

Wien, am 04.04.2018

Entwurf Bundesvergabegesetznovelle 2018

Zur Systematik des Gesetzesentwurfes und den wesentlichen Änderungen

1. Zum Gesetzesentwurf

Mit Schreiben vom 14.3.2018 hat der Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz unter der GZ BMVRDJ-600.883/0014-V/4/a/2018 den Entwurf eines Vergaberechtsreformgesetzes 2018 an den Ministerrat vorgetragen und beantragt, diesen zu genehmigen und dem Nationalrat zur verfassungsmäßigen Behandlung zuzuleiten. Dieser Entwurf entspricht im Wesentlichen dem Begutachtungsentwurf des Bundeskanzleramts zum Vergaberechtsreformgesetz 2017 GZ. BKA-600.883/003-V/8/2017, welcher nie an den Ministerrat vorgetragen wurde. Mit diesem Vergaberechtsreformgesetz 2018 soll

- das bisherige Bundesvergabegesetz 2006 einer Totalrevision unterzogen werden, das heißt, das BVergG 2006 aufgehoben und ein neues Vergabegesetz (BVergG 2018) erlassen werden (Art 1),
- bereits vorsorglich Änderungen des Bundesvergabegesetzes 2018 im Hinblick auf die zwingenden elektronischen Vergaben für öffentliche Auftraggeber ab 18.10.2018 beschlossen werden (Art 2),
- das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 im Hinblick auf elektronische Kommunikation angepasst werden (Art 3) und
- die Konzessionsvergaberichtlinie der Europäischen Union mit einem neuen Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (BVergGKonz 2018) umgesetzt werden.

Derzeit ist der Gesetzesentwurf an den Verfassungsausschuss des Nationalrats zugewiesen, diesbezügliche Beratungen wurden jedoch noch nicht aufgenommen.

In diesem Sinn regelt auch das BVergG 2018 für den Unterschwellenbereich relativ niedrige Werte für die Sonderverfahren Direktvergabe, Direktvergabe mit Bekanntmachung, nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung und Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung. Es ist jedoch davon auszugehen, dass diese Schwellenwerte erneut durch eine Schwellenwertverordnung des Bundeskanzlers an die bekannten Werte (zB EUR 100.000,00. Direktvergabe) angepasst werden.

2. *Hintergrund Vergaberechtsreformgesetz 2018*

Die Europäische Union hat das gemeinschaftliche Vergaberecht einer Totalrevision unterzogen (Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU, Vergaberichtlinie 2014/24/EU und Sektorenrichtlinie 2014/25/EU). Frist für die Umsetzung dieser neuen Richtlinien war der 18.4.2016. Mit dem nunmehrigen Vergaberechtsreformgesetz sollen diese Vergaberichtlinien in Österreichisches Recht umgesetzt werden. Gleichzeitig sollen die zwischenzeitig ergangenen EuGH-Erkenntnisse insoweit berücksichtigt werden, als dem das bisherige Bundesvergabegesetz 2006 entgegenstand: Das Bundesvergabegesetz soll an die unionsrechtlichen Anforderungen angepasst werden.

3. *Zur Systematik des Bundesvergabegesetzes 2018*

Das Bundesvergabegesetz 2018 orientiert sich weitgehend an dem bisherigen Bundesvergabegesetz 2006 und gliedert die nunmehrigen neuen unionsrechtlichen Anforderungen entsprechend ein. In diesem Sinn orientiert sich das Bundesvergabegesetz 2018 in seinen Begriffen, seinem Aufbau und seinen Verweisen an das Bundesvergabegesetz 2006. Die Vergaberechtspraxis kann daher weitgehend auf dem bisherigen Stand aufbauen und die bisherigen Judikaturen und Erkenntnisse können auf das Bundesvergabegesetz 2018 übertragen werden.

