiden Ländern verhindern kann.

Von wesentlicher Bedeutung ist, dass in Fällen des offenen und nicht offenen Verfahrens/der unbeschränkten und beschränkten Ausschreibung über das eingereichte Angebot in beiden Ländern nicht verhandelt werden darf. Im Hinblick auf die Verhandlungen und auf den wettbewerblichen Dialog in Polen betrifft diese Aussage noch das letzte und verbindliche Angebot. In Österreich ist die Wiederaufnahme der Verhandlungen im Verhandlungsverfahren (nicht aber im wettbewerblichen Dialog) nach der Abgabe des endgültigen Angebotes unter bestimmten Voraussetzungen zulässig. Ferner ist zu bemerken, dass in beiden Ländern die Bieter/Auftragnehmer nach Ablauf der Angebotsfrist grundsätzlich nicht berechtigt sind ihre Angebote zu ändern. Nur im Falle von dem wettbewerblichen Dialog lässt der österreichische und polnische Gesetzgeber einige Änderungen unter bestimmten Bedingungen zu. Zuletzt muss noch erläutert werden, dass die Aufklärungen und Aufklärungsgespräche/ Aufklärungen hinsichtlich der eingereichten Angebote in beiden Ländern erlaubt sind. Wobei der Umfang der Informationen, die eingeholt werden dürfen sowie die Voraussetzungen für die Anwendung dieser Institution zum Teil abweichend geregelt sind.

In Bezug auf die Prüfung der Angebote muss hervorgehoben werden, dass im PZP anders als im BVergG 2006 keine besondere Regelung über diese Prüfung zu finden ist. Dem PZP zufolge werden die Angebote anhand der Gründe für ihr Ausscheiden geprüft. In Österreich sind wiederum neben den Vorschriften über die Prüfung der Angebote noch Gründe für das Ausscheiden der Angebote normiert. Ergänzend ist noch zu erwähnen, dass infolgedessen in Polen im Gegensatz zu Österreich keine besondere Niederschrift über die Prüfung zu verfassen ist.

Einige Gründe für das Ausscheiden von Angeboten sind in beiden Ländern ähnlich normiert. Folglich sind in Österreich und in Polen die Angebote auszuschneiden wenn sie durch die Bieter/Auftragnehmer eingereicht wurden, die aus den Vergabeverfahren ausgeschlossen worden sind oder zum Einreichen des Angebotes nicht aufgefordert worden

sind. Überdies scheidet man in beiden Ländern die Angebote aus, die den Ausschreibungsbestimmungen/dem Inhalt der SIWZ nicht entsprechen und die als Handlungen des unlauteren Wettbewerbs zu betrachten sind. Wobei den Katalog dieser Handlungen laut PZP breiter als der österreichische ist, weil er **alle Handlungen** des unlauteren Wettbewerbs umfasst, die das Gesetz über die Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs normiert. Das BVergG 2006 spricht lediglich über Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmen für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende **Abreden** getroffen haben. Schließlich ist anzugeben, dass in beiden Ländern die Angebote auszuschneiden sind, die im Verhältnis zu dem Auftragsgegenstand/Leistungsgegenstand einen ungewöhnlich niedrigen Preis aufweisen.

Einige Gründe, die zur Ausschließung der Angebote führen, finden keine unmittelbare Entsprechung in anderem Gesetz. Sie decken sich zu einem gewissen Grad miteinander, weil das PZP ein umfassendes Kriterium enthält, dass der Auftraggeber das Angebot auszuschneiden hat, wenn es dem Gesetz (PZP) widerspricht. Die Unterschiede ergeben sich meiner Ansicht nach aus der abweichenden oder keiner Regulierung bestimmter Aspekte in anderem Gesetz. Ferner ist zu bemerken, dass der Katalog der Gründe die zur Ausschließung der Angebote gemäß PZP führt, breiter als der österreichische zu sein scheint, weil das PZP zwei Gründe nennt, die eine Menge von weiteren Ursachen des Ausscheidens öffnen: das Ausscheiden der Angebote wenn sie dem PZP widersprechen oder aufgrund anderer Vorschriften nichtig sind. Endlich ist noch anzugeben, dass in Österreich im Gegensatz zu Polen neben den „Muss-Kriterien“ noch „Kann-Kriterien“ für die Ausscheidung der Angebote geregelt sind.

Wie schon oben erwähnt wurde, muss in beiden Ländern geprüft werden, ob ein Angebot einen im Verhältnis zur Leistung/Leistungsgegenstand ungewöhnlich niedrigen Preis aufweist. In diesem Fall müssen die Auftraggeber sowohl in Polen sowie in Österreich Aufklärungen von Bietern/Auftragnehmern verlangen. Die Aufklärungen müssen sich auf die objektiven Merkmale beziehen, die den Preis beeinflussen können. PZP und BVergG 2006 enthalten die beispielhaften Kataloge dieser Umstände, die fast identisch sind und dem Wortlaut des Art. 55 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG entsprechen. Bei der anschließenden Prüfung sind neben den eingegangenen Erläuterungen bzw. die vom Bieter/Auftragnehmer vorgelegten Nachweise zu berücksichtigen.

Von Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag (die Wahl des besten Angebotes) aufgrund der in der Ausschreibung bzw. Beschreibung/ SIWZ bestimmten Zuschlagskriterien/ Bewertungskriterien der Angebote zu erteilen. In beiden

Ländern ist zwischen zwei gleichwertigen und ähnlichen Kriterien zu unterscheiden: 1) der niedrigste Preis des Angebotes und 2) das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot/der Preis und andere Auftragsbezogene Kriterien wie z.B. Qualität, Funktionalität, technische Merkmale. Diese Ähnlichkeiten ergeben sich aus der Umsetzung des Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG. Ergänzend ist noch hinzuzufügen, dass die Eigenschaften des Bieters/Auftragnehmers diese Kriterien nicht ausmachen dürfen. Sowohl in Polen wie in Österreich sind sie in Bezug auf die Erfüllung der Teilnahmebedingungen zu prüfen. Die ungeeigneten Bieter/Auftragnehmer sowie ihre Angebote sollen ausgeschieden und nicht bewertet werden.

In Österreich ist den verbliebenen Bietern und in Polen den Auftragnehmern, die die Angebote eingereicht haben, unverzüglich mitzuteilen, wem der Zuschlag erteilt werden soll/mit wem der Leistungsvertrag abgeschlossen werden soll. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass das BVergG 2006 im Gegensatz zu dem PZP besondere Regelung hinsichtlich Übermittlung der Zuschlagsentscheidung enthält. Bemerkenswert ist noch, dass das PZP anders als das BVergG 2006 neben der Benachrichtigung der Auftragnehmer noch eine Veröffentlichung dieser Entscheidung auf der Internetseite sowie an einem öffentlichen Ort im Sitz des Auftraggebers vorsieht. Folglich sind in Polen die Auskünfte über die Auswahl des besten Angebotes der breiten Öffentlichkeit zugänglich.

Die Stillhaltefrist in Österreich und ihre Entsprechung in Polen beginnt mit der vorschriftsmäßigen Übermittlung der Zuschlagsentscheidung/Entscheidung über die Wahl des besten Angebotes. Die Dauer dieser Frist hängt in beiden Ländern davon ab, ob die Vergabe im OSB oder im USB erfolgt. Wobei in Österreich die Durchführung eines beschleunigten Verfahrens wegen Dringlichkeit und in Polen die Abgabe nur eines Angebot die Verkürzung dieser Fristen bewirken wird. Ferner ist festzustellen, dass gemäß BVergG 2006 die Dauer der Stillhaltefrist im OSB länger als die Dauer der entsprechenden Frist gemäß PZP ist. Im USB sind hingegen die Fristen identisch. Zuletzt ist noch zu bemerken, dass in Österreich die Erteilung des Zuschlags während der Stillhaltefrist ihre absolute Nichtigkeit bewirkt. In Polen ist nicht der Zuschlag sondern ein vor dem Ablauf dieser Frist abgeschlossener Leistungsvertrag als nichtig zu betrachten.

Mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrags endet das Vergabeverfahren. In diesem Zusammenhang ist nicht zu vergessen, dass in beiden Ländern das Vertragsverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Bieter/Auftragnehmer während der Zuschlagsfrist zustande kommen muss. Wenn diese Frist überschreitet wird, entsteht dieses Verhältnis erst mit der Erklärung des Bieters/Auftragnehmers, dass er den Auftrag annimmt.

Überdies endet das Vergabeverfahren im Falle von seiner Nichtigkeitserklärung laut PZP und im Falle seines Widerrufs gemäß BVergG 2006. Beachtlich ist, dass in Österreich vor dem Ablauf der Angebotsfrist nur einige Umstände zum Widerruf des Verfahrens führen. In Polen dürfen theoretisch alle Gründe, die die Nichtigkeitserklärung bewirken, vor und nach dem Ablauf der Angebotsfrist, einberufen werden. Überdies muss hervorgehoben werden, dass das Auftreten mindestens einen von diesen Gründe in Polen zur Aufhebung des Verfahrens führen muss. Das BVergG 2006 sieht wiederum noch die Fälle, die den Widerruf des Verfahrens bewirken können, aber nicht müssen.

Hinsichtlich der Umstände selbst, die den Widerruf/die Nichtigkeit des Verfahrens hervorrufen, ist anzumerken, dass sie wesentlich anders geregelt sind. Lediglich zwei Umstände finden eine Entsprechung in anderem Vergabegesetz. Es handelt sich um den Fall wenn kein Angebot eingelangt ist oder um die Situation wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt.

Abschließend müssen noch die Unterschiede in Bezug auf die Mitteilung und die Wirksamkeit des Widerrufs/ der Nichtigkeit des Vergabeverfahrens erläutert werden. Erstens ist die Widerrufsentscheidung anders als die Nichtigkeitserklärung vor Ablauf der Angebotsfrist in derselben Art bekannt zu machen wie die Ausschreibung. In Polen müssen darüber nur die Auftragnehmer informiert werden, die sich um die Vergabe des Auftrags beworben haben. Zweitens darf der Widerruf bei sonstiger Unwirksamkeit nicht innerhalb bestimmter Stillhaltefrist erklärt werden. In Polen gibt es keine Nichtigkeitsentscheidung vor der Nichtigkeitserklärung und keine Stillhaltefrist. Drittens darf gemäß BVergG 2006 grundsätzlich vor Ablauf der Stillhaltefrist ein neues Vergabeverfahren über den gleichen Auftragsgegenstand nicht erteilt werden. In Polen ist dies hingegen möglich, auch wenn ein Protest bei dem Auftraggeber eingereicht wurde. Denn das PZP verbietet die Einleitung eines neuen Verfahrens über den gleichen Auftragsgegenstand in diesem Fall nicht.

5. Mittel des Rechtsschutzes

5. 1. Rechtsschutz vor dem Bundesvergabeamt in Österreich

Beim Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit wurde ein Bundesvergabeamt (BVA) mit Sitz in Wien eingerichtet. Das BVA übt seine Befugnisse gegenüber Auftraggebern im Sinne des BVergG 2006 aus, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.⁹⁹¹ Das BVA übt die ihm zugewiesenen Zuständigkeiten in erster und letzter Instanz aus.⁹⁹²

In diesem Zusammenhang ist kurz zu bemerken, dass für den Rechtsschutz in Bezug auf die Entscheidungen der Auftraggeber, die in den Vollziehungsbereich der Länder oder der Gemeinden fallen, sind die Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS) und - in Wien sowie in Salzburg - die Vergabekontrollsenate (VKS) zuständig. Die Regeln hinsichtlich der Kompetenzverteilung zwischen dem BVA und der UVS/VKS wurden eingehend im Kapitel 1 erörtert. Die Vorschriften über die Zuständigkeit und das Verfahren vor diesen Vergabekontrolleinrichtungen werden nachstehend nicht geschildert.

5.1.1. Zuständigkeit und Verfahren

Das BVA ist auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.⁹⁹³

Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das BVA zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 und der hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht (weiter als „Vergabevorschriften“) zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig, sowie zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers in Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.⁹⁹⁴

Nach Zuschlagserteilung ist das BVA zuständig:

- 1) im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen die Vergabevorschriften der Zuschlag

⁹⁹¹ Art. 14b Abs. 2 B-VG

⁹⁹² § 292 Abs. 1 BVergG 2006

⁹⁹³ § 312 Abs. 1 BVergG 2006

⁹⁹⁴ § 312 Abs. 2 BVergG 2006

nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

- 2) auf Antrag des Auftraggebers oder des Zuschlagsempfängers im oben erwähnten Verfahren zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;
- 3) im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob bei Direktvergaben und bei Vergabeverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung die Wahl des Vergabeverfahrens nicht zu Recht erfolgte, oder eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen der Vergabevorschriften offenkundig unzulässig war.⁹⁹⁵

Nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens ist das BVA zuständig

- 1) im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob der Widerruf wegen eines Verstoßes gegen die Vergabevorschriften rechtswidrig war, bzw.
- 2) auf Antrag des Auftraggebers im oben erwähnten Verfahren zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.⁹⁹⁶

Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens ist das BVA zur Feststellung zuständig, ob der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um die Verfahrensfortführung, das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder eine Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat.⁹⁹⁷

In Verfahren vor dem BVA sind die §§ 67e, 67f Abs. 1 und 67g AVG sowie § 22 des Mediengesetzes⁹⁹⁸ sinngemäß anzuwenden.⁹⁹⁹

⁹⁹⁵ § 312 Abs. 3 BVergG 2006

⁹⁹⁶ § 312 Abs. 4 BVergG 2006

⁹⁹⁷ § 312 Abs. 5 BVergG 2006

⁹⁹⁸ Bundesgesetz vom 12. Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien (Mediengesetz MedienG), BGBl. Nr. 314/1981 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2009.

⁹⁹⁹ § 317 BVergG 2006

5.1.2. Nachprüfungsverfahren

Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern er ein **Interesse** am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein **Schaden** entstanden ist oder zu entstehen droht.¹⁰⁰⁰ Nach Ansicht des VfGH dürfte die Voraussetzung, dass der Antragsteller sein Interesse am Vertragsabschluss hat, dahin zu interpretiert sein, dass lediglich die Populäransträge ausgeschlossen werden sollten. Also jene Aufträge, die offenkundig ohne subjektiv-vergaberechtlichen Bezug des Antragstellers zu einem Vergabeverfahren gestellt werden. Denn ein Nachprüfungsverfahren soll dem Schutz der subjektiven Interessen dienen, nicht aber der Gewährleistung objektiver Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens.¹⁰⁰¹ Hinsichtlich des Schadensbegriffes ist kurz zu erläutern, dass er jene Nachteile umfasst, die in der Möglichkeit der Beeinträchtigung der Möglichkeiten eines Bieters/Bewerbers an einem Vergabeverfahren teilzunehmen liegen¹⁰⁰².

Gemäß dem §2 Z 16 des BVergG 2006 stellt die Entscheidung jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren dar. Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

- 1) im offenen Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- 2) im nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnehmantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- 3) im nicht offenen Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung bzw. ohne vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige

¹⁰⁰⁰ § 320 BVergG 2006

¹⁰⁰¹ VfGH 10.12.2001, B 405/99, VfSlg 16.391, ZVB 2002, 80 und VfGH 25.2.2002, B 357/00, RPA 2002, 118, zitiert nach R.Madl/Hauck in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht (2005), S. 470.

¹⁰⁰² BVA (verst Senat) 26.4.2004, 12 N-2/04-55, ZVB 2004, 228, zitiert nach R.Madl/Hauck in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht (2005), S. 474.

Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;

- 4) im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- 5) im Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung bzw. ohne vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- 6) beim wettbewerblichen Dialog: die Ausschreibung; die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Teilnahme; die Nichtberücksichtigung einer Lösung in der Dialogphase; den Abschluss der Dialogphase; die Aufforderung zur Angebotsabgabe, das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung;
- 7) bei der Direktvergabe: die Wahl des Vergabeverfahrens.

Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen sind alle übrigen, den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorhergehende Entscheidungen. Diese können nur in dem gegen die ihnen nächst folgende gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag angefochten werden.¹⁰⁰³

Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind

- 1) bei beschleunigten Verfahren wegen Dringlichkeit gemäß §63 BVergG 2006 binnen sieben Tagen,
- 2) bei Verfahren, in denen die Angebotsfristen gemäß §61 und gleichzeitig gemäß §62 BVergG 2006 kumuliert verkürzt wurden, sieben Tage,
- 3) im Falle der Bekämpfung der Widerrufsentscheidung bei den in den §§140 Abs. 4 und 279 Abs. 4 BVergG 2006 genannten Fällen binnen sieben Tagen,

¹⁰⁰³ § 2 Z 16 lit. b BVergG 2006

- 4) im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens im USB gemäß den Bestimmungen des 2. oder des 3. Teiles dieses Bundesgesetzes binnen sieben Tagen,
- 5) im Falle der Durchführung einer Direktvergabe binnen sieben Tagen,
- 6) in allen übrigen Fällen binnen 14 Tagen

ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder hätte erlangen können.¹⁰⁰⁴

Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages sind, sofern die Angebotsfrist oder die Teilnahmefrist weniger als 15 Tage beträgt, spätestens drei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist oder der Teilnahmefrist einzubringen. In allen übrigen Fällen sind diese Anträge spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist oder der Teilnahmefrist einzureichen.¹⁰⁰⁵

In Bezug auf die Fristen für die Beantragung des Nachprüfungsverfahrens ist abschließend zu erwähnen, dass die nach Ablauf dieser Fristen eingereichten Anträge als unzulässig zu verwerfen sind.¹⁰⁰⁶

Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem BVA sind jedenfalls der Auftraggeber¹⁰⁰⁷ und der oder die Antragsteller¹⁰⁰⁸. Parteien des Nachprüfungsverfahrens sind ferner jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner). Wobei der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter seine Parteistellung verliert, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Zustellung der persönlichen Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens erhebt.¹⁰⁰⁹ Andere Antragsgegner verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zwei Wochen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung erheben werden. Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁴ § 321 Abs. 1 BVergG 2006

¹⁰⁰⁵ § 321 Abs. 3 BVergG 2006

¹⁰⁰⁶ § 322 Abs. 2 BVergG 2006

¹⁰⁰⁷ § 324 Abs. 1 BVergG 2006

¹⁰⁰⁸ § 324 Abs. 4 BVergG 2006

¹⁰⁰⁹ § 324 Abs. 2 BVergG 2006

¹⁰¹⁰ § 324 Abs. 3 BVergG 2006

Das BVA hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm geltend gemachten Recht verletzt, und die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.¹⁰¹¹ Gemäß dem BVA kann die Nichtigkeitserklärung der Entscheidung des Auftraggebers auch dann bewirkt werden, wenn bei der ordnungsgemäßen Handlung des Auftraggebers ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens denkbar **wäre.**¹⁰¹²

5.1.3. Einstweilige Verfügungen

Dem Antrag auf Nachprüfung kommt keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Vergabeverfahren zu.¹⁰¹³ Um die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern muss ein Unternehmer - dem die Antragsvoraussetzungen für das Nachprüfungsverfahren offensichtlich nicht fehlen - bei dem BVA einen Antrag auf die Erlassung der einstweiligen Verfügung stellen. Anhand einstweiliger Verfügung werden unverzüglich vorläufige Maßnahmen angeordnet, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.¹⁰¹⁴ Wenn noch kein Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeit gestellt wurde, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur zulässig, wenn er vor Ablauf der Frist für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit eingebracht wird.¹⁰¹⁵

Wird ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zwar rechtzeitig gestellt, in weiterer Folge aber bis zum Ablauf dieser Frist kein zulässiger Nachprüfungsantrag zur Bekämpfung der im Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung bezeichneten Rechtswidrigkeit gestellt oder ein bereits gestellter Nachprüfungsantrag nach Ablauf der Antragsfrist wieder zurückgezogen, ist das Verfahren zur Erlassung der einstweiligen Verfügung formlos einzustellen. Eine allenfalls erlassene einstweilige Verfügung tritt in

¹⁰¹¹ § 325 BVergG 2006

¹⁰¹² BVA 10.12.2008, N/0138-BVA/08/2008-5; BVA 17.03.2009, N/0078-BVA/08/2008-347, RIS.

¹⁰¹³ § 320 BVergG 2006

¹⁰¹⁴ §328 Abs. 1 BVergG 2006

¹⁰¹⁵ §328 Abs. 3 BVergG 2006

diesem Fall mit Ablauf der Frist für die Geltendmachung der betreffenden Rechtswidrigkeit bzw. mit dem Zeitpunkt der Zurückziehung des Nachprüfungsantrages außer Kraft.