4. *Wesentliche Änderungen infolge unionsrechtlicher Vorgaben*

- 4.1 Aufgabe der Unterscheidung zwischen prioritäre und nicht prioritäre Dienstleistungen; Ersatz durch („normale“) Dienstleistungsaufträge und „besondere“ Dienstleistungsaufträge. Für besondere Dienstleistungsaufträge gilt der erhöhte Oberschwellenbereich von EUR 750.000,00; im Unterschwellenbereich ist die Direktvergabe bis EUR 100.000,00 und Direktvergabe mit Bekanntmachung bis EUR 150.000,00 schon mit Gesetzesentwurf gesetzlich zulässig (ohne Verordnung).
- 4.2 Erweiterung der Ausnahmen vom BVergG: Aufträge über Kredite und Darlehen, Dienstleistungen des Rechtsanwaltes im Zusammenhang mit der Vertretung vor Gericht/Behörden, diesbezügliche Vorbereitungen, Dienstleistungsaufträge für Personenverkehrsdienste auf Schiene/U-Bahn, Ausdehnung und Klarstellung der Ausnahmen für Inhouse-Vergaben im Sinne der EuGH-Judikatur, insbesondere auch Ausnahmen für öffentlich-öffentliche Kooperationen auf vertraglicher Basis (§ 10 Abs 3 BVergG 2018) und Zulässigkeit einer gemeinsamen, grenzüberschreitenden Auftragsvergabe mehrerer öffentlicher Auftraggeber (§ 11 BVergG 2018).
- 4.3 Bei der Schwellenwertbetrachtung kann diese auf selbständige Organisationseinheiten beschränkt bleiben, sofern diese Organisationseinheit selbständig für die Auftragsvergaben oder bestimmte Kategorien der Auftragsvergaben zuständig ist (§ 13 Abs 4 BVergG 2018).

- 4.4 Klarstellung, dass Interessenskonflikte im Zuge des Vergabeverfahrens unzulässig sind. Betroffene Mitarbeiter dürfen am Ausgang eines Verfahrens kein kommerzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse haben. Die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Vergabeverfahrens ist sicherzustellen (§ 26 BVergG 2018).
- 4.5 Einführung eines neuen Vergabeverfahrens, die Innovationspartnerschaft: Gegenstand ist die Entwicklung innovativer Waren/Bau-/Dienstleistungen und der Erwerb dieser Innovationsleistungen. Eine Innovationspartnerschaft kann mit einem oder mehreren Partnern gebildet werden. Das diesbezügliche Verfahren ist als ein besonderes Verhandlungsverfahren zu führen (§ 31 Abs 10 und §§ 118ff BVergG 2018).
- 4.6 Verpflichtende elektronische Auftragsvergaben für zentrale Beschaffungsstellen im Oberschwellenbereich (§ 48 Abs 2a BVergG 2018) und ab 18.10.2018 für alle öffentlichen Auftraggeber (Art 2 Vergaberechtsnovelle). Umfangreiche Regelungen zur elektronischen Kommunikation und damit verbundenen Verpflichtungen zur Datenintegrität, zu den elektronischen Kommunikationsmitteln und deren Anforderungen/Spezifikationen und zur elektronischen Signatur/zum elektronischem Siegel (§ 48 BVergG 2018).
- 4.7 Vorinformationen (unverbindliche Bekanntmachungen) können beim nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung eine weitere Bekanntmachung ersetzen! Damit ist für öffentliche Auftraggeber ein erhebliches Zeiteinsparungspotential erzielbar, ohne dass diese verpflichtet sind, bereits ein verbindliches Vergabeverfahren zu starten (§ 57 Abs 2 2018). Alle Interessenten sind sodann gleichzeitig zu einer Interessensbestätigung aufzufordern (§ 124 BVergG 2018).
- 4.8 Zusätzliche Verpflichtungen für die Auftraggeber gibt es in Bezug auf vergebene Aufträge. Diese sind auch im Unterschwellenbereich ab einem Auftragswert von EUR 50.000,00 unter Bekanntgabe umfangreicher Informationen (Metadaten der Kerndaten) unter www.data.gv.at bekanntzugeben und für fünf Jahre zur Verfügung zu stellen. Dies zusätzlich zu den bekannten Veröffentlichungspflichten im Oberschwellenbereich. Im Übrigen wird die Frist für die Bekanntmachung verkürzt (30 Tage nach Zuschlagserteilung; § 61 Abs 1, 62 Abs 1 und § 66 Abs 1 BVergG 2018 – die beiden letzteren Paragraphen treten erst mit 1.3.2019 in Kraft).
- Die Bekanntmachung in Österreich darf jedenfalls nicht vor der Bekanntmachung im EU-Amtsblatt oder 48 Stunden nach Absendung des Bekanntmachungsentwurfs an das EU-Amtsblatt erfolgen. Hier werden insbesondere die nationalen Amtsblätter entsprechend aufpassen müssen, dass eine Bekanntmachung im nationalen Amtsblatt nicht früher erfolgt als 48 Stunden vor ihrer Versendung (§§ 59 Abs 6 bzw 230 Abs 6 BVergG 2018).
- 4.9 Teilnahmeantragsfrist und Angebotsfristen verkürzen sich im Ober- und im Unterschwellenbereich scheinbar. So beträgt Teilnahme- und Angebotsfrist nur noch 30 Tage

im Oberschwellenbereich bzw 14 und 20 Tage im Unterschwellenbereich. Freilich verlängern sich diese Fristen, wenn die Ausschreibungsunterlagen nicht elektronisch zur Verfügung gestellt werden bzw. elektronisch übermittelt werden. Darüber hinaus müssen Angebotsfristen verlängert werden, wenn eine Ortsbesichtigung zwingend ist (§§ 70ff BVergG 2018).

4.10 Die Ausschlussgründe von Unternehmen wegen mangelnder Eignung werden erweitert um den Ausschluss von

- Unternehmen, die ihren früheren Auftrag nicht erfolgreich abgewickelt haben und es hierbei zu entsprechenden Sanktionen gekommen ist (Rücktritt/Schadenersatzforderungen),
- Unternehmen, zu denen es plausible Anhaltspunkte gibt, dass sie sich abgesprochen haben und
- Unternehmen, die versucht haben, die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen, unzulässige Vorteile erlangt haben oder fahrlässig irreführende Informationen übermittelt haben (§ 78 BVergG 2018).
- Zusätzliche Verpflichtung zum Ausschluss eines Bieters, soweit dessen Teilnahme aufgrund von Vorarbeiten den Wettbewerb verzerren würde (§ 25 Abs. 2 BVergG 2018).

4.11 Die Möglichkeit der Eigenerklärung wird auf den Unterschwellenbereich eingeschränkt. Im Oberschwellenbereich muss eine der EU-Durchführungsverordnung entsprechende Europäische Eigenerklärung vorgelegt werden (§ 80 BVergG 2018).

4.12 Elektronische Kataloge werden ermöglicht (§ 102 BVergG 2018).

4.13 Die Laufzeit der Rahmenvereinbarung darf grundsätzlich vier Jahre nicht überschreiten; in Ausnahmefällen kann eine längere Laufzeit vorgesehen werden (§ 154 Abs 5 BVergG 2018).

Für Sektorenauftraggeber (3. Teil des Bundesvergabegesetzes 2018) gelten grundsätzlich auch die oben genannten Neuerungen, jedoch mit den für Sektorenauftraggeber bereits bisher bekannten Erleichterungen, wie insbesondere erhöhte Schwellenwerte (zB Schwellenwert für besondere Dienstleistungsaufträge EUR 1 Mio), weitgehend freie Regelung des Unterschwellenbereichs sowie großzügigere Bekanntmachungsregelungen (Bekanntmachung der Aufträge oder regelmäßige nicht verbindliche Bekanntmachung oder Prüfsystem; §§ 224ff BVergG 2018). Auch für Sektorenauftraggeber gilt die Verpflichtung zur Bekanntmachung des vergebenen Auftrags bis zu EUR 50.000,00 durch die Übermittlung von Metadaten der Kerndaten der Homepage www.data.gv.at binnen 30 Tagen nach Zuschlagserteilung (§§ 232 und 237 BVergG 2018). Die letztgenannten Bestimmungen treten jedoch erst mit 1. März 2019 in Kraft.