Anträgen auf einstweilige Verfügung, die die Untersagung der Erteilung des Zuschlages, die die Untersagung der Erklärung des Widerrufs oder die Unterlassung der Angebotsöffnung begehren, kommt ab Zugang der Verständigung vom Einlangen des Antrages bis zur Entscheidung über den Antrag, eine aufschiebende Wirkung zu. Der Auftraggeber darf bis zur Entscheidung über den Antrag bei sonstiger Nichtigkeit den Zuschlag nicht erteilen, bzw. bei sonstiger Unwirksamkeit das Vergabeverfahren nicht widerrufen, bzw. die Angebote nicht öffnen.¹⁰¹⁶

Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Bundesvergabeamt die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf ihre Erlassung abzuweisen. Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des BVA über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Ferner muss in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, bestimmt werden. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des BVA über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Überdies ist zu erwähnen, dass sie das BVA unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufheben muss, sobald die zu ihrer Erlassung führenden Voraussetzungen, weggefallen sind bzw. sie zu erstrecken hat, wenn die zu ihrer Erlassung führenden Voraussetzungen, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar.¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁶ § 328 BVergG 2006

¹⁰¹⁷ § 329 BVergG 2006

5.1.4. Feststellungsverfahren

Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages hatte, kann - sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist - die Feststellung beantragen, dass

- 1) die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften rechtswidrig war, oder
- 2) wegen eines Verstoßes gegen Vergabevorschriften der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder
- 3) die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen einem Verstoß gegen Vergabevorschriften rechtswidrig war, oder
- 4) eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 offenkundig unzulässig war.¹⁰¹⁸

Ein Antrag auf Feststellung ist jedenfalls unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können.¹⁰¹⁹

Das Recht auf Feststellung der Rechtswidrigkeit des Zuschlages, des Widerrufs oder der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens erlischt, wenn der Antrag nicht binnen 6 Wochen ab dem Zeitpunkt gestellt wird, in dem der Antragsteller vom Zuschlag, vom Widerruf bzw. von der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von 6 Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen wurde.¹⁰²⁰ Das Recht auf Feststellung, dass eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 offenkundig unzulässig war, erlischt, wenn der Antrag nicht binnen einer Frist von 30 Tagen erfolgt, ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der rechtswidrigen Zuschlagserteilung, oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hiervon Kenntnis hätte haben

¹⁰¹⁸ § 331 Abs. 1 BVergG 2006

¹⁰¹⁹ § 332 Abs. 5 BVergG 2006

¹⁰²⁰ § 332 Abs. 2 BVergG 2006

können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt wurde.¹⁰²¹

Ein Bieter, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages hatte und dem durch das Vorgehen des Auftraggebers ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, kann die Feststellung beantragen, dass der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens, ein Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat.¹⁰²²

Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen, ist das Verfahren vor dem BVA auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Dies gilt auch, wenn ein Bescheid des BVA über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung einer Auftraggeberentscheidung vom VfGH oder durch den VwGH aufgehoben wurde und vor der Entscheidung des VfGH oder des VwGH der Zuschlag erteilt oder das Vergabeverfahren widerrufen worden ist.¹⁰²³

Die Parteien eines Feststellungsverfahrens nach Zuschlagserteilung und nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens sind der Antragsteller, der Auftraggeber und ein allfälliger Zuschlagsempfänger. Die Parteien eines Feststellungsverfahrens bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens sind der Antragsteller, der Auftraggeber und alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter.

Das BVA hat eine Feststellung, die nach dem Zuschlagserteilung und nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens gemäß BVergG 2006 zulässig ist, nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.¹⁰²⁴

¹⁰²¹ § 332 Abs. 3 BVergG 2006

¹⁰²² § 331 Abs. 2 BVergG 2006

¹⁰²³ § 331 Abs. 4 BVergG 2006

¹⁰²⁴ § 334 BVergG 2006

5.2. Rechtsschutz vor dem Präsidenten des Vergabeamtes und der Landesberufungskammer in Polen

In Polen ist für die Angelegenheiten der öffentlichen Auftragsvergabe der Präsident des Vergabeamtes zuständig. Das Vergabeamt sichert die Betreuung des Präsidenten des Vergabeamtes.¹⁰²⁵ Überdies, wurde im Dezember 2007 beim Präsidenten des Vergabeamtes gemäß Art. 172 PZP eine Landesberufungskammer eingerichtet¹⁰²⁶, die für die Berufungen gegen Entscheidungen über den Protest zuständig ist. Der Landesberufungskammer ist die Institution der Schiedsrichter (*Zespół Arbitrów*) vorangegangen.

5.2.1. Kontrolle über die Auftragsvergabe

Der Präsident des Vergabeamtes führt die Kontrolle über die Auftragsvergabe durch. Ziel des Kontrollverfahrens ist die Vereinbarkeit des Vergabeverfahrens mit den Vorschriften des Gesetzes zu prüfen. Der Einleitung der Kontrolle kann das Aufklärungsverfahren vorangehen. Das Ziel des Aufklärungsverfahrens ist die Feststellung, ob im Vergabeverfahren zu einem Verstoß gegen das Gesetz kam, der ein Einfluss auf das Verfahrensergebnis haben könnte.¹⁰²⁷

Präsident des Vergabeamtes kann vom Amt oder auf Antrag **die Schnellkontrolle** durchführen. Sie wird dann eingeleitet, wenn eine begründete Vermutung besteht, dass im Verfahren über die Auftragsvergabe zum Verstoß gegen Gesetzschriften kam, der einen Einfluss auf das Verfahrensergebnis haben könnte. Die Einleitung der Schnellkontrolle ist innerhalb von 4 Jahren ab der Beendigung des Vergabeverfahrens zu erfolgen.¹⁰²⁸

Der Präsident des Vergabeamtes hat ein Kontrollverfahren in Bezug auf die zu vergebenden Aufträge noch vor dem Abschluss des Leistungsvertrages durchzuführen (**Vorkontrolle**), wenn die Aufträge oder die Rahmenvereinbarungen durch Mittel der Europäischen Union kofinanziert sind und wenn der Wert des Auftrags oder der Rahmenvereinbarung:

- 1) bei Bauleistungen den in Złoty ausgedrückten Gegenwert des Betrages von 20 000 000 Euro übersteigt;

¹⁰²⁵ Art. 152 PZP

¹⁰²⁶ <http://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/powolanie-krajowej-izby-odwo142awczej/>

¹⁰²⁷ Art. 161 PZP

¹⁰²⁸ Art. 165 PZP

- 2) bei Liefer- und Dienstleistungen den in Złoty ausgedrückten Gegenwert des Betrages von 10 000 000 Euro übersteigt.¹⁰²⁹

Durch die Einleitung der Vorkontrolle wird der Lauf der Zuschlagsfrist bis zur Beendigung der Vorkontrolle ausgesetzt.¹⁰³⁰ Die Vorkontrolle endet im Zeitpunkt der Zustellung einer Information über das Ergebnis der Vorkontrolle an den Auftraggeber. Diese Information muss unter anderem eine Auskunft über Bestehen oder Nichtbestehen von Gesetzesverstößen sowie die Kontrollempfehlungen wenn im Rahmen der Kontrolle festgestellt wurde, dass die Nichtigkeitserklärung des Verfahrens und/oder die Beseitigung des Verstoßes begründet ist, enthalten.¹⁰³¹ Zur Zeit der Zustellung der Information darf den Leistungsvertrag nicht abgeschlossen werden.¹⁰³² Auf Antrag des Präsidenten des Vergabeamtes hat der Leiter des Auftraggebers schriftlich über die Ausführung der Kontrollempfehlungen zu informieren.¹⁰³³

Abschließend ist noch anzugeben, dass wenn die Verstöße gegen PZP festgestellt werden, kann der Präsident des Vergabeamtes:

- 1) den zuständigen Sprecher für Disziplin bei den öffentlichen Finanzen über die Disziplinverletzung bei den öffentlichen Finanzen benachrichtigen oder den Antrag auf Bestrafung wegen der Verletzung der Disziplin bei den öffentlichen Finanzen einreichen;
- 2) das in Teil VII des PZP genannte Bußgeld auferlegen;
- 3) eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des ganzen oder eines Teils des Leistungsvertrags bei Gericht einbringen.¹⁰³⁴

5.2.2. Protest

Gegen den Inhalt der Bekanntmachung über die Auftragsvergabe, gegen die SIWZ sowie gegen die durch den Auftraggeber im Zuge des Verfahrens vorgenommenen Handlungen und gegen Unterlassung einer Handlung durch den Auftraggeber, zu deren Vornahme er nach dem PZP verpflichtet ist, kann ein Protest bei dem Auftraggeber eingereicht werden.¹⁰³⁵ Im OSB ist der Protest binnen 10 Tagen (im USB binnen 7 Tagen) ab

¹⁰²⁹ Art. 169 PZP

¹⁰³⁰ Art. 170 Abs. 4 PZP

¹⁰³¹ Art. 171 Abs. 1 PZP

¹⁰³² Art. 171 Abs. 4 PZP

¹⁰³³ Art. 171 Abs. 5 PZP

¹⁰³⁴ Art. 168 PZP

¹⁰³⁵ Art. 180 Abs. 1 PZP

dem Tag, an dem von Umständen Kenntnis genommen wurde oder bei Einhaltung der nötigen Sorgfalt genommen werden konnte, die die Einlegung des Protests begründen, zu erheben. Der Protest gilt als in dem Zeitpunkt eingelegt, in dem der Protest dem Auftraggeber in einer Weise zugegangen ist, die es ihm ermöglicht, von seinem Inhalt Kenntnis zu nehmen.¹⁰³⁶

Der den Inhalt der Bekanntmachung betreffende Protest oder im Falle von der unbeschränkten Ausschreibung die SIWZ betreffende, ist im USB nicht später als 7 Tage ab dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung im Bulletin der öffentlichen Auftragsvergabe oder der Veröffentlichung der SIWZ auf der Internetseite einzulegen. Im OSB beträgt diese Frist 14 Tage und beginnt mit dem Tag der Veröffentlichung der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union oder der Veröffentlichung der SIWZ auf der Internetseite. Der die SIWZ betreffende Protest ist in anderen Verfahrensarten im USB binnen 7 Tagen ab dem Tag der Zustellung der SIWZ aber nicht später als 3 Tage vor dem Ablauf der Angebotsfrist einzulegen. Im OSB beträgt diese Frist 10 Tage und beginnt mit dem Tag der Zustellung der SIWZ.¹⁰³⁷

Die Einlegung des Protests ist nur bis zum Abschluss des Leistungsvertrages zulässig. Der Auftraggeber hat den Protest, der nach Ablauf der Frist oder durch eine unberechtigte Person eingelegt worden ist oder gemäß Art. 181 Abs. 6 PZP unzulässig ist, zu verwerfen. Der Protest soll die angefochtene Handlung oder die Unterlassung des Auftraggebers bezeichnen sowie das Protestbegehren enthalten. Außerdem soll er eine knappe Darstellung der Einwendungen sowie die faktischen und rechtlichen Gründe, auf die sich der Protest stützt, enthalten.¹⁰³⁸

Wird der Protest nach Ablauf der Angebotsfrist eingelegt, wird der Lauf der Zuschlagsfrist bis zur endgültigen Entscheidung über den Protest ausgesetzt. Bis zur endgültigen Entscheidung über den Protest darf der Leistungsvertrag durch den Auftraggeber nicht abgeschlossen werden.¹⁰³⁹ Der Protest gilt als endgültig entschieden:

- 1) wenn keine Berufung zusteht - gleichzeitig mit der Entscheidung des Auftraggebers über den Protest oder dem Ablauf der Frist zum Entscheidungsfassen;
- 2) wenn keine Berufung eingelegt wird, nach Ablauf der Frist zur Berufungseinlegung;

¹⁰³⁶ Art. 180 Abs. 2 PZP

¹⁰³⁷ Art. 180 Abs. 4 PZP

¹⁰³⁸ Art. 180 Abs. 6 bis 8 PZP

¹⁰³⁹ Art. 182 Abs. 1 PZP

- 3) wenn eine Berufung eingelegt wird - am Tag des Erlasses des Beschlusses, der das Verfahren vor der Landesberufungskammer beendet oder des Urteils der Kammer.¹⁰⁴⁰

Auf Antrag des Auftraggebers kann die Landesberufungskammer das Verbot des Abschlusses des Leistungsvertrags vor der endgültigen Entscheidung durch einen Protest aufheben. Die Kammer darf dies nur dann genehmigen, wenn Fehlen von Leistungsvertrags sich negativ auf das öffentliche Interesse auswirken könnte und somit die gesellschaftlichen Kosten des nicht zustande kommenden Leistungsvertrags höher sein könnten als die Vorteile in Bezug auf den Schutz anderer Interesse, die dabei den Abbruch erleiden können. Die Entscheidung der Kammer ist in diesem Fall endgültig und nicht verklagbar.¹⁰⁴¹

Der Auftraggeber hat gemäß Art. 183 PZP die Entscheidung über den Protest binnen bestimmter Fristen zu treffen. Wird der Protest binnen dieser Fristen nicht entschieden, so gilt er als zurückgewiesen. Wird den allen Forderungen des Protests stattgegeben, muss der Auftraggeber unverzüglich die angefochtene Handlung wiederholen bzw. die Handlung vornehmen, die er gesetzeswidrig unterlassen hat. Wenn mindestens einer Forderung des Protests nicht stattgegeben wird, wiederholt der Auftraggeber die angefochtene Handlung bzw. nimmt die Handlung vor, die er nach der endgültigen Entscheidung über den Protest gesetzeswidrig unterlassen hat.

Der Protest sowie die anderen Rechtsmittel stehen den Auftragnehmern wie auch anderen Personen zu, sofern infolge von Verstößen des Auftraggebers gegen die Vorschriften des PZP¹⁰⁴² in ihrer Rechtsinteresse an der Auftragsvergabe ein Nachteil (*uszczerbek*) entstanden ist oder entstehen könnte. Vor Ablauf der Angebotsfrist stehen bei Verstößen des Auftraggebers gegen PZP- Vorschriften die Rechtsmittel auch den die Auftragnehmern vereinigenden Organisationen zu, die in die beim Präsidenten des Vergabeamtes geführte Liste der zur Einlegung von Rechtsmitteln berechtigten Organisationen eingetragen sind.¹⁰⁴³ Nach Angaben von *Pieróg* weisen die Erfahrungen in der Anwendung des PZP darauf hin, dass die Auftragnehmer sehr selten den Protest bei dem Auftraggeber vor dem Ablauf der Frist für die Angebotsabgabe einlegen. Sie befürchten, dass dies sich auf die Angebotsbewertung negativ auswirken könnte. Deswegen dürfen diese

¹⁰⁴⁰ Art. 182 Abs. 2 PZP

¹⁰⁴¹ Art. 182 Abs. 3 und 4 PZP

¹⁰⁴² KIO 9.04.2008, KIO/UZP 268/08 LEX Nr. 395897.

¹⁰⁴³ Art. 179 Abs. 1 PZP.

Organisationen das Beanstanden rechtswidriger Handlungen der Auftraggeber ohne Beteiligung interessierter Unternehmer vor Ablauf der Angebotsfrist übernehmen¹⁰⁴⁴.

Überdies ist zu bemerken, dass der Wortlaut „wie auch anderen Personen“ sich auf jene Einheiten bezieht, die berechtigt sind an dem Vergabeverfahren teilzunehmen, die aber ohne Grund durch den Auftraggeber in ihrem Recht eingeschränkt wurden und denen der Zugang zu dem Vergabeverfahren oder zu einer nachfolgenden Phase des Verfahrens nicht gestattet wurde. Dies ist auf den dynamischen „Auftragnehmerbegriff“ zurückzuführen, was näher unter Punkt 4.1.2. erklärt wurde. Dies bedeutet, dass um den Auftraggeberstatus zu behalten, müssen die sich um den Auftrag bewerbende Einheiten stets zu den darauffolgenden Phasen des Verfahrens gelangen.

Ferner ist zu erwähnen, dass die Beifügung des Wortes „**Rechts**“ zu dem Begriff „Interesse“ bedeutet, dass die Grundlage des Interesses an der Auftragsvergabe stets eine Rechtsnorm ausmachen muss.¹⁰⁴⁵ Nach Angaben von *Łysakowski* vertraten die Landesgerichte in ihrer bisherigen Rechtsprechung die Ansicht, dass das Rechtsinteresse des Antragstellers dann vorliegt, wenn **im fraglichen** Vergabeverfahren die Möglichkeit, dass sein Angebot als das beste erklärt wird, verloren wurde.¹⁰⁴⁶ Diese Aussage gilt auch für die Landesberufungskammer¹⁰⁴⁷, die in ihrer Spruchpraxis noch mehrmals feststellte, dass das Rechtsinteresse nicht den zukünftigen Auftrag betreffen darf.¹⁰⁴⁸ Ergänzend ist noch hinzuzufügen, dass die Landesberufungskammer zwischen dem Rechtsinteresse *sensu stricto* und dem *sensu largo* unterscheidet. In dem ersten Fall handelt es sich um die Möglichkeit, dass das Angebot eines Auftragnehmers als das beste Angebot betrachtet wird. In dem zweiten geht es um die Gewährleistung, dass das Vergabeverfahren den PZP-Vorschriften entspricht und dadurch der Leistungsvertrag rechtmäßig abgeschlossen wird.¹⁰⁴⁹

Abschließend ist noch kurz hervorzuheben, dass sich der Begriff des Nachteils auf die Möglichkeit den Auftrag zu bekommen bezieht, und nicht auf irgendeines Rechtsinteresse des Auftragnehmers im Vergabeverfahren.¹⁰⁵⁰

¹⁰⁴⁴ *Pieróg*, Prawo zamówień publicznych, Komentarz (2007) S. 484.

¹⁰⁴⁵ *Jerzykowski* in *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski*, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 650.

¹⁰⁴⁶ *Łysakowski* in *Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Łysakowski*, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2007), S. 504. Der Autor gibt jedoch gleichzeitig zu, dass diese Rechtsprechung nicht Vollständig der Rechtsprechung des EuGH entspricht und korrigiert werden sollte.

¹⁰⁴⁷ KIO 5.05.2008, KIO/UZP 372/08, LEX Nr. 428559; KIO 23.04.2008, KIO/UZP 329/08, LEX Nr. 408931; KIO 18.03.2008, KIO/UZP 197/08, LEX Nr. 393501.

¹⁰⁴⁸ KIO 5.05.2008, KIO/UZP 372/08, LEX Nr. 428559; KIO 10.01.2008, KIO/UZP 46/07, LEX Nr. 393501; KIO 2.04.2008, KIO/UZP 242/08, LEX Nr. 395951.

¹⁰⁴⁹ KIO 16.04.2008, KIO/UZP 296/08, KIO/UZP 303/08, LEX Nr. 409587.

¹⁰⁵⁰ *Jerzykowski* in *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski*, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 649.

Die an dem Vergabeverfahren beteiligten Auftragnehmer, die das Rechtsinteresse daran haben, dass der Protest zugunsten einer der Parteien entschieden wird, werden Teilnehmer des Protestsverfahrens, wenn sie das Protestverfahren binnen 3 Tagen ab dem Empfang der Kopie zum Protest beitreten.¹⁰⁵¹ Im Falle von Protest gegen die SIWZ oder gegen den Inhalt der Bekanntmachung, sind die Fristen für das Betreten des Protestverfahrens im Art. 180 Abs. 3 PZP bestimmt. Der Auftragnehmer, der den Protest erhoben hat sowie die Auftragnehmer, die Kopien des Protests bekommen haben, können hiernach keinen Gebrauch von den Mitteln des Rechtsschutzes gegen die Handlungen des Auftraggebers machen, die der endgültigen Protestentscheidung des Auftraggebers entsprechen.¹⁰⁵² Überdies können die oben erwähnten Auftragnehmer hiernach keinen Protest einlegen, der auf den gleichen Umständen wie den vorherigen Protest beruht.