- 4.14 Eine formale Angebotseröffnung ist – anders als bisher – auch im offenen und nicht offenen Verfahren nicht zwingend geboten (§ 133 Abs 4 bzw § 298 Abs 5 BVergG 2018). Das Protokoll der Angebotseröffnung ist jedem Bieter zu übermitteln bzw bereitzustellen.
- 4.15 Die Verpflichtung zur Lieferung statistischer Daten sehe ich sowohl inhaltlich als auch ihrem Zeitpunkt nach kritisch. Statistische Daten sind bis zum 10.2. eines Folgejahres zu übermitteln (§ 360 BVergG 2018).
- 4.16 Erstmalige Regelung über Änderungen von Verträgen während der Laufzeit und ihre Auswirkungen auf eine allfällige Vergabepflicht (§ 365 BVergG 2018). Dabei wird explizit geregelt, welche vertraglichen Änderungen jedenfalls eine wesentliche Änderung (und damit nur nach Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig sind) darstellen und welche jedenfalls und als unwesentliche Änderungen anzusehen sind. Dabei ist hervorzuheben, dass Änderungen der Auftragssumme, sofern sie den jeweiligen Schwellenwert und 10 % (Liefer- und Dienstleistungsaufträge) bzw. 15 % (Baufaufträge) der ursprünglichen Auftragssumme nicht übersteigen, als unwesentliche Änderungen anzusehen sind. Neu ist insbesondere die Möglichkeit des Vorsehens von Vertragsänderungsklauseln in den Ausschreibungsunterlagen, um die nachträgliche Würdigung als wesentliche Änderung zu verhindern. Ebenso neu ist die Festlegung, dass die Änderung des Vertragspartners eines Auftrags grundsätzlich keine wesentliche Änderung darstellt, sofern dies im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung (Übernahmefusion, Erwerb oder Insolvenz) erfolgte.
- 4.17 Verpflichtung zur Annahme und Verarbeitung elektronischer Rechnungen ab 18 (öff. Auftraggeber) bzw. 30 Monate (alle übrigen Auftraggeber, z.B. Sektorenauftraggeber) nach Veröffentlichung der Europäischen Norm (§ 368 BVergG 2018; tritt gemäß § 376 Abs 3 für zentrale öff. Auftraggeber am 18.4.2019, für alle anderen Auftraggeber am 18.4.2020 in Kraft)

5. Wesentliche Änderungen aufgrund innerstaatlicher Überlegungen

- 5.1 Die Stillhaltefrist nach einer Zuschlagsentscheidung/Widerrufsentscheidung wird gleichgeschaltet und beträgt somit auch im Unterschwellenbereich statt 7 Tagen nur mehr 10 Tage. Ebenso wurde die diesbezügliche Anfechtungsfrist durchgehend auf 10 Tage festgelegt (§ 144 Abs 1, § 306 Abs 1 und § 343 Abs 1 BVergG 2018).
- 5.2 Meldepflicht bei Bauaufträgen, deren Auftragssumme EUR 100.000,00 übersteigt an die von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse betriebene Baustellendatenbank (§ 367 BVergG 2018, § 31a des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetzes; Webanwendung).
- 5.3 Verstärkte Regelungen zum Verbot der Umgehung des Bundesvergabegesetzes (vgl zB § 20 Abs 9 BVergG 2018). Damit einhergehende Bestimmungen finden sich auch in der Regelung zur Änderung von Verträgen (§ 365 BVergG 2018).