5.2.3. Berufung

Die Berufung kann nach der Entscheidung über den Protest geltend gemacht werden.¹⁰⁵³ Auf das Berufungsverfahren finden die Vorschriften des ZVG über das Schiedsgericht entsprechende Anwendung, es sei denn, das PZP bestimmt etwas anderes.¹⁰⁵⁴ Die Berufung ist beim Präsidenten des Vergabeamtes spätestens 5 (im USB) oder 10 Tage (im OSB) nach der Protestentscheidung bzw. nach Ablauf der Entscheidungsfrist einzureichen und wird durch die Landesberufungskammer beim Präsidenten des Vergabeamtes behandelt. Dennoch steht im USB die Berufung nur in Bezug auf bestimmte Protestentscheidungen zu. Es handelt sich um:

- 1) Auswahl der folgenden Verfahrensarten: Verhandlungen ohne vorheriger Bekanntmachung, Direktvergabe oder Verfahren der Preisnachfrage;
- 2) Beschreibung der Art und Weise der Bewertung der Teilnahmebedingungen;
- 3) Ausschließen des Auftragnehmers aus dem Vergabeverfahren;
- 4) Ausscheiden vom Angebot^{1055 1056}.

Jeder Auftragnehmer, der sich dem Protestverfahren angeschlossen hat, kann einem Berufungsverfahren spätestens bis zur Eröffnung Kammersitzung beitreten, indem er auf sein rechtliches Interesse und die beizutretende Partei verweist.¹⁰⁵⁷

¹⁰⁵¹ Art. 181 PZP

¹⁰⁵² Art. 181 PZP

¹⁰⁵³ Art. 184 PZP

¹⁰⁵⁴ Art. 184 Abs. 6 PZP

¹⁰⁵⁵ Siehe näher KIO 21.01.2009, KIO/UZP 39/09, LEX Nr. 485683.

¹⁰⁵⁶ Art. 184 Abs. 1a PZP

Die Landesberufungskammer entscheidet über die Zurückweisung oder die Berücksichtigung der Berufung durch Urteil. In allen übrigen Angelegenheiten erlässt sie einen Beschluss. Die Berufung ist zu berücksichtigen wenn festgestellt wird, dass den Verstoß gegen den Rechtsvorschriften einen wesentlichen Einfluss auf das Ergebnis des Vergabeverfahrens hatte oder haben könnte . Gibt die Kammer der Berufung statt, kann es die Vornahme oder Wiederholung der betreffenden Handlung des Auftraggeber anordnen oder die Handlung für nichtig erklären. Über die im Protest nicht enthaltenden Einwendungen, kann die Kammer nicht entscheiden. Die Kammer kann nicht den Abschluss des Leistungsvertrags anordnen.¹⁰⁵⁸

Die Landesberufungskammer entscheidet in nichtmündlicher Verhandlung über die Verwerfung der Berufung wenn sie feststellt, dass

- 1) die Vorschriften des Gesetzes auf den betreffenden Fall keine Anwendung finden;
- 2) der Berufung kein Protestverfahren vorangegangen war;
- 3) der Protest oder die Berufung durch eine nicht berechtigte Person eingelegt worden ist;
- 4) der Protest oder die Berufung unter Verletzung der gesetzlich vorgeschriebenen Fristen eingelegt worden ist;
- 5) der Berufungsführer die gleichen Gründe anführt, über die die Landesberufungskammer bereits im Zusammenhang mit einer anderen durch demselben Verfahren eingelegte Berufung entschieden hat;
- 6) die Berufung die Handlungen betrifft, die der Auftraggeber gemäß der endgültigen Entscheidung über den Protest aufgenommen hat;
- 7) der Berufungsführer dem Auftraggeber keine Kopie der Berufung übermittelt hat;
- 8) im USB die Berufung andere als im Art.184 Abs. 1a genannte Handlungen betrifft.¹⁰⁵⁹

Die Entscheidungen der Kammer nach der Feststellung ihrer Ausführbarkeit durch die Gerichte über die gleiche Kraft wie die Urteile der Gerichte verfügen.¹⁰⁶⁰ Dies bedeutet aber nicht, dass ihnen vorher die Rechtskräftigkeit entzogen wurde. Die Feststellung der Ausführbarkeit ist in Polen nur für die Vollstreckung eines Urteils erforderlich. Da Art. 193 Abs. PZP *lex specialis* gegenüber dem Art. 1212 ZVG darstellt, ist das Ersuchen der Feststellung seiner Wirksamkeit vor den Zivilgerichten unnötig, was aber in Bezug auf die

¹⁰⁵⁷ Art. 184 Abs. 4 PZP

¹⁰⁵⁸ Art. 191 Abs. 5 PZP

¹⁰⁵⁹ Art. 187 Abs. 4 PZP

¹⁰⁶⁰ Art. 193 Abs. 1 PZP

Urteile der anderen Schiedsgerichten notwendig bleibt. Folglich muss festgestellt werden, dass die Urteile der Landeoberufungskammer wirksam, aber nicht vollstreckbar sind.¹⁰⁶¹

Abschließend ist noch kurz zu erläutern, dass PZP kein Feststellungsverfahren normiert. Dies schließt aber nicht ein Feststellungsverfahren vor den ordentlichen Gerichten aus. Die endgültige Beendigung des Verfahrens, der in Art. 179-198 PZP vorgesehen wurde (Prozessverfahren, Berufungsverfahren, Klageverfahren), ist kein *res judicata* für ein Feststellungsverfahren gemäß Art. 189 der ZVG, das die Nichtigkeitserklärung des Leistungsvertrags bezweckt, der durch einen Verstoß gegen die Vorschriften des PZP abgeschlossen wurde.¹⁰⁶² Denn gemäß dieser Vorschrift kann die Feststellung gefordert werden, dass ein Rechtsverhältnis oder ein Recht besteht oder nicht. Die Parteifähigkeit wird davon abhängig sein, ob eine Person in dieser Feststellung das Rechtsinteresse hat. PZP enthält lediglich in Bezug auf den Präsidenten des Vergabeamtes eine besondere Regelung. Dem Art. 168 PZP zufolge kann er eine Klage auf Feststellung der Nichtigkeit des ganzen oder eines Teils des Leistungsvertrags bei Gericht einbringen, wenn infolge einer Kontrolle über die Auftragsvergabe Verstöße gegen PZP festgestellt wurden. Abschließend ist noch anzumerken, dass die Feststellungsverfahren gemäß Art. 189 ZVG durch keine Frist für die Einbringung der Klage eingeschränkt werden.

5.4. Gerichtliche Kontrolle und Zivilrechtliche Bestimmungen in Österreich

5.4.1. Überprüfung der Entscheidungen der Vergabekontrolleinrichtungen

Gemäß Art. 131 und 132 B-VG ist der VwGH zur Entscheidung über Beschwerden berufen, soweit die Rechtswidrigkeit von Bescheiden der Verwaltungsbehörde (darunter der Vergabekontrollbehörde) oder die Verletzung ihrer Entscheidungspflicht behauptet wird. Außerdem, sieht §341 Abs. 4 BVergG 2006 vor, dass zur Entscheidung über Schadenersatzpflichten des Auftraggebers das zuständige Zivilgericht eine Beschwerde an den VwGH erheben kann. Dies ist nur dann möglich, wenn die Entscheidung des Rechtsstreites von der Frage der Rechtswidrigkeit eines Bescheids einer Vergabekontrollbehörde abhängig ist. Ist der Bescheid nach Meinung des Gerichtes

¹⁰⁶¹ Szostak, Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego –organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, PZP z 2008, Nr 8.

¹⁰⁶² SA w Poznaniu 5.03.2008, I ACa 85/08, LEX nr 446207.

rechtswidrig, hat es das Verfahren zu unterbrechen und beim VwGH die Beschwerde bezüglich der Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheids einzureichen. Die Prüfung vor dem VwGH kann zu einer Aufhebung des Bescheids führen, wenn die Behörde das Gesetz falsch angewendet hat.

Darüber hinaus können die Parteien des Verfahrens vor der Vergabekontrollbehörde einen Bescheid mit Beschwerde auch beim VfGH anfechten.¹⁰⁶³ Dies kann im Rahmen von einer parallelen Beschwerde oder einer sukzessiven Beschwerde an den VfGH erfolgen.¹⁰⁶⁴ Beschwerdeführer kann dieses Verfahren einleiten, wenn er unter anderem behauptet, dass er durch einen Bescheid in einem verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht oder durch ein verfassungswidriges Gesetz in seinen Rechten verletzt wurde.¹⁰⁶⁵

Der Beschwerde gegen den Bescheid einer Vergabekontrollbehörde kommt keine aufschiebende Wirkung zu. (§30 Abs. 1 VwGG¹⁰⁶⁶, §85 Abs. 1 VfGG¹⁰⁶⁷). Der Beschwerdeführer kann jedoch einen Antrag stellen, dass seiner Beschwerde eine aufschiebende Wirkung zuerkannt wird. VwGH ebenfalls wie VfGH hat dann mit Beschluss die aufschiebende Wirkung anzuerkennen, insoweit dem keine zwingenden öffentlichen Interessen entgegenstehen und nach Abwägung aller berührten Interessen mit dem Vollzug oder mit der Ausübung der mit Bescheid eingeräumten Berechtigung durch einen Dritten für den Beschwerdeführer ein unverhältnismäßiger Nachteil verbunden wäre (§30 Abs. 2 VwGG und §85 Abs. 2 VfGG).

5.4.2. Schadenersatzansprüche

Im Falle von Verletzung der Bestimmungen des BVergG 2006 oder der auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Verordnungen durch Auftraggeber oder vergebende Stelle gewährleistet das BVergG 2006 den Teilnehmern des Vergabeverfahrens den Anspruch auf Schadenersatz, der vor den Zivilgerichten geltend zu machen ist. Die zivilrechtlichen Bestimmungen finden sich in den §§338 ff BVergG 2006. Die nach anderen Rechtsvorschriften bestehenden Ersatzansprüche bleiben von dem BVergG 2006 unberührt.¹⁰⁶⁸ Sie werden aber weiter nicht erläutert.

¹⁰⁶³ Art. 144 Abs. 1 B-VG

¹⁰⁶⁴ Art 144 Abs. 3 B-VG

¹⁰⁶⁵ *Walter, Mayer, Kucsko- Stadlmayr*, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (2007), S. 555.

¹⁰⁶⁶ Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG, BGBl.Nr. 10/1985, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr.4/2008.

¹⁰⁶⁷ Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 – VfGG, BGBl.Nr. 85/1953, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008.

¹⁰⁶⁸ § 340 BVergG 2006

BVergG 2006 enthält sowohl materiell-rechtliche als auch verfahrensrechtliche Sonderregeln. Die zivilrechtliche Bestimmungen bezüglich der Schadenersatzpflichten des Auftraggebers gelten sowohl im Bereich des Bundes als auch im Länder- und Gemeindenbereich.¹⁰⁶⁹ Darüber hinaus finden diese Vorschriften die Anwendung im OSB sowie in USB.

Gemäß §338 Abs. 1 des BVergG 2006 bei schuldhafter Verletzung der Bestimmungen des BVergG 2006 oder der auf Grund dieses Gesetzes ergangenen Verordnungen durch Auftraggeber hat ein übergangener Bewerber, Bieter oder Bestbieter gegen den Auftraggeber Anspruch auf Ersatz der **Kosten der Angebotsstellung** und der **Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren**. Weiter gehende, jedoch nur alternativ zustehende Schadenersatzansprüche des übergangenen Bestbieters werden nach anderen Rechtsvorschriften davon nicht berührt.

Diese Vorschrift benötigt einige Erläuterungen. Vor allem ist zu beachten, dass nur der Auftraggeber verpflichtet ist einen Schaden gutzumachen. Ferner stellt §338 Abs. 1 des BVergG 2006 Anspruchsgrundlage für einen Teil des Vertrauensschadens dar (die Schaden, die dadurch entstehen, dass jemand sich mit der Gültigkeit eines Rechtsgeschäftes oder der Richtigkeit einer Auskunft rechnet und dementsprechend seine Dispositionen trifft¹⁰⁷⁰). Ersatz dieses Schadens steht den Bietern zu, die eine echte Chance auf die Zuschlagserteilung gehabt hätten (**Beteiligungskostenersatz** als besonders geregelte *culpa in contrahendo* Haftung). Denn das vorvertragliche Schuldverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Bieter (Bewerber) darauf beruht, dass der letztere vertrauen darf, dass er im Vergabeverfahren eine echte Chance auf Zuschlagserteilung hat.¹⁰⁷¹

Gemäß §338 Abs. 1 BVergG 2006 bleibt das allgemeine Schadenersatzrecht Anspruchsgrundlage für den **Nichterfüllungsschaden** („positive Vertragsinteresse“) des übergangenen Bestbieters. Es handelt sich um die Schäden, die beim Gläubiger dadurch entstehen, dass der Schuldner seiner Leistungspflicht überhaupt nicht oder nicht angemessen nachkommt. Darunter ist der unternehmerische Gewinn zu verstehen, der durch die Zuschlagserteilung hätte gezogen werden können, dem der übergangene Bestbieter aber entgeht.¹⁰⁷² Als Bestbieter gilt jener Bieter, der den Zuschlag wegen rechtswidriges Vorgehen des Auftraggebers nicht erhalten hat, aber bei der gesetzmäßigen Vorgehensweise erhalten

¹⁰⁶⁹ Art 10 Abs. 1 Z 6 B-VG

¹⁰⁷⁰ Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 646

¹⁰⁷¹ OGH 28.3.2000, 1 Ob 201/99m=SZ 73/55=JBI 2000, 519=EvBL 2000/166=ecolex 2000, 646.

¹⁰⁷² Madl/Hauck in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2005), S. 647.

hätte („Bestbieter“ oder „Billigstbieter“ je nachdem, ob der Auftraggeber das Bestbieter- oder Billigstbieterprinzip gewählt hat).

Anspruch auf Kostenersatz haben Bewerber, Bieter und der übergangene Bestbieter und auf Ersatz des Erfüllungsinteresses nur der übergangene Bestbieter. Dennoch stehen dem Bestbieter die beiden Ansprüche nur alternativ und nicht kumulativ zu. Er kann also nur einen Anspruch geltend machen.

Eine Schadenersatzklage ist laut dem §341 Abs. 2 BVergG 2006 nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist, dass:

- wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder
- die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung nicht zu Recht erfolgte, oder
- die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens rechtswidrig war,¹⁰⁷³ oder
- eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen des BVergG 2006 offenkundig unzulässig war, oder
- 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.

Ein positiver Feststellungsbescheid ist Prozessvoraussetzung sowohl für die Klage auf Beteiligungskostenersatz sowie Ersatz des Erfüllungsinteresses. Dennoch ist - dem §341 Abs. 3 des BVergG 2006 zufolge - eine Schadenersatzklage ohne einen Feststellungsbescheid zulässig, wenn die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens nicht gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen verstoßen hat, aber vom Auftraggeber schuldhaft verursacht wurde. Grund für diese Ausnahmebestimmung ist, dass die Vergabekontrollbehörden nur Verstöße gegen das BVergG 2006 sowie Verordnungen

¹⁰⁷³ Für die Geltendmachung von Schadenersatz (frustrierte Kosten für die Teilnahme an einem Ausschreibungsverfahren) muss in Falle des rechtmäßigen Widerrufs der Ausschreibung keine Feststellung der Vergabekontrollbehörde vorliegen, OGH 11.6.2008, 7Ob 56/08y, EvBL 2009/05 (*L.Bauer*)=RdW 2009/38, 27.

feststellen. Sie bestimmen jedoch nicht, ob ein Verhalten des Auftraggebers auch aus anderen Gründen schuldhaft war. Diese Entscheidung obliegt somit den Zivilgerichten.

In diesem Zusammenhang ist noch anzugeben, dass die Zivilgerichte sowie die Parteien des Schadenersatzverfahrens nach §341 Abs. 2 BVergG 2006 an den Feststellungsbescheid des BVA gebunden sind, es sei denn, dass die Entscheidung des Rechtsstreites von der Frage der Rechtswidrigkeit eines Bescheides des BVA abhängig ist und das Gericht den Bescheid für rechtswidrig hält. Dann hat es das Verfahren zu unterbrechen und beim VwGH mit Beschwerde gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Bescheides zu begehren.¹⁰⁷⁴

Der Feststellungsantrag ist fristgebunden. Auf der Bundesebene ist er laut dem §332 Abs. 2 des BVergG 2006 binnen sechs Wochen nach dem Zeitpunkt zu stellen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag, vom Widerruf bzw. von der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis hätte erlangen können, jedenfalls aber binnen sechs Monaten nach Zuschlagerteilung oder Widerruf. Dennoch endet die Antragsfrist für Feststellungsanträge nach §331 Abs 1 Z 4 des BVergG 2006 (offenkundig unzulässige Direktvergabe) nach 30 Tagen ab dem Zeitpunkt der Kenntnis von der rechtswidrigen Zuschlagserteilung, oder ab dem Zeitpunkt, in dem man hiervon Kenntnis hätte haben können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt wurde (§332 Abs. 3 des BVergG 2006). Auf der Länderebene sind die Fristen in den entsprechenden Vergaberechtsschutzgesetzen der Länder normiert.

Es besteht kein Anspruch auf Schadenersatz (**Beteiligungskosten sowie Erfüllungskosten**), wenn nach Zuschlagserteilung oder nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens durch die jeweils zuständige Vergabekontrollbehörde festgestellt worden ist, dass der übergangene Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 und der hiezu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Dies bedeutet in der Praxis, dass ein Bieter offenkundig chancenlos gewesen wäre; sein Angebot befand sich außerhalb einer preislich nahe zusammenliegenden Spitzengruppe. Hingegen, wenn diese Feststellung fehlt, dann ist ein Verschulden des Auftraggebers vorausgesetzt. Dadurch wird der Bieter vom Nachweis befreit, dass er ohne den Verstoß den Zuschlag erhalten hätte. In diesem Fall kann der Auftraggeber das Fehlen einer echten Zuschlagschance und damit die fehlende Kausalität des Verstoßes für den Schaden nicht mehr einwenden.

¹⁰⁷⁴ § 341 Abs. 4 BVergG 2006

Bezüglich des Anspruches auf **Ersatz des Erfüllungsinteresses**, der nur dem übergangenen Bestbieter zusteht, ist zu bemerken, dass die zuständige Vergabekontrollbehörde nicht feststellt, wer Bestbieter war bzw. dass es der Antragsteller war.¹⁰⁷⁵ Gleichfalls wenn sich in der Begründung des Feststellungsbescheids die Aussage findet, dass der Schadenersatzkläger Bestbieter war, ist das Zivilgericht daran nicht gebunden.¹⁰⁷⁶ Überdies kann der Auftraggeber bei positivem Feststellungsbescheid im Schadenersatzverfahren nachweisen, dass der Kläger nicht Bestbieter war. Auch dann, wenn der Antrag des Auftraggebers bezüglich Feststellung, dass der Bieter keine echte Chance auf Zuschlagserteilung hatte, abgelehnt wurde.¹⁰⁷⁷

Dennoch besteht kein Anspruch auf Schadenersatz (**Beteiligungskosten sowie Erfüllungskosten**), wenn der Geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abwenden können.¹⁰⁷⁸ Dies gilt nicht für den Fall, wenn der Antrag auf eine einstweilige Verfügung abgewiesen wurde, oder wenn eine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ausnahmsweise nicht erforderlich ist.

Für den Ersatz der Beteiligungskosten sowie des Erfüllungsinteresses muss ein **Verschulden** des Auftraggebers bewiesen werden, das nach dem Sorgfaltsmaßstab des Sachverständigen gemäß §1299 ABGB zu beurteilen ist.¹⁰⁷⁹ Es handelt sich nicht um die subjektiven Fähigkeiten und Kenntnisse sondern um einen objektiven Maßstab.¹⁰⁸⁰ Der Auftraggeber muss also laut §1313a in Zusammenhang mit §1298 ABGB beweisen, dass die Mitarbeiter der vergebenden Stelle über die für die Auftragsvergabe notwendigen Fähigkeiten und Kenntnisse verfügen.

Bei dem Anspruch auf Beteiligungskostenersatz muss die **Kausalität** nicht bewiesen werden. §338 Abs. 2 BVergG 2006 normiert eine Anspruchsgrundlage eigener Art, aufgrund der eine erweiterte Haftung des Auftraggebers besteht. Nach allgemeinem Schadenersatzrecht würde die Kausalität für den frustrierten Beteiligungsaufwand nur dann bestehen, wenn der

¹⁰⁷⁵ OH 27.6.2001, 7 Ob 200/00p, JBL 2002, 117=ZVB 2001, 143

¹⁰⁷⁶ OGH 28.5.2002 Rd W 2002/658, S. 736.