- 5.4 Klarstellungen zur Zulässigkeit der Vorerkundung des Marktes und der Einbeziehung auch der dabei eingesetzten/kontaktierten Unternehmer (§ 24 BVergG 2018). Relativierung des Vorarbeitenverbots: gesetzliche Regelung zur Vorarbeitenproblematik entsprechend der bisherigen Rechtsprechung. An der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligte Bieter dürfen im selben Vergabeverfahren teilnehmen, sofern der öffentliche Auftraggeber alle erforderlichen Maßnahmen trifft, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb nicht verzehrt wird. Ausdrücklich geregelt wird, dass die Bereitstellung aller Informationen im Zusammenhang mit den Vorarbeiten als solche Maßnahme in Betracht kommt. Über die Maßnahmen hat der Auftraggeber einen Vergabevermerk zu erstellen (§ 25 BVergG 2018).
- 5.5 Zulässigkeit des fortgesetzten Verhandeln mit dem Bieter, der das beste Angebot gelegt hat im Unterschwellenbereich (§ 114 Abs 9 BVergG 2018), sofern dies vorbehalten wurde.
- 5.6 Das Prinzip des „technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots“ wird im Vergleich zur kleinen Bundesvergabegesetznovelle 2016 etwas entschärft. Insbesondere wird die Verpflichtung zur Vergabe nach dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot allgemein auf die Leistungen bezogen, die funktional beschrieben sind, für die ein Verhandlungsverfahren gewählt wurde, die wegen der geforderten konzeptiven/innovativen Lösung im Wege einer Innovationspartnerschaft vergeben werden oder bei denen wegen der Komplexität/Risiken eine technische Spezifikation nicht möglich ist. Bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen und bei Verkehrsdiensten im öff. Straßenpersonenverkehr nach dem ÖPNRVG sind qualitätsbezogene Aspekte in der Leistungsbeschreibung, den Eignungskriterien oder den Zuschlagskriterien vorzusehen. Nach wie vor ist bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens EUR 1 Mio. beträgt, der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen. Klargestellt wird auch, dass das beste Preis-Leistungsverhältnis neben der Bewertung von Zuschlagskriterien auch anhand eines Kostenmodells (zB Lebenszykluskostenberechnung) möglich ist: Der Zwang zur Vergabe nach dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot wird praktikabler gestaltet (§ 91, § 92 bzw § 262 und § 263 BVergG 2018).

Sektorenauftraggeber werden dem Prinzip wonach das Billigstbieterprinzip nur zulässig ist, sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den Sektorenauftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist, dem klassischen Vergaberegime gleichgeschaltet. Das zwingende Bestbieterprinzip gilt jedoch nicht für Dienstleistungen im Verhandlungsverfahren und bei der Vergabe von Bauaufträgen erst über EUR 10 Mio. Auch Sektorenauftraggeber haben Qualitätsaspekte in gewissen Fällen durch andere Methoden sicherzustellen (zB durch Beschreibung der Leistung - § 262 Abs 5 BVergG 2018).

5.7 In Bezug auf die Eignung von Subunternehmern, die nicht für die Eignung des Bieters erforderlich sind, jedoch bei der Angebotsprüfung einen Mangel aufweisen, haben öffentliche Auftraggeber diesen Subunternehmer lediglich „abzulehnen“. Anders gesprochen: Ein Eignungsmangel eines nicht notwendigen Subunternehmers hat nicht das Ausscheiden des Bieters zur Folge. Dies ergänzt nunmehr die mit der kleinen BVergG-Novelle 2016 eingeführte Verpflichtung zur Bekanntgabe aller – auch nicht notwendigen – Subunternehmer, sofern in den Ausschreibungsbestimmungen nichts anderes bestimmt ist (§ 138 Abs 3 BVergG 2018 bzw § 301 Abs 2 BVergG 2018).

6. Konzessionsvergaben

Mit der Vergaberechtsnovelle 2018 wird das Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (BVergGKonz 2018) eingeführt. Mit diesem Gesetz werden aufgrund der europarechtlichen Vorgaben (RL 2014/23/EU) nunmehr auch Dienstleistungskonzessionen dem Vergaberechtsregime unterzogen. Der Aufbau des BVergGKonz ist – soweit es erforderlich war – dem BVergG ähnlich.