¹⁰⁷⁷ OGH 28.5.2002 RdW 2002/658, S. 736

¹⁰⁷⁸ § 338 Abs 2 BVergG 2006

¹⁰⁷⁹ In der Rechtsache C-314/09 (die ist noch anhängig) betreffend der Vorabentscheidung nach Art.234 EGV (Art. 267 AEUV) stellte der österreichische OGH unter anderem die folgende Frage an dem EuGH: ob Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 lit c der Richtlinie 89/665/EWG oder andere Bestimmungen dieser Richtlinie einer nationalen Regelung, wonach Schadenersatzansprüche aufgrund von Verstößen des Auftraggebers gegen Gemeinschaftsrecht von der Voraussetzung des Verschuldens abhängig gemacht werden, auch entgegenstehen, wenn diese Regelung dahingehend angewendet wird, dass grundsätzlich Verschulden des Auftraggebers zu vermuten und seine Berufung auf das Fehlen individueller Fähigkeiten und damit auf insofern mangelnde Vorwerfbarkeit ausgeschlossen ist?

¹⁰⁸⁰ Aicher in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel* (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S 1940.

Antragsteller beweisen könnte, dass er bei der ordnungsgemäßen Vorgangsweise den Zuschlag erhalten hätte. Der §338 Abs. 2 BVergG 2006 verzichtet jedoch auf Nachweis der Kausalität zugunsten aller Bieter für die nicht die Gegenfeststellung der zuständigen Vergabekontrollbehörde getroffen wurde, dass sie keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätten.¹⁰⁸¹

Dennoch muss bei der Klage auf den Ersatz des Erfüllungsinteresses der Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden bewiesen werden. Der Geschädigte muss zeigen, dass er der Bestbieter war, also dass er bei der rechtmäßiger Vorgangsweise des Auftraggebers den Zuschlag erhalten hätte.

Abschließend ist zu sagen, dass das BVergG 2006 keine ausdrückliche Regelung über die Verjährung von Schadensersatzansprüchen wegen rechtswidriger Vergabe enthält. Nach Meinung von Feil ist hier §1489 ABGB heranzuziehen, wonach die Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche drei Jahre ab Kenntnis von Schaden und Schädiger beträgt. Somit beginnt die Auslösung des Fristenlaufs grundsätzlich mit dem Zeitpunkt der Kenntnis der Zuschlagsentscheidung zu laufen.¹⁰⁸²

5.5. Gerichtliche Kontrolle und Zivilrechtliche Bestimmungen in Polen

5.5.1. Klagenverfahren

Gegen das Urteil oder gegen den das Berufungsverfahren beendenden Beschluss der Kammer ist die Beschwerde vor dem Gericht zulässig. Die Beschwerde steht den Parteien und den Teilnehmern des Berufungsverfahrens zu. In dem Verfahren, das durch die Beschwerde eingeleitet wird, finden die Vorschriften des ZVG über die Appellation - entsprechende Anwendung, sofern die Vorschriften des PZP nichts anderes bestimmen.¹⁰⁸³

Die Beschwerde ist bei dem für den Sitz oder den Wohnsitz des Auftraggebers zuständigen Landgericht (*Sąd Okręgowy*) einzureichen. Die Beschwerde ist der Kammer über den Präsidenten des Vergabeamtes binnen sieben Tagen ab Zustellung der Entscheidung einzulegen.¹⁰⁸⁴

¹⁰⁸¹ Aicher in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S 1932-1933.

¹⁰⁸² Feil, Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus Vergabeverfahren, GesRZ 2005, IX.

¹⁰⁸³ Art. 194 PZP

¹⁰⁸⁴ Art. 195 PZP

Die Beschwerde wird durch das Gericht abgewiesen, wenn sie unbegründet ist. Sollte der Beschwerde stattgegeben werden, so ändert das Gericht die Entscheidung und entscheidet durch das Urteil in der Sache. In allen übrigen Angelegenheiten erlässt das Gericht einen Beschluss. Sollte die Berufung verworfen werden oder sollte ein Grund für die Aussetzung des Verfahrens vorliegen, so hat das Gericht das Urteil aufzuheben und die Berufung zu verwerfen oder das Verfahren einzustellen. Über die Einwendungen, die im Protest nicht enthalten sind, kann das Gericht nicht entscheiden. Die Kassationsbeschwerde gegen das Urteil ist außer dem Präsidenten des Vergabeamtes unzulässig.¹⁰⁸⁵

Der Klage gegen einen Urteil der Landesberufungskammer kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Der Kläger kann jedoch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Art. 730 und folgende ZVG stellen. Das Gericht kann diese Sicherung noch vor der Einleitung des Klageverfahrens gewähren.¹⁰⁸⁶ Der Antragsteller muss seinen Anspruch sowie das Rechtsinteresse in der Erlassung der einstweiligen Verfügung glaubhaft machen.¹⁰⁸⁷ Bei der Auswahl der Art der Sicherung sind Interessen anderer Parteien und Teilnehmer des Verfahrens so weit zu berücksichtigen, um dem Antragsteller einen richtigen Rechtsschutz zu gewähren und seinen Gegner nicht übermäßig zu belasten.¹⁰⁸⁸ Schließlich ist anzugeben, dass gemäß Art. 731 ZVG, die einstweilige Verfügung grundsätzlich die Befriedigung des Anspruches nicht erzielen darf. Daraus ergibt sich, dass das Landgericht nicht berechtigt ist, die aufschiebende Wirkung auf das Urteil der Landesberufungskammer zu erkennen, weil dadurch der Anspruch des Klägers abgegolten würde.

Am Ende ist noch zu erwähnen, dass gemäß Art. 79 Abs. 1 der polnischen Verfassung jeder, dessen verfassungsrechtliche Freiheiten oder Rechte verletzt wurden die Klagefähigkeit vor dem Verfassungsgerichtshof besitzt. Die Verletzung dieser Rechte oder Freiheiten muss durch die Entscheidung eines Gerichts oder Organs der öffentlichen Verwaltung eingetreten sein, die auf der Grundlage des verklagten Normativaktes ergangen ist. Voraussetzung für die Zulässigkeit der Verfassungsklage ist jedoch die Aufschöpfung des Rechtsweges.¹⁰⁸⁹ Im Falle des Vergabeverfahrens bedeutet dies, dass das Verfahren vor dem Landgericht durchlaufen muss. Die Verfassungsklage darf somit grundsätzlich gegen Entscheidung des Landgerichtes erhoben werden. Wenn jedoch der Präsident des Vergabeamtes das Verfahren vor dem

¹⁰⁸⁵ Art. 198 PZP

¹⁰⁸⁶ Art. 730§ 2 ZVG

¹⁰⁸⁷ Art. 730¹§1 ZVG

¹⁰⁸⁸ Art. 730¹§3 ZVG

¹⁰⁸⁹ Art. 46 Abs. 1 des Gesetzes vom 1. August 1997 über den Verfassungsgerichtshof, Dz. U. 1997, Nr 102, Pos. 603, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009, Nr.178, Pos.1375.

Oberstengerichtshof einleiten würde, dann könnte die Verfassungsklage erst nach der Entscheidung dieses Gerichtshofes angenommen werden, es sei denn, dass das Verfahren vor dem Landgericht aus bestimmten Gründen aufgehoben würde.

5.5.2. Schadenersatzansprüche

Im Fall von Verletzung der Bestimmungen des PZP hat der polnische Gesetzgeber keine besondere Regelung in Bezug auf Schadenersatzansprüche in PZP enthalten. Gemäß Art. 14 PZP finden die Vorschriften des ZGB auf die durch Auftraggeber und Auftragnehmer im Zuge des Vergabeverfahrens vorgenommenen Handlungen Anwendung, sofern die Vorschriften des PZP nichts anders bestimmen. Somit müssen die Auftragnehmer ihre zivilrechtlichen Ansprüche auf allgemeine Vorschriften des ZGB bezüglich der Haftung für die Schäden oder bezüglich vorvertraglicher Haftung für die Pflichtverletzungen stützen. Überdies kann der Auftragnehmer auf dem Wege des gerichtlichen Verfahrens gemäß Art. 189 ZVG die Feststellung anstreben, dass das Abschließen des Leistungsvertrags durch einen Rechtsverstoß erfolgte (Verletzung durch den Auftraggeber der Verfahrensvorschriften über die Auftragsvergabe).¹⁰⁹⁰ Der Klage auf Schadenersatz muss kein Feststellungsverfahren vorangehen. Wobei an den rechtskräftigen Urteil des Landgerichtes, der im Klageverfahren ergangen wurde, ist das mit der Schadenersatzklage befasste Gericht gebunden (Art. 365 §1 ZVG). Das gleiche gilt für die Urteile der Landesberufungskammer, die auch ohne Feststellung ihrer Ausführbarkeit durch die Zivilgerichte wirksam sind.

Hinsichtlich der Art der Haftung für die Schäden ist in Polen unter der Haftung *ex contractu* (Art. 471 und folgende ZGB) und *ex delicto* (Art. 415 und folgende) zu unterscheiden. Für diese Schäden, die durch Verstöße der Auftraggeber im Rahmen eines Vergabeverfahrens hervorgerufen wurden, ist der Haftung *ex contractu* Vorrang zu geben.¹⁰⁹¹ Darüber hinaus ist nach der herrschenden Lehre der Schadenersatzanspruch nur in Bezug auf das negative Interesse eines Vertrages zulässig. Diese Schlussfolgerung ist unter anderem auf den Wortlaut des Art. 93 Abs. 4 PZP zurückzuführen, der die einzige Bestimmung hinsichtlich Schadenersatzansprüche im PZP enthält. Dieser Vorschrift zufolge können nur negative Schäden zuerkannt werden. Ferner wird darauf hingewiesen, dass die vorvertragliche Haftung gemäß ZGB (die der Haftung im Vergabeverfahren entspricht) nicht strenger sein

¹⁰⁹⁰ Łysakowski in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Łysakowski Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 529.

¹⁰⁹¹ Szostak, Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego – organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, PZP z 2008, Nr 8.

darf, als die Haftung für die Nichterfüllung der Pflichten aus dem Vorvertrag (Art. 390 ZGB). Außerdem wird in Polen die Haftung für die Schäden aus anderen vorvertraglichen Ereignissen nur zum negativen Interesse eingeschränkt (Art. 72 §3 und Art 387 §2 ZGB).¹⁰⁹²

Ferner ist zu erwähnen, dass in Polen zwischen den Schäden in der Einleitungsphase (vor der Bewertung der Angebote und vor der Zuschlagserteilung) und den späteren Schäden unterschiedet wird. Die Schäden der ersten Phase werden gewöhnlich niedrig und bestehen vor allem darin, dass die Auftragnehmer zusätzliche Kosten tragen müssen. In diesem Fall finden die Vorschriften über die Folgen der Nichterfüllung der Verpflichtungen Anwendung (Art. 471 ZGB und folgende).¹⁰⁹³ Art. 417 enthält eine Vermutung, dass der Schuldner (hier Auftraggeber) für die Nichterfüllung oder die nicht ordnungsgemäße Erfüllung der Verpflichtungen haftbar ist, es sei denn, dass er beweisen kann, dass die Verstöße gegen seine Pflichten durch andere Umstände hervorgerufen wurden, für die er nicht haftbar ist. Laut Art. 472 ZGB ist der Auftraggeber für die Nichtwahrung der nötigen Sorgfalt haftbar.

Hinsichtlich des Art. 93 Abs. 4 PZP ist zu bemerken, dass diese Vorschrift eine besondere Art der Haftung im Falle der Ungültigkeitserklärung des Vergabeverfahrens regelt, die als Gefährdungshaftung einzustufen ist.¹⁰⁹⁴ Dieser Vorschrift zufolge steht den Auftragnehmern, die die gültigen Angebote abgegeben haben, ein Anspruch auf Rückerstattung begründeter Kosten der Teilnahme an dem Verfahren zu, insbesondere der Kosten der Angebotserstellung, wenn die Erklärung der Nichtigkeit des Vergabeverfahrens durch die Ursachen seitens des Auftraggebers bewirkt wurde. Die Tatsache, dass diese Erklärung durch die Ursachen seitens des Auftraggebers verursacht wurde, weicht wesentlich von dem Wortlaut des Art. 471 und des Art. 472 ZGB ab. Die Haftung der Auftraggeber wird verschärft, weil er nicht nur gegenüber dem übergangenen Best-Auftragnehmer haftbar ist, sondern gegenüber allen übrigen Auftragnehmern, die keine Chance auf den Auftrag gehabt hätten (auch wenn das Verfahren nicht für ungültig erklärt würde). Überdies weist der Wortlaut des Art. 93 Abs. 4 PZP darauf hin, dass die Haftung der Auftraggeber gemäß Art. 93 Abs. 4 PZP von dem Grundsatz der Kausalität nach der Adäquanztheorie unabhängig gemacht wurde. Schließlich ist noch darauf aufmerksam zu machen, dass die Beschränkung

¹⁰⁹² Szostak, *Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego – organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, PZP z 2008, Nr 8.

¹⁰⁹³ Szostak, *Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego – organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego*, PZP z 2008, Nr 8.

¹⁰⁹⁴ Szostak, *Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne - zagadnienia konstrukcyjne* (2005), S. 222.

hinsichtlich der Rückerstattung begründeter Teilnahmekosten die weitergehenden Ansprüche ausschließt.¹⁰⁹⁵

In Bezug auf die Schadenersatzansprüche des übergebenen Best-Auftragnehmers ist festzustellen, dass die Rechtslage sehr unklar ist und die Intervention des Gesetzgebers erforderlich ist. Diese Kategorie der Auftraggeber könnte grundsätzlich ihre Klage auf den allgemeinen Vorschriften des Schadenersatzrechts (Art. 471 und folgende ZGB) stützen. Folglich muss das Verschulden des Auftraggebers und der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Verhalten des Auftraggebers und dem eingetretenen Schaden vorliegen. Ob neben den negativen Schaden noch die positiven zuerkannt werden könnten ist ungewiss. Nach Ansicht von *Szostek*¹⁰⁹⁶ ist die Schädlichkeit der Auftragsvergabe in Folge der fehlerhaften Auswahl des Angebotes mit der Schädlichkeit der Ungültigkeitserklärung des Vergabeverfahrens, die durch Umstände seitens des Auftraggebers verursacht wurden, vergleichbar. In dem zweiten Fall können aber gemäß PZP nur die negativen Schäden geltend gemacht werden.

Ergänzend ist hinzuzufügen, dass in Polen Schaden als materieller und immaterieller Schaden zu verstehen ist und umfasst neben dem negativen (*damnum emergens*) auch den positiven Schaden (*lucrum cessans*).¹⁰⁹⁷ Als *damnum emergens* ist jedes Verschlechtern der Vermögenssituation des Auftragnehmers zu betrachten, das durch Verminderung der Aktiva und/oder Erhöhung der Passiva bewirkt wurde.¹⁰⁹⁸ Im Rahmen von *lucrum cessans* wird die Antwort auf die Frage gesucht, wie würde der Rechts- und Interessenstand des Auftragnehmers aussehen, wenn das Schadenereignis nicht aufgetreten würde. Wobei es sich um jene Folgen in dem Vermögen des Auftragnehmers handelt, die nach Lebenserfahrung und in den Umständen des konkreten Falls, dieses Vermögens voraussehbar bereichern würden.¹⁰⁹⁹ Wenn der Auftragnehmer zur Entstehung des Schadens oder zu seiner Erhöhung beigetragen hat, wird die Verpflichtung zur Wiedergutmachung des Schadens entsprechend den Umständen, vor allem dem Stand des Verschuldens der beiden Parteien, vermindert.¹¹⁰⁰ Schließlich ist zu erwähnen, dass sich die Schadensersatzansprüche gemäß Art. 471 ZGB grundsätzlich in zehn Jahre verjähren, wobei für die Ansprüche, die mit den gewerblichen

¹⁰⁹⁵ *Szostak*, Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego –organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, PZP z 2008, Nr 8.

¹⁰⁹⁶ *Szostak*, Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego –organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, PZP z 2008, Nr 8.

¹⁰⁹⁷ Art. 360 § 2 ZGB.

¹⁰⁹⁸ *Zagrobelny* in *Gniewek* (red.), Kodeks cywilny, Komentarz (2008), Kommentar zu Art. 361, III Rn 6.

¹⁰⁹⁹ *Zagrobelny* in *Gniewek* (red.), Kodeks cywilny, Komentarz (2008), Kommentar zu Art. 361, III Rn 8.

¹¹⁰⁰ Art. 362 ZGB.

Tätigkeiten verbunden sind, die Verjährungsfrist drei Jahre beträgt.¹¹⁰¹ Diese Frist beginnt am Tag an welchem der Anspruch fällig ist.¹¹⁰² Wenn die Frist für die Erfüllung der Leistung nicht festgesetzt wurde und sich aus den Eigenschaften des Schuldverhältnisses nicht ergibt, dann ist die Leistung unverzüglich nach dem Aufruf zur Ausführung der Leistung zu erfüllen.¹¹⁰³

Am Ende ist noch anzugeben, dass die Auftragnehmer ihre Ansprüche auf die vorvertragliche Haftung des Auftraggebers wegen Verletzung der guten Sitten (Art. 72 §2 ZGB) stützen können. Diese Vorschrift regelt die Haftung einer Verhandlungspartei, die durch Verletzung der guten Sitten (also nicht durch Verletzung der gesetzlichen Vorschriften) einen Schaden der anderen Partei verursacht hat. Es scheint aber, dass diese Regelung des PZP über *culpa in contrahendo* nur bei Verstoßen während der Verhandlungen oder Wettbewerblichen Dialog behilflich sein könnte.¹¹⁰⁴

5.6. Das europäische Recht

Die 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 (89/665/EWG), die so genannte Rechtsmittelrichtlinie (RMRL) wurde erlassen, weil die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens keine spezifischen Vorschriften enthielten, mit denen sich ihre tatsächliche Anwendung sicherstellen ließ. Überdies, wurden die auf einzelstaatlicher Ebene und auf Gemeinschaftsebene zu dem Zeitpunkt der Erlasse der RMRL vorhandenen Mechanismen zur Durchsetzung dieser Regeln nicht immer ausreichend, um die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften zu gewährleisten. Für den Fall von Verstößen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens mussten daher Möglichkeiten einer wirksamen und raschen Nachprüfung vorgesehen werden.¹¹⁰⁵ Laut den Erwägungsgründen zu der RMRL bestanden in einigen Mitgliedstaaten keine wirksamen oder nur unzulängliche **Nachprüfungsverfahren**, die die Unternehmen davon abhielten, sich in diesen Staaten um die öffentliche Aufträge zu bewerben. Weiter wurde in diesen Erwägungsgründen bemerkt, dass angesichts der Kürze des

¹¹⁰¹ Art. 118 ZGB, was ergibt sich aus dem Urteil des SN vom 29.11. 1999, III CKN 474/98, LEX Nr. 142585.

¹¹⁰² Art. 120 § 1 ZGB.

¹¹⁰³ Art. 455 ZGB.

¹¹⁰⁴ Kweciński in Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kweciński/Lysakowski Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007), S. 87.

¹¹⁰⁵ Erwägungsgründe zu der 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 (89/665/EWG).

Vergabeverfahrens, die für die Nachprüfung zuständigen Stellen vor allem befugt sein müssen, **vorläufige Maßnahmen** zu treffen, um das Vergabeverfahren oder die Durchführung etwaiger Beschlüsse der Vergabebehörde auszusetzen. Denn die Kürze des Vergabeverfahrens macht eine dringliche Behandlung der genannten Verstöße notwendig. Überdies müssen in allen Mitgliedstaaten geeignete Verfahren geschaffen werden, um die **Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen und die Entschädigung** der durch einen Verstoß Geschädigten zu ermöglichen.

Art. 1 und 2 der RMRL erhielten gemäß Art. 1 der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge (2007/66/EG) eine neue Fassung. Laut dem Erwägungsgrund Nr. 3 der Richtlinie 2007/66/EG sollten die mit der RMRL angestrebten Garantien im Hinblick auf Transparenz und Nichtdiskriminierung verstärkt werden, um zu gewährleisten, dass die positiven Effekte der Modernisierung und Vereinfachung der Vorschriften über das öffentliche Auftragswesen im Rahmen der Richtlinie 2004/18/EG für die Gemeinschaft insgesamt voll zum Tragen kommen.

Art. 1 der RMRL bestimmt den **Anwendungsbereich dieser Richtlinie und den Zugang zu Nachprüfungsverfahren**. Demzufolge gilt die RMRL für Aufträge, die unter anderem in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG fallen. Im Hinblick auf diese Aufträge sollte gewährleistet werden, dass die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch auf Verstöße gegen das EG Vergaberecht oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, nachgeprüft werden können. Ferner sollten die Nachprüfungsverfahren **zumindest jeder Person zur Verfügung stehen, die Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und die durch einen behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht**.¹¹⁰⁶

Außerdem sieht die RMRL vor, dass die Mitgliedstaaten verlangen können, dass die Person, die ein Nachprüfungsverfahren anzustrengen beabsichtigt, den öffentlichen Auftraggeber über den behaupteten Verstoß und die beabsichtigte Nachprüfung unterrichtet. Sie können auch verlangen, dass die betreffende Person zunächst bei dem öffentlichen Auftraggeber eine Nachprüfung beantragt. In diesem Fall ist dafür Sorge zu tragen, dass die Einreichung eines solchen Antrags einen unmittelbaren Suspensiveffekt auf den Vertragsschluss auslöst.¹¹⁰⁷

¹¹⁰⁶ Art. 1 Abs. 3 RMRL

¹¹⁰⁷ Art. 1 Abs. 4 und 5 RMRL

In dem Art. 2 der RMRL wurden die **Anforderungen an die Nachprüfungsverfahren** erneut formuliert. Demnach sollten die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass für die Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit

- 1) so schnell wie möglich im Wege der **einstweiligen Verfügung** vorläufige Maßnahmen ergriffen werden können, um den behaupteten Verstoß zu beseitigen oder weitere Schädigungen der betroffenen Interessen zu verhindern; dazu gehören auch Maßnahmen, um das Vergabeverfahren oder die Durchführung jeder sonstigen Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers auszusetzen oder die Aussetzung zu veranlassen;
- 2) die **Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen** vorgenommen oder veranlasst werden kann;
- 3) denjenigen, die durch den Verstoß geschädigt worden sind, **Schadensersatz** zuerkannt werden kann.¹¹⁰⁸

Die in Art. 2 Abs. 1 und in Art. 2d und 2e RMRL genannten Befugnisse können getrennt mehreren Stellen übertragen werden, die für das Nachprüfungsverfahren unter verschiedenen Gesichtspunkten zuständig sind. Wenn eine gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Stelle in erster Instanz mit der Nachprüfung einer Zuschlagsentscheidung befasst wird, sollten die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass **der öffentliche Auftraggeber den Vertragsschluss nicht vornehmen kann, bevor die Nachprüfungsstelle eine Entscheidung über einen Antrag auf vorläufige Maßnahmen oder eine Entscheidung in der Hauptsache getroffen hat**. Diese Aussetzung darf nicht frühestens als mit Ablauf der Stillhaltefrist nach Art. 2a Abs. 2 und Art. 2d Abs. 4 und 5 der RMRL enden.¹¹⁰⁹

Wichtig ist, dass außer den Fällen nach Art. 2 Abs. 3 und Art. 1 Abs. 5 der RMRL die Nachprüfungsverfahren als solche nicht notwendigerweise einen automatischen **Suspensiv Effekt auf die betreffenden Vergabeverfahren** haben müssen.¹¹¹⁰ Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass die Nachprüfungsstelle die voraussehbaren Folgen der vorläufigen Maßnahmen im Hinblick auf alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit berücksichtigen kann und dass sie beschließen kann, diese Maßnahmen nicht zu ergreifen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Die Ablehnung der vorläufigen Maßnahmen darf die sonstigen

¹¹⁰⁸ Art. 2 Abs. 1 RMRL

¹¹⁰⁹ Art. 2 Abs. 3 RMRL

¹¹¹⁰ Art. 2 Abs. 4 RMRL

Rechte des Antragstellers nicht beeinträchtigen.¹¹¹¹ Überdies kann vorgesehen werden, dass bei Schadensersatzansprüchen, die auf die Rechtswidrigkeit einer Entscheidung gestützt werden, diese zunächst von einer mit den dafür erforderlichen Befugnissen ausgestatteten Stelle aufgehoben worden sein muss.¹¹¹²

Außer den in den Art. 2d bis 2f der RMRL genannten Fällen richten sich die Wirkungen der Ausübung der Befugnisse auf den nach der Zuschlagsentscheidung geschlossenen Vertrag nach dem einzelstaatlichen Recht. Abgesehen von dem Fall, in dem eine Entscheidung vor Zuerkennung von Schadensersatz aufgehoben werden muss, kann ein Mitgliedstaat ferner vorsehen, dass nach dem Vertragsschluss die Befugnisse der Nachprüfungsstelle darauf beschränkt werden, einer durch einen Verstoß geschädigten Person Schadensersatz anzuerkennen.¹¹¹³ Wobei die Mitgliedstaaten gewährleisten müssen, dass die Entscheidungen der Nachprüfungsstellen wirksam durchgesetzt werden können.¹¹¹⁴

Art. 1 der Richtlinie 2007/66/EG hat einen neuen Art. 2a bezüglich der Stillhaltefrist in der RMRL eingefügt. Dieser Vorschrift zufolge müssen die Fristen festgelegt werden, die sicherstellen, dass die in Art. 1 Abs. 3 genannten Personen gegen Zuschlagsentscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksame Nachprüfungsverfahren anstrengen können.¹¹¹⁵ Dem Abs. 2 zufolge darf **der Vertragsabschluss** im Anschluss an die Zuschlagsentscheidung für einen Auftrag **nicht vor Ablauf einer Stillhaltefrist erfolgen**. Diese Frist beträgt je nachdem welche Kommunikationsmittel zur Übermittlung dieser Entscheidung **an die betroffenen Bieter und Bewerber** angewendet wird und je nachdem wann diese Frist zu laufen beginnt, mindestens 10 oder 15 Kalendertage. **Bieter gelten als betroffen**, wenn sie noch nicht endgültig ausgeschlossen wurden. Ein Ausschluss ist endgültig, wenn er den betroffenen Bietern mitgeteilt wurde und entweder von einer unabhängigen Nachprüfungsstelle als rechtmäßig anerkannt wurde oder keinem Nachprüfungsverfahren mehr unterzogen werden kann. **Bewerber gelten als betroffen**, wenn der öffentliche Auftraggeber ihnen keine Informationen über die Ablehnung ihrer Bewerbung zur Verfügung gestellt hat, bevor die Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an die betroffenen Bieter ergangen ist.

Der Mitteilung über die Zuschlagsentscheidung an jeden betroffenen Bieter und Bewerber wird grundsätzlich eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe gemäß Art. 41

¹¹¹¹ Art. 2 Abs. 5 RMRL

¹¹¹² Art. 2 Abs. 6 RMRL

¹¹¹³ Art. 2 Abs. 7 RMRL

¹¹¹⁴ Art. 2 Abs. 8 RMRL

¹¹¹⁵ Art. 2a Abs. 1 RMRL

Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG und eine genaue Angabe der konkreten Stillhaltefrist beigelegt.

Der neue Art. 2b der RMRL bestimmt **die Ausnahmen von der Stillhaltefrist**. Laut dieser Vorschrift können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die in Artikel 2a Abs. 2 genannten Fristen nicht angewendet werden wenn nach der Richtlinie 2004/18/EG keine vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union erforderlich ist und wenn der einzige betroffene Bieter der Bieter ist, dem der Zuschlag erteilt wird, und wenn es keine betroffenen Bewerber gibt.

Ferner wurden im neuen Art. 2c der RMRL **Fristen für die Beantragung einer Nachprüfung** bestimmt. Gemäß diesem Artikel wenn ein Mitgliedstaat festlegt, dass **alle** Nachprüfungsanträge gegen Entscheidungen eines öffentlichen Auftraggebers, die im Rahmen von oder im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren ergehen, vor Ablauf einer bestimmten Frist gestellt werden müssen. Diese Frist beträgt je nachdem welche Kommunikationsmittel angewendet werden und wann diese Frist zu laufen beginnt mindestens 10 oder 15 Kalendertage. Der Mitteilung der Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers an jeden Bieter oder Bewerber wird eine Zusammenfassung der einschlägigen Gründe beigelegt. Wird ein Antrag auf Nachprüfung in Bezug auf die Aufhebung der rechtswidrigen Entscheidungen eingereicht, die keiner besonderen Mitteilungspflicht unterliegen, so beträgt die Frist mindestens 10 Kalendertage, gerechnet ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der betreffenden Entscheidung.

Ferner fügte die Richtlinie 2007/66/EG in RMRL den Art. 2d ein, der die **Unwirksamkeit des Leistungsvertrags** betrifft. Laut seinem Abs. 1 ist die Mitgliedstaaten ein Vertrag durch eine von dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle für unwirksam zu erklären oder muss sich seine Unwirksamkeit aus der Entscheidung einer solchen Stelle ergeben,

- a) falls der öffentliche Auftraggeber einen Auftrag ohne vorheriger Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies nach der Richtlinie 2004/18/EG zulässig ist,
- b) bei einem Verstoß gegen Art. 1 Abs. 5, Art. 2 Abs. 3 oder Art. 2a Abs. 2 der RMRL, falls dieser Verstoß dazu führt, dass der Bieter, der eine Nachprüfung beantragt, nicht mehr die Möglichkeit hat, vor Abschluss des Vertrags Rechtsschutz zu erlangen, und dieser Verstoß mit einem Verstoß gegen die Richtlinie 2004/18/EG verbunden ist, falls der letztgenannte Verstoß die Aussichten des Bieters, der eine Nachprüfung beantragt, auf die Erteilung des Zuschlags beeinträchtigt hat.

Laut Abs. 2 **sollten sich die Folgen der Unwirksamkeit eines Vertrags nach einzelstaatlichem Recht richten**. Ferner sieht den Abs. 3 vor, dass die Mitgliedstaaten bestimmen können, dass die von dem öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle einen Vertrag nicht als unwirksam erachten kann, selbst wenn der Auftrag aus den in Abs. 1 genannten Gründen rechtswidrig vergeben wurde, wenn die Nachprüfungsstelle nach Prüfung aller einschlägigen Aspekte zu dem Schluss kommt, dass **zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, die Wirkung des Vertrags zu erhalten**. In diesem Fall sehen die Mitgliedstaaten alternative Sanktionen im Sinne des Art. 2e Abs. 2 vor, die stattdessen angewandt werden.

Nach Abs. 4 müssen die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Abs. 1 Buchstabe a nicht zur Anwendung kommt, wenn

- der öffentliche Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Auftragsvergabe ohne vorheriger Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union gemäß der Richtlinie 2004/18/EG zulässig ist,
- der öffentliche Auftraggeber im Amtsblatt der Europäischen Union eine Bekanntmachung veröffentlicht hat, wie sie in Art. 3a der RMRL beschrieben ist und mit der er seine Absicht bekundet, den Vertrag abzuschließen, und
- der Vertrag nicht vor Ablauf einer Frist von mindestens 10 Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag nach der Veröffentlichung dieser Bekanntmachung, abgeschlossen wurde.

Gemäß dem neuen Art. 2e der RMRL ist durch die Mitgliedstaaten die Unwirksamkeit gemäß Art. 2d Abs. 1 bis 3 oder **alternative Sanktionen** bei Verstößen gegen Art. 1 Abs. 5, Art. 2 Abs. 3 oder Art. 2a Abs. 2, die nicht von Art. 2d Abs. 1 Buchstabe b erfasst sind, vorzusehen. Sie können jedoch bestimmen, dass die vom öffentlichen Auftraggeber unabhängige Nachprüfungsstelle nach Bewertung aller einschlägigen Aspekte entscheidet, ob der Vertrag als unwirksam erachtet oder alternative Sanktionen verhängt werden sollten.¹¹¹⁶ Die alternativen Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein. Sie umfassen Folgendes: die Verhängung von Geldbußen bzw. -strafen gegen den öffentlichen Auftraggeber oder die Verkürzung der Laufzeit des Vertrags. Wobei die Zuerkennung von Schadensersatz keine angemessene Sanktion darstellt. Die Mitgliedstaaten können der

¹¹¹⁶ Art. 2a Abs. 1 RMRL

Nachprüfungsstelle einen weiten Ermessensspielraum einräumen, damit sie alle relevanten Faktoren berücksichtigen kann.¹¹¹⁷

Schließlich fügte die Richtlinie 2007/66/EG in RMRL den Art. 2f ein, der die Fristen normiert. Demzufolge können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass **eine Nachprüfung hinsichtlich der Unwirksamkeit des Leistungsvertrags innerhalb folgender Fristen beantragt werden muss:**

- a) vor Ablauf von mindestens 30 Kalendertagen, gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem
 - der öffentliche Auftraggeber eine Bekanntmachung über die Auftragsvergabe gemäß Art. 35 Abs. 4 und den Art. 36 und 37 der Richtlinie 2004/18/EG veröffentlicht hat, sofern darin die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers begründet wird, einen Auftrag ohne vorheriger Veröffentlichung einer Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union zu vergeben, oder
 - der öffentliche Auftraggeber die betroffenen Bieter und Bewerber über den Abschluss des Vertrags informiert hat, sofern diese Information eine Zusammenfassung einschlägiger Gründe gemäß Art. 41 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG enthält, vorbehaltlich des Art. 41 Abs. 3 der genannten Richtlinie. Diese Option findet auch in den in Artikel 2b Buchstabe c der RMRL genannten Fällen Anwendung;
- b) und in jedem Fall vor Ablauf einer Frist von mindestens **sechs Monaten**, gerechnet ab dem Tag, der auf den Tag folgt, an dem der Vertrag geschlossen wurde.¹¹¹⁸

In allen anderen Fällen, einschließlich der Beantragung einer Nachprüfung gemäß Art. 2e Abs. 1, werden die Fristen für die Beantragung einer Nachprüfung vorbehaltlich des Art. 2c durch das einzelstaatliche Recht geregelt.

Ergänzend ist noch hinzuzufügen, dass die RMRL keine Beschränkung in Bezug auf Art und Inhalt der Entscheidungen, die nachprüfbar sein müssen, enthält. Im Zweifel ist eine weite Auslegung vorzunehmen.¹¹¹⁹ Die letzte Aussage betrifft auch den Umfang der Kontrolle im Rahmen der vorgesehenen Nachprüfungsverfahren, der auf den Zweck der RMRL

¹¹¹⁷ Art. 2a Abs. 2 RMRL

¹¹¹⁸ Art. 2f Abs. 1 RMRL

¹¹¹⁹ EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel Austria*; EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure II*; EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*.

abzustellen ist und deren Wirksamkeit nicht beeinträchtigt sollte.¹¹²⁰ Zu den nachprüfbaren Entscheidungen zählen unter anderem die Entscheidung, dass ein bestimmter Auftrag nicht in den Anwendungsbereich einer Vergaberichtlinie fällt,¹¹²¹ die Zuschlagsentscheidung,¹¹²² der Widerruf des Vergabeverfahrens,¹¹²³ die Entscheidung über das Ausscheiden eines Angebotes¹¹²⁴ sowie die Aufnahme der Vertragsverhandlungen mit einem Interessenten¹¹²⁵. Ferner, im Hinblick auf die in der RMRL vorgesehenen Fristen ist festzustellen, dass es europarechtlich geboten sein kann, dass die Rechtsfolgen der Präklusion nicht eintreten, wenn dem Bieter die Möglichkeit genommen wurde (vor allem durch das Verhalten des Auftraggebers) Rechtswidrigkeiten des Vergabeverfahrens rechtzeitig geltend zu machen.¹¹²⁶

Wichtig ist noch hervorzuheben, dass die RMRL die Beschleunigungs- und Effizienzzeile in Bezug auf das Vergabeverfahren verfolgt. Wenn eine Person keine Maßnahmen gegen die Ausschreibung ergreift (obwohl sie sich durch ihre Bestimmungen diskriminiert fühlt oder sie ihre Beteiligung an dem Vergabeverfahren hindern) und die Mitteilung der Zuschlagserteilung abwartet, um diese erst unter Berufung auf den diskriminierenden Charakter der Ausschreibung anzufechten, ist ein solches Verhalten als abträglich zu betrachten, weil es geeignet ist, die Nachprüfungsverfahren ohne sachlichem Grund zu verzögern. Dieser Person ist kein Interesse an dem fraglichen Auftrag anzuerkennen und damit kein Zugang zu den in der RMRL vorgesehenen Nachprüfungsverfahren zu gewährleisten.¹¹²⁷

Hinsichtlich der einstweiligen Verfügung ist kurz zu bemerken, dass die RMRL die Art und Weise des Erlasses vorläufiger Maßnahme grundsätzlich der einzelnen Mitgliedstaaten überlässt. Die nationalen Vorschriften müssen dabei den Äquivalenz- und den Effektivitätsgrundsatz beachten.¹¹²⁸ Dessen ungeachtet darf die Erlassung der einstweiligen Verfügungen nicht davon abhängig gemacht werden, dass zuvor ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet werden muss.¹¹²⁹

Abschließend ist noch in Bezug auf die Schadenersatzansprüche hinzuzufügen, dass der EuGEI bei der Prüfung der außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft einige

¹¹²⁰ EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure II*;

¹¹²¹ EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*.

¹¹²² EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel Austria*.

¹¹²³ EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure II*; EuGH 2.07. 2005; Rs C-15/04, *Koppensteiner*.

¹¹²⁴ EuGH 19. Juni 2003, Rs C-249/01, *Hackermüller*.

¹¹²⁵ EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03, *Stadt Halle*.

¹¹²⁶ *Gruber/Gruber/Sachs*, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 490.

¹¹²⁷ EuGH 12.2.2004, Rs C-230/02, *Grossmann Air Service*.

¹¹²⁸ EuGH 9.4.2003, C-424/01, *CS Communications*.

¹¹²⁹ EuGH 19.09.1996, Rs C-236/95, *Kommission/Griechenland*; EuGH 15.05.2003, Rs C-214/00, *Kommission/Spanien*.

Voraussetzungen ausgearbeitet hat,¹¹³⁰ an die die Nachprüfungsinstanzen jedenfalls anknüpfen können. Somit ist einer Schadenersatzklage stattzugeben wenn Rechtswidrigkeit des dem Auftraggeber vorgeworfenen Verhaltens vorliegt und die Rechtsnorm, die verletzt worden ist, das Verleihen der Rechte dem Einzelnen zu bezwecken hat. Ferner muss ein Schaden vorliegen und das Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen dem Verhalten des Auftraggebers und dem geltend gemachten Schaden festgestellt werden.¹¹³¹ Hinsichtlich der Voraussetzung des Verschuldens hat der EuGH festgestellt, dass die nationalen Bestimmungen gemeinschaftsrechtswidrig sind, insofern sie die Gewährung von Schadenersatz an diejenigen, die durch einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht über öffentliche Aufträge oder die dies Recht umsetzenden nationalen Vorschriften geschädigt worden seien, davon abhängig macht, dass ein Verschulden oder Arglist nachgewiesen werden muss.¹¹³²

5.7. Rechtsvergleich

Zur Überprüfung der Entscheidungen der Auftraggeber werden in Österreich sowie in Polen verschiedene Einrichtungen eingesetzt. In Österreich sind für diese Kontrolle die Verwaltungsbehörde wie das BVA und die VKS/UVS zuständig. Folglich wird der vergaberechtliche Rechtsschutz in Österreich in Anlehnung an Verwaltungsverfahrenrecht verwirklicht. In Polen wurde die Überprüfung der Entscheidungen der Auftraggeber der Landesberufungskammer bei dem Präsidenten des Vergabeamtes anvertraut. Wobei dem Berufungsverfahren vor der Kammer das Protestverfahren vor dem Auftraggeber vorangehen muss. Anders als in Österreich wird die Berufung grundsätzlich mittels eines Urteils und anhand der entsprechend anwendbaren Vorschriften des Zivilverfahrensgesetzes über das Schiedsgericht entschieden. Somit wird in Polen im Bereich des vergaberechtlichen Rechtsschutzes das formelle Zivilrecht angewendet und die Vorschriften des Verwaltungsverfahrenrechts finden hierher keine Anwendung.

Hinsichtlich des BVA ist zu bemerken, dass in Polen nicht das Vergabeamt sondern der Präsident des Vergabeamtes über bestimmte Befugnisse in Bezug auf die Kontrolle des Vergabeverfahrens verfügt. Ferner wurde der Umfang dieser Befugnisse ganz anders in beiden Ländern gestaltet. In Österreich kontrolliert das Vergabeamt die Vergabeverfahren im Rahmen von Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren sowie bei der Erlassung einstweiliger

¹¹³⁰ EuGEI 17.12.1998, Rs T-203/96, *Embassy Limousines & Services*; EuGEI 6.07.2000, Rs T-139/99, *AICS*; EuGEI 28. 11.2002, Rs T-40/01 *Scan Office Desing*.