Nachfolgend die wichtigsten Eckpunkte des neuen Gesetzes:

6.1 Die Ausnahmen vom BVergGKonz 2018 sind im Wesentlichen ident mit jenen des BVergG 2018. Im ursprünglichen Entwurf (2017) war vorgesehen, dass im Bereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PSO-VO) das BVergGKonz 2017 nicht zur Anwendung kommt, falls Dienstleistungskonzessionen im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene (kurz: PSO-Verordnung) vergeben werden. Es wurde stattdessen ein eigenes Bundesvergaberechtsschutzgesetz für den Öffentlichen Personenverkehr vorgesehen. Im BVergGKonz 2018 hingegen wurden die Vergaben von Dienstleistungskonzessionen über öffentliche Personenverkehrsdienste im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 einbezogen, jedoch (wie auch besondere Dienstleistungskonzessionen) nur teilweise dem Regime des BVergGKonz 2018 untergeordnet (§ 25 Abs 2 BVergGKonz 2018), wozu auch der Rechtsschutz nach BVergGKonz 2018 gehört.

Insbesondere wird geregelt, dass die Anwendbarkeit des Art 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 durch das BVergGKonz 2018 nicht berührt wird. Bemerkenswert ist, dass der Rechtsschutz des BVergGKonz 2018 auch die gesondert anfechtbare Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (in der Fassung Verordnung (EU) 2016/2338) umfasst. Das bedeutet, dass die Wahl der Direktvergabe an einen internen Betreiber bekämpfbar ist. Fristauslösend wird hier wohl die Bekanntmachung nach Art 7 Abs 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sein.

- 6.2 Das BVergGKonz 2018 kennt lediglich **einen** Schwellenwert. Aufträge, deren Gegenleistungen aufgrund der Konzession EUR 5.548.000,00 erreicht, liegen demnach im Oberschwellenbereich (§ 11 ff BVergGKonz 2018). Grundlage für die Berechnung des geschätzten Wertes einer Konzession ist der vom Konzessionär während der Vertragslaufzeit erzielte Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer aller im Zusammenhang mit der Konzession stehenden Gegenleistungen. Der Begriff Gegenleistung ist weit auszulegen (sogar Lieferleistungen aufgrund von Konzessionen sind umfasst). Der geschätzte Wert einer Konzession ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung der Konzessionsvergabe sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens durch den Auftraggeber. Wiederum bemerkenswert ist, dass die bisher übliche ex ante-Betrachtung für Fälle eingeschränkt wird, in denen der Wert der Konzession zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung mehr als 20% über dem vom Auftraggeber geschätzten Wert liegt. In diesen Fällen gilt der Wert der Konzession zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung als geschätzter Wert der Konzession. Die konkreten Auswirkungen dieser Regel auf die Praxis bleiben abzuwarten. Eine Teilung des geschätzten Auftragswertes bei Losvergabe – wie im BVergG 2018 – ist im BVergGKonz 2018 nicht vorgesehen.
- 6.3 Konzessionsverträge auf unbestimmte Zeit sind verboten (§ 13 BVergGKonz 2018). Konzessionen dürfen nur dann für mehr als 5 Jahre vergeben werden, wenn dadurch erwartet werden kann, dass aufgrund der längeren Laufzeit die Investitionen des Konzessionärs amortisiert werden können.
- 6.4 Der Auftraggeber kann das Verfahren zur Wahl des Konzessionärs grundsätzlich frei gestalten, hat aber die Bekanntmachungsvorschriften einzuhalten. Wie im BVergG 2018 gilt auch im Konzessionsvergaberecht, dass Verfahren im Oberschwellenbereich auf europäischer und nationaler, Verfahren im Unterschwellenbereich grundsätzlich auf nationaler Ebene bekanntzumachen sind. Im Unterschwellenbereich kann sogar auf eine Bekanntmachung verzichtet werden, wenn kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht. Darüber hinaus ist der Auftraggeber bei der Gestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens frei (§ 22 Abs 1). Die Grundsätze des Konzessionsvergabeverfahrens (§ 14) sind aber einzuhalten. Dem Auftraggeber ist es bei der Gestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens somit überlassen die einzelnen Verfahrensschritte festzulegen. Es kann sich um ein ein- oder mehrstufiges Verfahren handeln. Bei einer freien Gestaltung des Konzessionsvergabeverfahrens wird der Rechtsschutz dadurch gewährleistet, dass der Auftraggeber gemäß § 22 Abs. 9 den Ablauf des Verfahrens in der Ausschreibung festzulegen hat. Aus dieser Beschreibung hat hervorzugehen, welche gesondert anfechtbaren Entscheidungen (§ 2 Z 11 lit. a) es im Verfahren geben wird (vgl. auch § 55 Z 5). Die gesondert anfechtbaren Entscheidungen sind im BVergGKonz teilweise umschrieben definiert, weshalb hier ein Interpretationsspielraum bleibt: *„die Ausschreibung; die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Entscheidungen während der Verhandlungsphase bzw. der*

Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung“

- 6.5 Ein Konzessionsvergabeverfahren kann ausschließlich nach dem **Bestangebotsprinzip** geführt werden, womit vom Auftraggeber das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot auszuwählen ist. Dieses gilt wie folgt:

Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterium sind die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Gegenstand der Konzession in Verbindung stehenden Kriterien, nach welchen das für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird; die Zuschlagskriterien dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen und müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbes gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Zuschlagskriterien stehen mit dem Gegenstand der Konzession in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß der Konzession zu erbringenden Leistungen beziehen. Dies schließt Faktoren ein, die mit dem bestimmten Prozess der Herstellung oder der Bereitstellung der zu erbringenden Leistung oder des Handels damit oder einem bestimmten Prozess in Bezug auf ein anderes Stadium des Lebenszyklus zusammenhängen, auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Gegenstandes der Konzession auswirken. Zuschlagskriterien können unter anderem ökologische, soziale oder innovationsbezogene Kriterien enthalten.

- 6.6 Grundsätzlich gilt die Pflicht, Konzessionsvergaben vorab bekanntzumachen. Ausnahmen hiervon gelten bspw., wenn

- im Rahmen eines vorab bekanntgemachten Konzessionsverfahrens kein geeignetes Angebot eingelangt ist,
- die Bau- oder Dienstleistung nur von einem Unternehmer erbracht werden kann, weil
 - dieser ein einzigartiges Kunstwerk/künstlerische Leistung zu erschaffen hat,
 - aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist (technisch kann nur ein Unternehmen die Leistung erbringen) oder
 - aufgrund von Ausschließlichkeitsrechten (behördliche Rechte, geistiges Eigentum, etc.) nur ein Unternehmer die Leistung erbringen darf

sowie

- im Unterschwellenbereich, wenn kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse vorliegt (§ 22 Abs 3 BVergGKonz 2018).

- 6.7 Im Oberschwellenbereich sind Verfahren immer mit mehreren Unternehmen zu führen (ausgenommen, nur ein Unternehmen darf die Leistung erbringen), im Unterschwellenbereich gilt dies nicht zwingend (§ 22 Abs 5 und 6 BVergGKonz 2018).

6.8 Erleichterungen für die Vergabe von besonderen Dienstleistungskonzessionen (wie für Dienstleistungskonzessionen über öffentliche Personenverkehrsdienste – zu letzteren siehe bereits oben) (eingeschränkte Anwendung des BVergGKonz) sind ebenfalls vorgesehen. Die besonderen Dienstleistungskonzessionen sind analog zum BVergG 2018 im Anhang IV des BVergGKonz 2018 aufgezählt.