¹¹³¹ *Gruber/Gruber/Sachs*, Europäisches Vergaberecht (2005), S. 523.

¹¹³² EuGH 14.10.2004, Rs C-275/03, *Kommission/Portugal*; EuGH 10.01.2008, Rs C-70/06, *Kommission/Portugal*.

Verfügungen um die Verstöße gegen die Vergabevorschriften zu beseitigen oder die Teilnehmer der Vergabeverfahren vor diesen Verstößen zu schützen. Die Kontrollverfahren vor dem Präsident des Vergabeamtes bezwecken vor allem die Prüfung der Vereinbarkeit der abgeschlossenen Vergabeverfahren mit den Gesetzschriften und im Fall von Feststellung der Verstöße gegen diese Vorschriften eine Art von Bestrafung der Auftraggeber. Der unmittelbare Schutz der Auftragnehmer wird nicht beabsichtigt. Folglich ist zu konstatieren, dass die Befugnisse des BVA und des Präsidenten des Vergabeamtes abweichend von einander ausgestaltet sind. Die Befugnisse des Vergabeamtes in Österreich entsprechen viel mehr den Befugnissen der Landesberufungskammer, die dem BVA gegenübergestellt werden sollte.

In Österreich teilt man die Zuständigkeit des BVA in Bezug auf die Phase des Vergabeverfahrens (bis zur Zuschlagsentscheidung, nach der Zuschlagsentscheidung, nach der Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens). In Polen hängt die Zuständigkeit der Landesberufungskammer nicht davon ab, in welcher Phase des Vergabeverfahrens das Berufungsverfahren eingeleitet wurde. PZP sieht nur vor, dass ein Protestverfahren, dem die Berufungsverfahren vorangehen müssen, bis zum Abschluss des Leistungsvertrags beantragt werden muss.

Weiter ist zu bemerken, dass in Österreich ausführlich geregelt wird, welche Entscheidungen des Auftraggebers gesondert anfechtbar sind und dies unabhängig davon ob die Vergabe im OSB oder im USB erfolgt. Alle übrigen Entscheidungen, die den gesondert anfechtbaren Entscheidungen vorangehen, zur Nichtigkeitserklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen führen können nur wenn sie in dem gegen die ihnen nächst folgende gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag angefochten werden. In Polen wird hingegen sehr allgemein bestimmt, dass im OSB neben dem Inhalt der Bekanntmachung und der SIWZ alle durch den Auftraggeber im Zuge des Verfahrens vorgenommenen Handlungen und die Unterlassung der Handlungen, deren Vornahme er nach dem Gesetz verpflichtet vorzunehmen ist, ein Protest und danach evtl. eine Berufung eingelegt werden darf. Im USB darf wiederum eine Berufung nur auf bestimmte Protestentscheidungen geltend gemacht werden. Daraus ergibt sich, dass im OSB den Entscheidungsumfang des Auftraggebers, die unmittelbar angefochten werden können, in Polen umfassender als in Österreich ist. Im USB kann man hingegen konstatieren, dass in Österreich im Gegensatz zu Polen grundsätzlich alle Entscheidungen des Auftraggebers, abgesehen davon ob dies mittelbar oder unmittelbar erfolgt, angeklagt werden dürfen.

Ferner ist zu erwähnen, dass laut BVergG 2006 dem Antrag auf Nachprüfung keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Vergabeverfahren zukommt. Gemäß PZP wenn der Protest nach Ablauf der Angebotsfrist eingelegt wird, wird der Lauf der Zuschlagsfrist bis zur endgültigen Entscheidung über den Protest ausgesetzt wird. Im Fall von Einlegung der Berufung wird diese Frist bis zum Tag des Beschlusserlasses, der das Verfahren vor der Landesberufungskammer beendet oder des Urteils der Kammer ausgesetzt. Überdies sieht das PZP vor, dass bis zur endgültigen Entscheidung über den Protest, der Leistungsvertrag durch den Auftraggeber nicht abgeschlossen werden darf. In Österreich wird das ähnliche Resultat durch die Beantragung und später die Erlassung der einstweiligen Verfügung erzielt. Wobei die Erlassung der einstweiligen Verfügung in Österreich von der Erfüllung strenger Voraussetzungen abhängig gemacht wird. In Polen wird wiederum kraft des Gesetzes der Abschluss eines Leistungsvertrags verhindert und nur auf Antrag des Auftraggebers die Landesberufungskammer dieses Verbot unter strenger Voraussetzungen aufheben kann. Folglich ist festzustellen, dass das PZP im Gegensatz zu dem BVergG 2006 eine allgemeine Aussetzung des Abschlusses des Leistungsvertrags vorsieht und dadurch dem Schutz der Auftragnehmerinteressen gegenüber den Bedürfnissen des Auftraggebers Vorrang gemacht wird. Ergänzend ist hinzuzufügen, dass der Art. 2 der RMRL beide Arten der Maßnahmen zur Beseitigung der behaupteten Verstöße und Verhinderung weiterer Schädigungen im Vergabeverfahren zulässt.

Hinsichtlich der stattgebenden Entscheidungen des BVA/der Landesberufungskammer ist zu bemerken, dass sie in Österreich zur Nichtigkeitserklärung der Entscheidungen des Auftraggebers führen und in Polen neben dieser Erklärung die Vornahme oder Wiederholung der betreffenden Handlung angeordnet werden kann. Einige Unterschiede ergeben sich auch auf die Voraussetzungen, die erfüllt werden müssen, um eine stattgegebene Entscheidung zu erlangen. In Polen wird ein für den Auftragnehmer günstiges Urteil fallen, wenn der Verstoß gegen Rechtsvorschriften einen wesentlichen Einfluss auf das Ergebnis des Vergabeverfahrens hatte oder haben könnte. Dies bedeutet, dass einige Arten der Rechtswidrigkeit in sich selbst für die Erlangung solcher Entscheidung ausreichend sind. In Österreich muss noch nachgewiesen werden, dass die anfechtbare Entscheidung den fraglichen Antragsteller in dem von ihm geltend gemachten Recht verletzt. In beiden Ländern wird wiederum die Möglichkeit der Erlangung solcher Entscheidung nicht nur davon abhängig gemacht, ob ein Rechtsverstoß das Ergebnis des Vergabeverfahrens beeinflusst hat sondern auch ob er den Ausgang dieses Verfahrens potentiell beeinflussen könnte.

Im Bezug auf die Parteistellung in Nachprüfungsverfahren/Protestsverfahren bzw. Berufungsverfahren muss erstens bemerkt werden, dass sowohl BVergG 2006 sowie PZP nicht jedem Unternehmer/Auftragnehmer die Antragslegitimation zuerkennen. Es müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt werden, die aber zum Teil abweichend normiert sind. Erstens ist in beiden Ländern das Interesse am Abschluss des Leistungsvertrags aufzuweisen. Dennoch wird in Polen die Antragslegitimation durch die Beifügung des Attributes „Rechts“ zu dem Begriff „Interesse“ und engere Auslegung dieses Begriffes in der Spruchpraxis eine mehr eingeschränkte Anzahl der Auftragnehmer als in Österreich die Antragslegitimation erhalten. Zweitens ist zu erwähnen, dass das BVergG 2006 lediglich vorsieht, dass durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Es handelt sich dabei um jene Nachteile, die in der Möglichkeit der Beeinträchtigung der Möglichkeiten eines Bieters/Bewerbers an einem Vergabeverfahren teilzunehmen liegen. In Polen wird wiederum mit dem starken Nachdruck darauf hingewiesen, dass nicht irgendeinen Nachteil sondern den Nachteil in der Möglichkeit den Auftrag zu bekommen die Antragslegitimation rechtfertigt. Es scheint also, dass nicht alle Tatbestände, die der Begriff des Schadens gemäß § 320 BVergG 2006 umfasst, als der der Antragslegitimation gerechtfertigter Nachteil gemäß Art. 179 Abs. 1 PZP betrachtet wird. Den Nachteil in der Möglichkeit den Auftrag zu bekommen wird wiederum stets die Antragslegitimation in Österreich rechtfertigen. Drittens ist darauf aufmerksam zu machen, dass in Polen anders als in Österreich neben den Unternehmern/Auftragnehmern, also Personen die an einem Vergabeverfahren unmittelbar beteiligt sind, auch die Organisationen der Auftragnehmer das Protestverfahren/Berufungsverfahren beantragen können, was vor dem Ablauf der Angebotsfrist sich als sehr vorteilhaft erweisen kann.

Zweitens in Bezug auf die Parteistellung in Nachprüfungsverfahren/Protestsverfahren/Berufungsverfahren muss festgestellt werden, dass in beiden Ländern neben dem Antragsteller und dem Auftraggeber noch andere Personen an diesen Nachprüfungsverfahren teilnehmen dürfen. Wobei in Österreich es nur die Antragsgegner sein dürfen und in Polen neben den Antragsgegnern noch die Personen, die das Rechtsinteresse daran haben, dass den Protest zugunsten des Antragstellers entscheiden wird. Wobei das Rechtsinteresse oder das rechtlich geschützte Interesse an dem Nachprüfungsverfahren bei diesen anderen Personen nicht nur gemäß PZP sondern auch gemäß BVergG 2006 vorliegen müssen. Ferner ist anzugeben, dass diese Personen nur binnen bestimmter Fristen die Nachprüfungsverfahren betreten dürfen. In Polen müssen sie jedoch anders als in Österreich

keine begründeten Einwendungen erheben, wenn sie sich an diese Verfahren anschließen wollen.

Die Fristen für die Beantragung des Nachprüfungsverfahrens in Österreich und des Protestverfahrens in Polen sind in beiden Ländern größtenteils abweichend in Bezug auf die Länge und Art der Aufteilung geregelt. Bemerkenswert ist, dass nur in Polen die Fristenlänge davon abhängig gemacht wird, ob die Auftragsvergabe im OSB oder im USB erfolgt. Ferner ist zu erwähnen, dass sowohl in BVergG 2006 als auch in PZP die Fristen für die Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen/SIWZ getrennt von anderen Entscheidungen des Auftraggebers normiert sind (mit der Ausnahme der Aufforderung zur Abgabe der Teilnahmeanträge in Österreich). Überdies wurde in beiden Ländern eine allgemeine Bestimmung für den Anfang mancher Antragsfristen vorgesehen. Der Antrag ist grundsätzlich ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der angefochtenen Entscheidung oder Bekanntmachung, Handlung und Unterlassung Kenntnis erlangt hat. Wobei in Österreich noch geprüft werden muss, ab wann der Antragsteller diese Kenntnis hätte erlangen können und in Polen ab wann bei der Einhaltung der nötigen Sorgfalt diese Kenntnis genommen werden konnte. Folglich wird diese Prüfung im PZP auf objektiveren Kriterien als im BVergG 2006 gestützt, weil es sich nicht auf den fraglichen sondern einen sorgfältigen Antragsteller bezieht. Schließlich ist anzugeben, dass in beiden Ländern alle nach dem Ablauf dieser Fristen eingereichten Anträge/Proteste als unzulässig verworfen werden.

Die Feststellungsverfahren in Österreich und in Polen sind in Hinblick auf mehrere Merkmale von einander abweichend geregelt. Erstens enthält das polnische Vergabegesetz im Gegensatz zu dem österreichischen keine Vorschriften bezüglich dieser Verfahrensart. Zweitens wird in Österreich für dieses Verfahren das BVA und in Polen das ordentliche Gericht zuständig. Infolgedessen werden auch ganz andere Verfahrensregeln eingesetzt. Zweitens ist der Umfang der Feststellungen, die durch diese Einrichtungen getroffen werden können, in beiden Ländern sehr verschieden. In Polen ist er im Vergleich zu Österreich sehr eingeschränkt. Drittens ist zu bemerken, dass im BVergG 2006 anders als in ZVG bestimmte Fristen für die Einleitung des Feststellungsverfahrens vorgesehen wurden. Schließlich muss noch festgestellt werden, dass die Parteifähigkeit gemäß ZVG durch die Voraussetzung des Rechtsinteresses einen kleineren Kreis der Auftragnehmer als Bewerber/Bieter gemäß BVergG 2006 erlangen kann.

Die Kontrolle über die Entscheidungen der Vergabekontrolleinrichtungen wurde in beiden Ländern auf andersartige Einrichtungen übertragen: dem VwGH in Österreich und den

Landgerichten in Polen. Daraus ergeben sich offensichtlich zahlreiche Unterschiede in Bezug auf die Behandlung der Beschwerden/Klagen. Dies ist aber die Konsequenz der Auswahl unterschiedlicher Wege des Rechtsschutzes in beiden Ländern: verwaltungsrechtlicher in Österreich und zivilrechtlicher in Polen. Wichtig ist anzumerken, dass der Beschwerde/Klage gegen den Bescheid/Urteil einer Vergabekontrollbehörde keine aufschiebende Wirkung zukommt. In Österreich kann sie jedoch auf Antrag mit dem Beschluss des VwGH sowie VfGH eingeräumt werden. In Polen besteht nur die Möglichkeit eine einstweilige Verfügung vor dem Landgericht zu beantragen, die aber keine aufschiebende Wirkung auf das Urteil der Landesberufungskammer haben darf. Ferner ist zu erwähnen, dass das Beschwerdeverfahren vor dem VwGH in Österreich nur wegen Rechtswidrigkeit eines Bescheides oder Verletzung der Entscheidungspflicht des BVA erfolgreich sein wird. In Polen wird die Beschwerde dann abgewiesen wenn sie unbegründet ist, was einen größeren Spielraum im Vergleich zu Österreich für die Anfechtung der Entscheidungen der Vergabekontrollbehörde bietet. Schließlich ist noch anzugeben, dass in Polen anders als in Österreich ein Urteil der Landesberufungskammer nicht beim Verfassungsgerichtshof angefochten werden darf.

Im Hinblick auf die Regelungsart der Schadenersatzansprüche ist festzustellen, dass in Polen anders als in Österreich das Vergabegesetz keine besondere Vorschriften über diese Ansprüche enthält (mit einer Ausnahme bezüglich der Rückerstattung der Teilnahmekosten). Folglich müssen sich die im Vergabeverfahren geschädigten Auftragnehmer auf die allgemeinen Schadenersatzbestimmungen des ZGB berufen. PZP enthält auch im Gegensatz zu BVergG 2006 keine verfahrensrechtlichen Sonderregeln. In Polen wird also ZVG vor den Zivilgerichten uneingeschränkt wie bei jeder anderer Schadensersatzklage angewendet.

Hinsichtlich der Rückerstattung begründeter Kosten der Teilnahme an dem Verfahren (darunter der Kosten der Angebotserstellung) ist zu bemerken, dass dieser Anspruch in Österreich bei jeder schuldhaften Verletzung des BVergG 2006 oder hierzu ergangenen Verordnung geltend gemacht werden darf und in Polen nur im Fall der Nichtigkeitserklärung des Vergabeverfahrens und nur wenn dies durch die Ursachen seitens des Auftraggebers bewirkt wurde. Ferner ist anzumerken, dass in Polen alle Auftragnehmer, die die gültigen Angebote abgegeben, diese Rückerstattung fordern können, in Österreich lediglich die Bieter, die eine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätten. Überdies, muss in Polen anders als in Österreich der Klage auf den Beteiligungskostenersatz kein Feststellungsverfahren vorangehen. Außerdem ist noch anzugeben, dass gemäß PZP im Gegensatz zu BVergG 2006 das Protestsverfahren sowie die nachfolgenden Verfahren keine Voraussetzung für die Rückerstattung der begründeten Kosten der Teilnahme an dem Vergabeverfahren darstellen.

Schließlich muss in beiden Ländern bei dem Anspruch auf den Beteiligungskostenersatz (außer dem Fall wenn diese Kosten als positiver Schaden nach allgemeinen Regeln des ZGB geltend gemacht werden) die Kausalität nicht bewiesen werden muss.

In Polen, anders als in Österreich, muss die Klage auf positiven Schaden kein Feststellungsverfahren vorangehen. An die Urteile der Landgerichte und der Landesberufungskammer sind die Gerichte im Schadenersatzverfahren gebunden. Diese Aussage gilt gleichfalls für das Verfahren vor den Zivilgerichten in Österreich, die gemäß BVergG 2006 an den Feststellungsbescheiden des BVA gebunden sind (außer dem Fall, dass die Entscheidung des Rechtsstreites von der Frage der Rechtswidrigkeit eines Bescheides abhängig ist und das Gericht den Bescheid für rechtswidrig hält). In beiden Ländern wird der Ersatz des Erfüllungsschaden von Verschulden des Auftraggebers, von der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens und von dem Kausalzusammenhang zwischen dem rechtswidrigen Verhalten und dem eingetretenen Schaden abhängig gemacht. Die Verjährungsfristen für die Schadenersatzansprüche sind wiederum in beiden Ländern abweichend normiert. Obwohl in Polen die Verjährungsfrist im Falle von Auftragnehmer, die zugleich Unternehmer sind, ähnlich wie in Österreich drei Jahre beträgt, wird der Anfang dieser Frist anders festgelegt.

Außerdem muss darauf hingewiesen werden, dass dem übergangenen Bestbieter in Österreich der Anspruch auf Nichterfüllungsschaden nur alternativ mit dem Anspruch auf Kostenersatz zusteht. In Polen schließt der Anspruch auf die Rückerstattung begründeter Teilnahmekosten im Fall von Nichtigkeitserklärung des Vergabeverfahrens die weitergehenden Ansprüche nicht aus. Ob der übergangene Best- Auftragnehmer die Teilnahmekosten, die als *damnum emergens* betrachtet werden können, neben dem *lucrum ceassans* geltend machen kann, ist ungewiss. Darüber hinaus ist hervorzuheben, dass in Österreich anders als in Polen kein Anspruch auf Schadenersatz besteht, wenn der geschädigte den Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung oder eines Nachprüfungsverfahrens hätte abwenden können. In Polen wiederum könnte das nicht Beantragen eines Protestverfahrens und nicht Ausnutzen der nachfolgenden Rechtswege zu Verminderung der Entschädigung führen.

Abschließend ist darauf aufmerksam zu machen, dass der Rechtsvergleich in Bezug auf die Ansprüche der übergangenen Best-Auftragnehmer mit Vorsicht betrachtet werden muss, weil in diesem Bereich die Rechtslage in Polen unklar ist.

Schlussbetrachtung

In der vorliegenden Arbeit hatte sich nicht überraschend erwiesen, dass die Auftragsvergabe in beiden Ländern teilweise unterschiedlich und zum Teil ähnlich normiert wurde. Die Ähnlichkeiten sind vor allem auf die nahezu wörtliche Umsetzung der einzelnen Bestimmungen der EU Vergaberichtlinien zurückzuführen. Insbesondere in Bereichen, in denen kein Platz für die Selbstbestimmung vorgesehen wurde, sind die beiden Vergabegesetze fast völlig vereinheitlicht. Die Unterschiede betreffen wiederum diese Aspekte der Auftragsvergabe, die durch die Vergaberichtlinie nicht normiert sind bzw. den EU Mitgliedstaaten überlassen wurden, entweder einige Fragenkomplexe selbst zu bestimmen oder eine Auswahl zwischen den in der EG Richtlinie vorgeschlagenen Lösungen zu treffen.

In beiden Ländern sind die öffentlichen Aufträge im Rahmen von Vergabeverfahren anhand entsprechender Vergabegesetze zu vergeben. Das BVergG 2006 in Österreich und das PZP in Polen stellen komplexe Rechtsakte dar. Wobei das österreichische Vergabegesetz ausführlicher als das polnische ist, was schon nach oberflächlicher Auswertung der beiden Regelungen erkennbar ist. Die beiden Vergabegesetze normieren ähnliche Aspekte der Auftragsvergabe und bedienen sich der ähnlichen Terminologie, was den Rechtsvergleich sehr erleichtert hat. Mit Ausnahme der Schadenersatzansprüche konnten alle für die vorliegende Arbeit ausgewählten Aspekte der Auftragsvergabe in Österreich und in Polen ohne große Anstrengung anhand entsprechender Vergabevorschriften gegenübergestellt werden.

Aus der angestellten Rechtsvergleichung lassen sich folgende Schlussfolgerungen ziehen. Die Arten der Verfahren zur Auftragsvergabe, der Möglichkeit ihrer Auswahl sowie des Ablaufes der Mehrheit der Vergabeverfahren bis zu der Zuschlagserteilung wurden in beiden Ländern größtenteils vereinheitlicht. Den persönlichen und den sachlichen Geltungsbereich des BVergG 2006 sowie des PZP stellen grundsätzlich ähnliche Einheiten und ähnlichen Aufträge dar. In beiden Ländern sind bestimmte Grundsätze zu beachten, wobei ihr Schwerpunkt manchmal woanders gelegt wurde. Die Bestimmungen über das Angebot und den Rechtsschutz weichen wesentlich voneinander ab.

Einige der festgestellten Unterschiede ergeben sich aus der andersartigen Staatsorganisation und der Kompetenzverteilung in beiden Ländern sowie aus der Verankerung im Zivil- oder Verwaltungsrecht. Ferner sind sie auf die abweichende Auslegung der einigen Begriffen und auf die Einteilung der Problematik in den entsprechenden Vergabegesetzen (was die systematische Auslegung der einzelnen

Vorschriften beeinflusst), sowie auf die Art und Ausführlichkeit der Vergabevorschriften (Regelung der Rechtsmaterie im Vergabegesetz bzw. in einer dazu ergangenen Verordnung, allgemeiner bzw. kasuistischer Fassung der Tatbestände) zurückzuführen. Das BVergG 2006 und das PZP unterscheiden sich auch im Hinblick auf die verschiedenen Zielsetzungen der einzelnen Regelungen und auf zahlreiche unmittelbare oder mittelbare (durch Rechtslehre und Rechtsprechung festgestellte) Verweisungen auf die anderen einzelstaatlichen Bestimmungen.

Abschließend muss angeführt werden, dass die vorgenommene Aufzählung der Unterscheidungsmerkmale nicht umfassend ist. Auf diese Weise wurde aber die Vielfalt und Komplexität der Faktoren, die die Auftragsvergabe in beiden Ländern beeinflussen, dargestellt. Ferner ist hervorzuheben, dass der primäre Zweck der angestellten Rechtsvergleichung nicht das bloße Anzeigen der Ähnlichkeiten und Unterschiede bildet. In der vorliegenden Arbeit wurde zuallererst beabsichtigt anhand der rechtsvergleichenden Analyse das Wesen der einzelnen Vergabeinstitutionen in Österreich und in Polen aufzuzeigen. Dieses Ziel wurde hoffentlich erreicht. Die Besonderheiten des BVergG 2006 und des PZP wurden deutlich zum Ausdruck gebracht. Diese Bemerkung betrifft auch diese Aspekte der Auftragsvergabe, die größtenteils vereinheitlicht wurden, denn einige Details sind ohnehin abweichend geregelt worden.

Literaturverzeichnis

Literatur

Arrowsmith, The Application of the E.C. Treaty Rules to Public and Utilities Procurement, PPLR 1996, 255 ff.

Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement (2005).

Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2006).

Baehr/Czajkowski/Dzierżanowski/Kwieciński/Lysakowski, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz (2007).

Braun, A Matter of Principle(s)- The Treatment of Contracts Falling Outside of the Scope of the European Public Procurement Directives, PPLR 2000, 43.

Breitenfeld/Edlinger/Pock, BVergG 2006 (2006).

Egger, Europäisches Vergaberecht (2008)

Elżanowska/Śledziwska, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka (2007).

Feil, Verjährung von Schadenersatzansprüchen aus Vergabeverfahren (2005), GesRZ 2005, IX.

Głowcka/Kwaśnik/Franken, Prawo zamówień publicznych. Recht des öffentlichen Auftragswesens. Zweisprachige Textausgabe. Polnisch-Deutsch (2004).

Gniewek (red.), Kodeks cywilny, Komentarz (2008).

Granecki, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007).

Griller/Holoubek, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004).

Gruber/Gruber/Sachs, Europäisches Vergaberecht (2005).

Gruber/Keznicki, Auswirkungen des KartG 2005 und des BVergG 2006 auf Arbeits- und Bietergemeinschaften, ZVB 2006, 21.

Gölles, Die vergaberechtliche Aufklärung als Instrument der Behebung von Angebotsmängel, ZVB 2007/36.

Gutteridge, Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of Legal Study and Research (1971).

Hartung/Landański/Stodolak/Stręciwilk/Winiarz, Zamówienia publiczne po nowelizacji (2007).

Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht (2005).

Hoffer/Barbist/Innerhofer, Bundesvergabegesetz 2006 (2006).

Holoubek/Fuchs/ Weinhandl, Vergaberecht (2005).

Kandhofer/Seyfried (Hrsg.), Interne Revision und Vergaberecht.

Koba, Zamówienia na dostawy i usługi. Poradnik (2004).

Krejci, Muss ein Abweichen von ÖNORMEN bei Ausschreibungen nach dem BvergG 2006 sachlich gerechtfertigt sein? RPA 2006, 70.

Kropik, Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006, ZVB 2006/31.

Müller, Zur Frage der Zulässigkeit der Wiederaufnahme von Verhandlungen, RPA 2007.

Norek, Prawo Zamówień publicznych. Komentarz (2005).

Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007).

Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1.

Sachs/Hahnl, Das neue Bundesvergaberecht. Leitfaden für Länder und Gemeinden. Novelle 2007 - geänderte Schwellenwerte - Projektfinanzierung – Finanzkontrolle (2008).

Schnitzer, The External Sphere of Public Procurement Law: Bi-regional Trade Relations from the Perspective of the European Community, PPLR 2005, 14(2).

Schnitzer, Internationales Vergaberecht (2007).

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel(Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005).

Schwartz, BVergG-Kurzkomentar (2003).

Schwarz, Der Sinn des Bestbieterprinzips, ZVB 2002/98.

Schwarze (Hrsg.), EU Kommentar (2000).

Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz (2007).

Sundström, Neuere Rechtsprechung zu ausgewählten Fragen des Vergaberechts, ecolex 2009, 20.

Szczepański, Zamówienia publiczne (2004).

Szostak, Przetarg nieograniczony na zamówienia publiczne - zagadnienia konstrukcyjne (2005), S. 222.

Szostak, Cywilnoprawna odpowiedzialność zamawiającego – organizatora postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, PZP z 2008, Nr 8.

Śledziwska, Formy współpracy podmiotów zainteresowanych wspólną realizacją zamówień publicznych. Konsorcja. Podwykonawstwo, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (2004).

Walter, Mayer, Kucsko- Stadlmayr, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts (2007).

Werschitz/Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht. Grundzüge des Verfahrens der öffentlichen Auftragsvergabe (2005).

Werschitz/Ragoßnig, Das österreichische Vergaberecht (2006).

1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage – Materialien.

Österreichische Rechtsprechung

- VfGH 23.02.1999, B 3203/96, VfSlg 15.406.
VfGH 30.11. 2000, G110/99 ua, RIS Slg. 16027.
VfGH 12.06.2001, B 1035/99, RIS.
VfGH 9.10.2001, G 10/01, RIS.
VfGH 9.11.2001, B 659/98, RIS.
VfGH 10.12.2001, B 405/99, RIS.
VfGH 25.02.2002, B 357/00, RPA 2002, 118.
VfGH 22.09.2003, B 1725/01, RIS.
VfGH 13.10.2005, K I-2/05-20, K I-3/05-14, B 573/05-11, RIS.
- VwGH 22.03.2000, 2000/04/0031, RIS.
VwGH 22.03.2001, 2000/04/0029, RIS.
VwGH 4.09.2002, 2000/04/0181, RIS.
VwGH 24.09.2003, 2000/04/0106=ZVB 2004, 55.
VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186=RPA 2004, 92=ZVB 2004, 189=RdW 2004, 345.
VwGH 30.06. 2004, 2002/04/0011, RIS.
VwGH 30.07.2004, 2002/04/0011, AB 1118 BlgNR 21.GP 24.
VwGH 21.12.2004, 2002/04/0140, RIS.
VwGH 25.02.2005, 2001/04/0215, RIS.
VwGH 29.06. 2005, 2002/04/0180, RIS.
VwGH 24.02.2006, 2004/04/0083, RIS.
VwGH 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157, RIS.
VwGH 11.01.2009, 2009/04/0203, RIS.
VwGH 18.03.2009, 2007/04/0234, RIS.
VwGH 10.12.2009, 2009/04/0250, RIS.
- OGH 29.11.1989, 1 Ob 663/89=JBl 1990, 520=ecolex 1990, 144.
OGH 22.11.1994, 4 Ob 573/94=ecolex 1995, 328.
OGH 25.02.1999, 6 Ob 320/98, zitiert nach *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 839.
OGH 20.01.2000, 6 Ob 69/99m, RIS.
OGH 28.03.2000, 1 Ob 201/99m=SZ 73/55=JBl 2000, 519=EvBL 2000/166=ecolex 2000,646.
OGH 24.10.2000, 1Ob 140/00, zitiert nach *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 1007.
OGH 27.06.2001, 7 Ob 200/00p, JBL 2002, 117=ZVB 2001, 143.
OGH 28.05.2002 Rd W 2002/658.
OGH 11.06.2008, 7Ob 56/08y, EvBL 2009/05 (*L.Bauer*)=RdW 2009/38, 27.
OGH 7.08.2008, 5 Ob 146/08a, RIS.
- BVA 13.12.1994, S-4/94-33=WBl 1996, 413.
BVA 8.02.1996, N-1/96-4=wbl 1997, 83.
BVA 20.06.1996, F-1/96-17=WBL 1997, 86.
BVA 9.04.1997, F-18/96-29, zitiert nach *Schramm/Aicher /Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2004), S. 1111.
BVA 2.07. 1997, N-4/97-17, zitiert nach *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 996.

BVA 7.04.2000, N-45/99-74, N-46/99, N-3/00-44, RIS.
 BVA 5.01.2003, 08N-94/03-192=RPA-Slg 2004/53.
 BVA 14.01.2003, BVA 09N-100/03-19=RPA 2004, 48.
 BVA 3.04.2003, 10F-14/02-25, RIS.
 BVA 5.06.2003, 09N-37/03-6, RIS.
 BVA 9.02.2004, 10N-137/03-20, RIS.
 BVA 26.04.2004, 12 N-2/04-55, ZVB 2004, 228.
 BVA 29.09.2005, 11N-89/05-7, RIS.
 BVA 20.01.2006, 03N-131/05-23, RIS.
 BVA 17.03.2006, N/0007-BVA/05/2006, RIS.
 BVA 21.06.2006, N/0033-BVA/13/2006-28, RIS:
 BVA 08.09.2006, N/0070-BVA/05/2006-24, RIS.
 BVA 2.01.2007, N/0093-BVA/05/2006-57, RIS.
 BVA 26.01.2007, N/0105-BVA/07/2006-42, RIS.
 BVA 10.10.2007, F/0003-BVA/04/2007-21u, RIS.
 BVA 11.01.2008, N/0112-BVA14/14/2007-20, RIS.
 BVA 3.06.2008, N/0049-BVA/12/2008-23, RIS.
 BVA 10.12.2008, N/0138-BVA/08/2008-57, RIS.
 BVA 17.03.2009, N/0078-BVA/08/2008-347, RIS.
 BVA 25.03.2009, N/008-BVA/12/2009-17, RIS.
 BVA 8.04.2009, N/0016- BVA/04/2009-15, RIS.
 BVA 12.05.2009, N/0026-BVA/02/2009-15, RIS.

UVS Tir 20.08.2003, 2003/21/117-3 zitiert nach *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*,
 Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 549.
 UVS Tir 9.02.2004, 2004/K 11/002-2, zitiert nach *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*,
 Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 549.
 VKS Wien 7.11.2003, zitiert nach *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz
 2002. Kommentar (2005), S. 549.
 VKS Wien 7.11.2003, VKS 7732/03, zitiert nach *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*,
 Bundesvergabegesetz 2002. Kommentar (2005), S. 549.

Polnische Rechtsprechung

SN 29.11. 1999 r., III CKN 474/98, LEX Nr. 142585.

SN 6.07.2001, III RN 16/01, OSNCP 2001, Nr. 22, Pos. 657.

SN 13.01. 2004, V CK 97/03, zitiert nach *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżonowski*, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 78.

SN 21.10.2005, III CZP 74/05, Biuletyn SN 2005/10/7.

SA w Warszawie, V SA/ Wa 496/07, zitiert nach *Elżanowska/ Śledziwska*, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka (2007), S. 9.

SA w Poznaniu 5.03.2008, I ACa 85/08, LEX nr 446207.

SO w Warszawie 18.12.2002, V Ca 1311/02 zitiert nach *Stachowiak/Jerzykowski/Dzierżanowski*, Prawo zamówień publicznych (2007), S. 185.

SO w Warszawie 12.5.2006, V Ca 110/06, zitiert nach *Elżanowska/ Śledziwska*, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka (2007), S. 9

ZA 20.01.2005, UZP/ZO/0-34/05, LEX Nr. 171813.

ZA 30.06.2005 r., UZP/ZO/0-1579/05, <http://starewww.uzp.gov.pl/odwolania/wyroki/pdf/2005/0-1579-05.pdf>.

ZA 24.05.2006, Sygn. akt UTP/ZO/0-1442/06, zitiert nach *Elżanowska/ Śledziwska*, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka (2007), S. 9.

ZA 13.06.2006, Sygn. akt UZP/ZO/0-1667/06, zitiert nach *Elżanowska/ Śledziwska*, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka (2007), S. 13

ZA 26.07.2006, Sygn. akt UZP/ZO/0-2136/06, zitiert nach *Elżanowska/ Śledziwska*, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka (2007), S. 21.

ZA 16.08.2006, Sygn. akt UZP/ZO/0-2255/06, zitiert nach *Elżanowska/ Śledziwska*, Prawo zamówień publicznych. Zbiory orzecznictwa Becka (2007), S. 26.

KIO 10.01.2008, KIO/UZP 46/07, LEX Nr. 393501.

KIO 18.01.2008, KIO/UZP 86/07, LEX Nr. 393563.

KIO 25.01.2008, KIO/UZP 109/07, LEX Nr. 374345.

KIO 18.03.2008, KIO/UZP 197/08, LEX Nr. 393501.

KIO 18.3.2008, KIO/UZP 197/98, LEX Nr. 396165.

KIO 2.04.2008, KIO/UZP 242/08, LEX Nr. 395951.

KIO 3.04.2008, KIO/UZP 246/08, LEX Nr. 395937.

KIO 5.05.2008, KIO/UZP 372/08, LEX Nr. 428559.

KIO 13.05.2008, KIO/UZP 405/08, LEX Nr. 428347.

KIO 07.07.2008, KIO/UZP 614/08; KIO/UZP 623/08, LEX Nr. 443455.

KIO 17.07.2008, KIO/UZP 680/08, LEX Nr. 443405.

KIO 9.04.2008, KIO/UZP 268/08 LEX Nr. 395897.

KIO 16.04.2008, KIO/UZP 296/08, KIO/UZP 303/08, LEX Nr. 409587.

KIO 23.04.2008, KIO/UZP 329/08, LEX Nr. 408931.

KIO 5.05.2008, KIO/UZP 372/08, LEX Nr. 428559.

KIO 26.08.2008, KIO/UZP 830/08, LEX Nr. 448641.

KIO 7.11.2008, KIO/UZP 1164/08, LEX Nr. 466706.

KIO 21.01.2009, KIO/UZP 39/09, LEX Nr. 485683.

Rechtsprechung des EuGH und EuGEI

EuGH 10.12.1968, Rs 7/68 (Kommission/Italien), Slg 1968, 634.

EuGH 14.07.1977, Rs C-1/77 (Robert Bosch/ Hauptzollamt Hildesheim), Slg 1977, 1473.

EuGH 10.02.1982, Rs 76/81 (SA Transporoute et travaux/Ministère des travaux publics), Slg 1982, 417.

EuGH 10.07.1984, Rs C-72/83 (Campus Oil/Minister for Industry and Energy), Slg 1984, 2727.

EuGH 09.07.1987, Rs 27 bis 29/86 (CEI und Bellini), Slg 1987, 3347.

EuGH 10.03.1987, Rs 199/85 (Kommission/Italien), Slg 1987, 1039.

EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 (Beentjes), Slg 1988, 4635.

EuGH 22.06.1989, Rs 103/88 (Fratelli Costanzo), Slg 1989, 1839.

EuGH 16.05.1991, Rs 263/85 (Kommission/Italien), Slg 1991, I-2457.

EuGH 10.12.1991, Rs C-179/90 (Merci convenzionali porto di Genova SpA/Siderurgica Gabrielli SpA), Slg 1991, I-5889.

EuGH 18.03.1992, Rs C-24/91 (Kommission/Spanien), Slg 1992, I-1989.

EuGH 03.07.1992, Rs C-360/89 (Kommission/Italien), Slg 1992, I-3401.

EuGH 09.07.1992, Rs C-2/90, (Kommission/Belgien), Slg 1992, I-4431.

EuGH 10.11.1992, Rs C-3/91 (Exportur SA /LOR SA und Confiserie du Tech SA), Slg 1992, I-5529.

EuGH 22.07.1993, Rs C-243/89 (Kommission/Dänemark), (Brücke über den Storebält), Slg 1993, I-3353.

EuGH 02.08.1993, Rs C-107/92 (Kommission/Italien), Slg 1993, I-4655.

EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 (Kommission/Spanien), Slg 1993, I-5923.

EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 (Ballast Nedam Groep NV/Belgischer Staat), Slg 1994, I-1289.

EuGH 26.04.1994, Rs C-272/91 (Kommission/Italien), Slg 1994, I-1409.

EuGH 03.05.1994, Rs C-328/92 (Kommission/Spanien), Slg 1994, I-1589.

EuGH 24.01.1995, Rs C-359/93 (Kommission/Niederlande), Slg 1995, I-157.

EuGH 28.03.1995, Rs C-324/93 (EvansMedical), Slg 1995, I-563.

EuGH 18.05.1995, Rs C 57/94 (Kommission/Italien), (Ascoli Mare II), Slg 1995, I-1249.

EuGH 28.03.1996, Rs C-318/94 (Kommission/Deutschland), (Baggerarbeiten an der Unterems), Slg 1996, I-1949.

EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94 (Kommission/Belgien), Slg 1996, I-2043.

EuGEI 08.05.1996, T-19/95 (Adia/Interim/Kommission), Slg 1996, II-321.

EuGH vom 19.09.1996, Rs C-236/95 (Kommission/Griechenland), Slg 1996, I-04459

EuGH 16.10.1997, Rs C-304/96 (Hera), Slg 1997, I-5685.

EuGH 15.01.1998, Rs C-44/96 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG u. a./Strohal Rotationsdruck GesmbH), Slg 1998, I-73.

EuGH 19.02.1998, Rs C-360/96 (Gemeente Arnhem und Gemeente Rheden/BFI Holding BV), Slg 1998, I-6821.

EuGH 17.09.1998, Rs C 323/96 (Kommission/Belgien), Slg 1998, I-5063.

EuGH 17. 12.1998, Rs C-306/97 (Connemara Machine Turf Co. Ltd /Coillte Teoranta), Slg 1998, I-8761.

EuGEI 17.12.1998, Rs T-203/96 (Embassy Limousines & Services/Parlament), Slg 1998, II-4239.

EuGH 09.09.1999, Rs C-108/98 (RI.SAN. Srl /Comune di Ischia, Italia Lavoro SpA und Ischia Ambiente SpA), Slg 1999, I-5219.

EuGH 16.09.1999, Rs C-27/98 (Fracasso und Leischutz), Slg 1999, I-5697.

EuGH vom 28.10.1999, Rs C-81/98, (Alcatel Austria), Slg 1999, Seite I-07671.

EuGEI 06.07.2000, Rs T-139/99 (AICS/Parlament), Slg 2000, II-2849.

EuGH 26.09.2000, Rs C-225/98 (Kommission/Frankreich), Slg 2000, I-7445.

EuGH 03.10.2000, Rs C-380/98 (The Queen/H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge), Slg 2000, I-8035.

EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98 (Telaustria), Slg 2000, I-10745.

EuGH 01.02.2001, Rs C-237/99 (Kommission/Frankreich), Slg 2001, I-939.

EuGH 18.10.2001, Rs 19/00 (SIAC Construction), Slg 2001, I-7725.

EuGH 27.11.2001, Rs C-285/99 (Lombardini), Slg 2001, I-9233.

EuGH 27.11.2001, Rs C-286/99 (Mantovani), Slg 2001, I-9233.

EuGEI 26.02.2002, T-169/00 (Esedra/Kommission), Slg 2002, II-609.

EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00 (Hospital Ingenieure), Slg 2002, I-5553.

EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99 (Concordia Bus Finland), Slg 2002, I-7213.

EuGEI 28.11.2002, Rs T-40/01 (Scan Office Desing), Slg 2002, II-5043.

EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 (Universale-Bau AG/Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH), Slg 2002, I-11617.

EuGH 23.01.2003, Rs C-57/01 (Makedoniko Metro), Slg 2003, I-1091.

EuGH 27.02.2003, Rs C 373/00 (Adolf Truley GmbH/Bestattung Wien GmbH), Slg 2003, I-01931.

EuGH vom 9.4.2003, C-424/01 (CS Communications), Slg 2003, Seite I-03249.

EuGH 10.04.2003, Rs C-20/01 und 28/01 (Kommission/Deutschland), Slg 2003, I-3609.

EuGH vom 15.05.2003, Rs C-214/00, (Kommission/Spanien), Slg 2003, I-04667

EuGH 22.05.2003, Rs C-18/01 (Korhonen), Slg 2003, I-5321.

EuGH vom 19.06.2003, Rs C-249/01, (Hackermüller), Slg 2003, I-06319.

EuGH 19.07.2003, Rs C-315/01 (GAT), Slg 2005, II-3649.

EuGH 16.10.2003, Rs C-283/00 (Kommission/Spanien), Slg 2003, I-11697.

EuGH 16.10.2003, Rs C-244/02 (Kauppatalo Hansel), Slg 2003, I-12139.

EuGH 04.12.2003, Rs C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg 2003, I-14527.

EuGH 7.10.2004, Rs C-247/02, (Sintesi SpA), Slg 2004, I-9215.

EuGH vom 12.2.2004, Rs C-230/02 (Grossmann Air Service), Slg 2004 Seite I-01829.

EuGH 15.05.2004, Rs C-214/00 (Kommission/Spanien), Slg 2003, I-4667.

EuGH 14.09.2004, Rs C-385/02 (Kommission/Italien), Slg 2004, I-8121.

EuGH 14.10.2004, Rs C-275/03, *Kommission/Portugal* (nicht in der Slg veröffentlicht);

EuGH 18.11.2004, Rs C-126/03 (Kommission/Deutschland), Slg 2004, I-11197.

EuGH 11.01.2005, Rs C-26/03 (Stadt Halle), Slg 2005, Seite I-00001.

EuGH 02.06.2005, Rs C-394/02 (Kommission/Griechenland), Slg 2005, I-4713.

EuGH 2.07.2005, Rs C-15/04 (Koppensteiner), Slg 2005, I-04855.

EuGH 08.09.2005, Rs C-129/04 (Espace Trianon), Slg 2005, I-7805.

EuGH 24.11.2005, Rs C-331/04 (ATI EAC und andere), Slg 2005, I-10109.

EuGH 13.12.2007, Rs C-337/06 (Bayerischer Rundfunk), Slg 2007, I-11173.

EuGH 18.12.2007, Rs C-357/06 (Frigerio Luigi & C.), Slg 2007, I-12311.

EuGH 10.01.2008, Rs C-70/06 (Kommission/Portugal), Slg 2008, I-1.

Rechtsvorschriften

Österreich

Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG), BGBl. Nr. 1/1930 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 127/2009.

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB), JGS Nr. 946/1811, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009.

Gesetz über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten - Zivilprozessordnung – ZPO, BGBl. Nr. 113/1895, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 137/2009.

Verfassungsgerichtshofgesetz 1953 – VfGG, BGBl. Nr. 85/1953, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008.

Bundesgesetz vom 31. März 1965 über die Beschränkung der Schadenersatzpflicht der Dienstnehmer (Dienstnehmerhaftpflichtgesetz), BGBl. Nr. 80/1965, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 169/1983.

Bundesgesetz vom 23.01.1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), BGBl. Nr. 60/1974, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 98/2009.

Bundesgesetz vom 12. Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien (Mediengesetz MedienG), BGBl. Nr. 314/1981 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2009.

Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG, BGBl. Nr. 448/1984, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 79/2007.

Verwaltungsgerichtshofgesetz 1985 – VwGG, BGBl. Nr. 10/1985, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008.

Verwaltungsstrafgesetz 1991 – VStG, BGBl. Nr. 52/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009.

Verwaltungsvollstreckungsgesetz 1991 – VVG, BGBl. Nr. 53/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 3/2008.

Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, BGBl. Nr. 51/1991, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009.

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz –BVergG), BGBl. Nr. 462/1993.

Gewerbeordnung 1994 - GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 135/2009.

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 1997–BVergG), BGBl. 56/1997.

Bundesgesetz über elektronische Signaturen - Signaturgesetz – SigG, BGBl. I Nr. 190/1999, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 59/2008.

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2002–BVergG), BGBl. I Nr. 99/2002.

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 326/2008 und BGBl. II Nr. 125/2009 (Betragsanpassung durch V).

Verordnung der Bundesregierung, mit der die ÖNORM-EN 45503 für Bescheinigungen im Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 1997 für verbindlich erklärt wird (Bescheinigungsverordnung), BGBl. II Nr. 251/1997.

Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Anpassung der im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerte –Schwellenwerteverordnung 2006, BGBl. II Nr. 193/2006.

Verordnung des Bundeskanzlers über die Festlegung des Publikationsmediums für Bekanntmachungen gemäß dem Bundesvergabegesetz 2006 – Publikationsmedienverordnung 2006, BGBl. II Nr. 300/2006.

Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerten –Schwellenwerteverordnung 2009, BGBl. II Nr. 125/2009.

Kundmachung des Bundeskanzlers betreffend die Verfahren für die Übermittlung von Bekanntmachungen und Mitteilungen auf Grund des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. II Nr. 36/2006. StF: BGBl. II Nr. 36/2006

Landesgesetze

Gesetz über die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz - K-VergRG), LGBl. Nr. 17/2003, zuletzt geändert durch: LGBl. Nr. 68/2009.

Gesetz über die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen (Vorarlberg), LGBl. Nr. 1/2003, 53/2006.

Gesetz vom 14. Dezember 2006 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Burgerländisches Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG), LGBl. Nr. 66/2006.

Gesetz vom 5. Juli 2006 über die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in Tirol (Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006), LGBl. Nr. 70/2006.

Landesgesetz über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006), LGBl. Nr. 130/2006.

Gesetz vom 17. Oktober 2006 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz - StVergRG), LGBI. Nr. 154/2006.

Gesetz vom 7. Februar 2007 über die Kontrolle der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007- S.VKG 2007), LGBI Nr 28/2007, Änderungen: LGBI Nr 24/2009, LGBI Nr 58/2009.

Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007(WVRG 2007), 22/12/2006 LGBI. Nr. 65/2006, 25/02/2009 LGBI. Nr. 18/2009.

NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBI 7200-1, Gliederungszahl 7200-1; CELEX-Nr. 389L0665, 392L0013.

Polen

Verfassung der Polnischen Republik vom 17. April 1997, Dz.U. 1997 Nr. 78, Pos. 483, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 114 Pos.946.

Gesetz über das Recht der öffentlichen Aufträgen, Dz. U. 2004, Nr. 19 Pos. 177 zuletzt geändert durch .Dz.U. 2008, Nr. 220 Pos. 1420.

Gesetz vom 23. April 1964 – Zivilgesetzbuch, Dz.U. 1964 Nr. 16 Pos. 93, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 131, Pos.1075.

Gesetz vom 17. November 1964 - Gesetzbuch des Zivilverfahrens, Dz.U. 1964, Nr. 43, Pos. 296, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 69, Pos.593.

Gesetz vom 25. September 1981 über die staatlichen Unternehmen, Dz. U. 1981, Nr. 24, Pos. 122, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009, Nr. 157, Pos. 1241.

Gesetz vom 6. April 1984 über die Fonds, Dz.U. 1984 Nr. 21 Pos. 97, zuletzt geändert durch Dz.U. 2005, Nr. 175 Pos. 1462.

Gesetzes vom 1. August 1997 über den Verfassungsgerichtshof, Dz.U. 1997 Nr. 78, Pos. 483, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009, Nr.178, Pos.1375.

Gesetz vom 8. März 1990 über die kommunale Selbstverwaltung, Dz. U. 1990 Nr. 16, Pos. 95, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 157, Pos.1241.

Gesetz vom 29. Dezember 1993 über öffentlichen Rundfunk und Fernsehen, Dz.U. 1993 Nr. 7, Pos. 34, zuletzt geändert durch Dz.U.2009 Nr. 201, Pos.1540.

Gesetz vom 30. Juni 2005 über die öffentlichen Finanzen, Dz.U. 1994 Nr. 89, Pos. 414, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 161, Pos. 1279.

Gesetz vom 16. April 1993 über Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs. Dz.U. 1993 Nr. 47, Pos. 211, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 201, Pos. 1540.

Gesetz vom 7.07.1994 – Das Baurecht, Dz.U. 1994 Nr. 89, Pos. 414, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 161, Pos. 1279.

Gesetz vom 9. Januar 2009 über Bau- und Dienstleistungskonzessionsaufträge, Dz.U. 2009 Nr.19; Pos.101, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 223, Pos. 1778.

Gesetz vom 22. Januar 1999 über den Schutz der nicht öffentlichen Informationen, Dz.U. 1999 Nr 11, Pos.95, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 178, Pos.1375.

Gesetz vom 7. Oktober 1999 r. über die polnische Sprache, Dz.U. 1999, Nr.90, Pos. 999, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 161, Pos. 1280.

Gesetz vom 5. Juli 2001 über Preise, Dz.U. 2001 Nr. 97; Pos. 1050, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 118, Pos.989.

Gesetz vom 6. September 2001 über Zugang zur öffentlichen Information, Dz.U. 2001, Nr. 112, Pos. 1198, zuletzt geändert durch Dz.U. 2005, Nr.132, Pos.1110.

Gesetz vom 28. Oktober 2002 über die Haftung der Gesamtsubjekte für Straftaten, Dz.U. 2002, Nr. 197, Pos. 1661, zuletzt geändert durch Dz. U. 2009, Nr. 201, Pos.1540

Gesetz vom 17. Dezember 2004 über die Haftung für die Verletzung der Disziplin öffentlicher Finanzen, Dz.U. 2005 Nr 14, Pos. 114, zuletzt geändert durch Dz.U. 2009 Nr. 223, Pos.1778.

Gesetzes vom 30. August 1996 über Kommerzialisierung und Privatisierung der staatlichen Unternehmen Dz.U. 1996, Nr. 118, Pos. 561, zuletzt geändert durch Dz.U.2009 Nr. 157, Pos.1241.

Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 18. Mai 2006 über Unterlagen, welche der Auftraggeber von den Auftragnehmern verlangen kann und über Formen, in denen die Dokumente eingereicht werden können, Dz.U. 2006 Nr. 87, Pos. 605, zuletzt geändert durch Dz.U. Nr. 188, Pos.1155.

Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 25. August 2006 über die Jahresinformationen, die im Jahresbericht über vergebene Aufträge enthalten sind, über ihre Vorlage und die Übermittlungsart, Dz.U. 2006 Nr. 155, Pos. 1110.

Verordnung des Ministerpräsidenten vom 9. Juli 2007 über Höhe und Art der Gebührenerhöhung vom Widerruf und über die Kostenarten in den Berufungsverfahren sowie über die Art ihrer Berechnung, Dz.U. 2007 Nr. 128, Pos. 886, zuletzt geändert durch Dz.U. 2008 Nr. 182, Pos. 1122.

Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 2. Oktober 2007 über Ordnung des Verfahrens beim Verhandeln der Berufungen, Dz.U. 2007 Nr. 187, Pos. 1327, zuletzt geändert durch Dz.U. 2008 Nr. 188, Pos.1156.

Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 19. Dezember 2007 über Werte der Aufträge und Wettbewerbe, von denen Pflicht zur Übermittlung der Bekanntmachungen auf das Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften, Dz.U. 2007 Nr. 241, Pos. 1762.

Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 19. Dezember 2007 über den mittleren Wechselkurs des Złoty's im Verhältnis zum EURO als Grundlage der Umrechnung des Wertes öffentlicher Aufträge, Dz. U. 2007 Nr. 241, Pos. 1763.

Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 16. Oktober 2008 über die Muster für die im Bulletin der Öffentlichen Ausschreibungen vorzunehmenden Bekanntmachungen, Dz.U. 2008 Nr. 188, Pos. 1153.

Verordnung des Präsidenten des Ministerrates vom 16. Oktober 2008 über das Protokoll des Verfahrens zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags, Dz. U. 2008 Nr. 188, Pos. 1154.

Europäische Union

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Amtsblatt Nr. C 115 vom 9 Mai 2008.

Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge. ABl. L 395 vom 30.12.1989.

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. L 76 vom 23.3.1992.

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. L 134 vom 30.4.2004.

Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge. ABl. L 134 vom 30.4.2004.

Richtlinie 2005/51/EG der Kommission vom 7. September 2005 zur Änderung von Anhang XX der Richtlinie 2004/17/EG und von Anhang VIII der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über öffentliche Aufträge. ABl. L 257 vom 1.10.2005.

Richtlinie 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates im Hinblick auf die Verbesserung der Wirksamkeit der Nachprüfungsverfahren bezüglich der Vergabe öffentlicher Aufträge. ABl. L 335 vom 20.12.2007.

Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV). ABl. L 340 vom 16.12.2002.

Verordnung (EG) Nr. 2151/2003 der Kommission vom 16. Dezember 2003 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV). ABl. L 329 vom 17.12.2003.

Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß der Richtlinie 2004/17/EG und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates. ABl. L 257 vom 1.10.2005, S. 1–126.

Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 der Kommission vom 7. September 2005 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von

Verordnung (EG) Nr. 1422/2007 der Kommission vom 4. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren. ABl. L 317 vom 5.12.2007.

Verordnung (EG) Nr. 1150/2009 der Kommission vom 10. November 2009 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1564/2005 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß den Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG des Rates. ABL. L313 vom 18.11.2009.

Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Türkei, ABl. 217 vom 29.12.1964, S. 3687–3688.

80/271/EWG: Beschluss des Rates vom 10. Dezember 1979 über den Abschluss der multilateralen Übereinkommen, die im Zuge der Handelsverhandlungen von 1973-1979 ausgehandelt wurden, ABl. L 281 vom 3.10.1981, S. 19.

93/323/EWG: Beschluss des Rates vom 10. Mai 1993 über den Abschluss eines Abkommens in Form einer Vereinbarung für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 125 vom 20.5.1993, S. 1–53.

94/1/EG, EGKS: Beschluss des Rates und der Kommission vom 13. Dezember 1993 über den Abschluss des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten sowie der Republik Österreich, der Republik Finnland, der Republik Island, dem Fürstentum Liechtenstein, dem Königreich Norwegen, dem Königreich Schweden und der Schweizerischen Eidgenossenschaft L1 vom 3.01.1994, S-1-1.

97/474/EG: Beschluss des Rates vom 24. Februar 1997 über den Abschluss zweier Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Staat Israel über die Beschaffungen der Betreiber von Telekommunikationsdiensten bzw. über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. L 202 vom 30.7.1997, S. 72–73.

97/784/EG: Beschluss des Rates vom 22. April 1997 über den Abschluss des Abkommens über die Beschaffung im Telekommunikationssektor und des Abkommens in Form eines Memorandums über die Beschaffung durch private Betreiber von Telekommunikationsdiensten zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Republik Korea, ABl. L 321 vom 22.11.1997, S. 30–31.

Beschluss Nr. 1/2000 des Gemischten Rates EG-Mexiko vom 23. März 2000 eingesetzt mit dem Interimsabkommen über Handel und handelsbezogene Fragen zwischen der Europäischen Gemeinschaft einerseits und den Vereinigten Mexikanischen Staaten

andererseits vom 8. Dezember 1997 zur Festlegung seiner Geschäftsordnung - Geschäftsordnung des Gemischten Ausschusses, Amtsblatt Nr. L 157 vom 30/06/2000 S. 0006 – 0009.

2002/309/EG, Euratom: Beschluss des Rates und — bezüglich des Abkommens über die wissenschaftliche und technische Zusammenarbeit — der Kommission vom 4. April 2002 über den Abschluss von sieben Abkommen mit der Schweizerischen Eidgenossenschaft, ABl. L 114 vom 30.4.2002, S. 1–5.

Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Chile andererseits – Schlussakte, ABl. L 352 vom 30.12.2002, S. 1–1450.

2004/239/EG, Euratom: Beschluss des Rates und der Kommission vom 23. Februar 2004 über den Abschluss des Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommens zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien andererseits, ABl. L 84 vom 20.3.2004, S. 1–2.

Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Albanien andererseits, ABl. L 107 vom 28.4.2009, S. 166–502.

LEBENS LAUF

Persönliche Daten:

Name Mag. Aneta Wala
Geburtsdatum 27.04.1981 in Kędzierzyn-Koźle, Polen

Ausbildung:

09/2007 - (02/2011) Referendariat zur Rechtsberaterin bei der Bezirkskammer der
Rechtsberater in Opole, Polen
10/2007 – 09/2010 Doktoratstudium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Universität Wien, Österreich
02/2002 – 11/2006 Magisterstudium an der Fakultät für Psychologie der Warschauer
Universität, Polen
10/2000 – 10/2005 Magisterstudium an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Warschauer Universität, Polen
09/2004 – 07/2005 Studium zum Europäischen und komparativen Recht im Rahmen des
Socrates–Erasmus Programms an der Universität Maastricht,
Niederlanden
09/1996 – 06/2000 Lyzeum Nr. II in Kędzierzyn – Koźle, Polen

Bisherige Tätigkeiten:

03/2010 – 07/2010 Praktikantin bei der Europäischen Kommission, DG Binnenmarkt
und Dienstleistungen, Direktion C III Vergabewesen, Brüssel,
Belgien
01/2008 – 07/2008 Projektmitarbeiterin bei Graf Patsch Taucher Rechtsanwälte GmbH,
Wien, Österreich
02/2006 – 04/2007 Junior associate bei SALANS D. Oleszczuk Kancelaria Prawnicza
Sp. k., Warschau, Polen
10/2003 – 06/2004 Beraterin bei *Legal Clinic* der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der
Warschauer Universität, Warschau, Polen

Publikationen:

Verfassen von Fachartikel im Bereich des Vergaberechts, publiziert auf:
www.anetawala.com

Sprachen:

Polnisch (Muttersprache), Deutsch, Englisch

ABSTRACT

In der vorliegenden Dissertation sollen die ausgewählten Aspekte der Auftragsvergabe in Österreich und Polen untersucht und anschließend verglichen werden. In beiden Ländern sind die öffentlichen Aufträge im Rahmen von Vergabeverfahren anhand entsprechender Vergabegesetze zu vergeben. Das BVergG 2006 in Österreich und das PZP in Polen stellen komplexe Rechtsakte dar, die stark von dem EU Recht, vor allem von der Vergaberichtlinie, geprägt sind. Folglich normieren diese Gesetze ähnliche Aspekte der Auftragsvergabe und bedienen sich der ähnlichen Terminologie. Daraus ergibt sich aber die Notwendigkeit die entsprechenden Vorgaben des Gemeinschaftsrechts darzustellen

In Anlehnung an die Systematik des österreichischen Vergabegesetzes, werden in beiden Ländern die folgende Aspekte näher erläutert: Regelungsgegenstand, Grundsätze der Auftragsvergabe, Teilnahme an dem Vergabeverfahren, Vorbereitung des Vergabeverfahrens, Arten der Auftragsvergabe, Ablauf einzelner Vergabeverfahren, Angebot, Auswahl des Angebotes, Rechtsschutz im Vergabeverfahren.

Die vorliegende Arbeit sollte nicht eine ausführliche Darstellung der Auftragsvergabe in beiden Ländern sondern einen Überblick über das polnische und österreichische Vergabegesetz liefern. Aus diesem Grund werden einige Fragenkomplexe nicht detailliert erläutert und es wird auf die Beschreibung der anderen verzichtet. Überdies werden die oben erwähnten Aspekte hauptsächlich anhand der entsprechenden Vergabevorschriften dargestellt. Die Rechtsliteratur und die Rechtsprechung zur Auftragsvergabe werden berücksichtigt, vor allem aber dann, wenn die Vergabevorschriften an sich das Anstellen eines Rechtsvergleiches nicht ermöglichen.