TE Vfgh Erkenntnis 2018/12/11 G205/2018 (G205/2018-19)

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 11.12.2018

Index

L7200 Beschaffung, Vergabe

Norm

B-VG Art14b, Art23 Abs5

B-VG Art140 Abs1 Z1 litb

Krnt VergaberechtsschutzG 2014 §6 Abs2, §6 Abs2a

BundesvergabeG 2006 §11, §141

BundesvergabeG Konzessionen 2018

JN §1

VfGG §7 Abs1

Leitsatz

Kompetenzwidrigkeit einer Wortfolge im Krnt VergaberechtsschutzG 2014 betreffend die Nachprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach dem BVergG 2006 durch das Landesverwaltungsgericht; keine Beschränkung der Gesetzgebungskompetenz der Länder durch den einfachen Bundesgesetzgeber im Bereich der "Nachprüfung" eines bundesgesetzlich geregelten "materiellen Vergaberechts" mangels bundesgesetzlich spezifischer Regelung des Vergabeverfahrens für Dienstleistungskonzessionsverträge; Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Regelung des "materiellen Vergaberechts" umfasst Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen

Spruch

I. Die Wortfolge "und Abs2a" in §6 Abs2 Z2 und §6 Abs2a des Gesetzes über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 – K-VergRG 2014), LGBl für Kärnten Nr 95/2013 in der Fassung LGBl für Kärnten Nr 18/2017, werden als verfassungswidrig aufgehoben.

II. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.

III. Der Landeshauptmann von Kärnten ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Landesgesetzblatt für Kärnten verpflichtet.

Begründung

Entscheidungsgründe

I. Anlassverfahren, Prüfungsbeschluss und Vorverfahren

1. Beim Verfassungsgerichtshof ist zur ZahlE727/2018 eine auf Art144 B-VG gestützte Beschwerde anhängig. In diesem Verfahren hat die Beschwerdeführerin mit Bekanntmachung vom 31. August 2017 die Vergabe einer

Dienstleistungskonzession im Wege eines offenen Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung nach den Bestimmungen des BVergG 2006 ausgeschrieben. Mit Nachprüfungsantrag vom 7. Dezember 2017 bekämpfte eine Bieterin in diesem Vergabeverfahren u.a. die Mitteilung der präsumtiven Zuschlagsentscheidung vom 30. November 2017 beim Landesverwaltungsgericht Kärnten.

1.1. Mit Erkenntnis vom 6. Februar 2018 erklärte das Landesverwaltungsgericht Kärnten u.a. die Mitteilung der präsumtiven Zuschlagsentscheidung vom 30. November 2017 für nichtig und traf weitere Aussprüche. Es erachtete sich im Verfahren zur Nachprüfung der Vergabe einer Dienstleistungskonzession für zuständig. Die präsumtive Zuschlagsentscheidung vom 30. November 2017 stelle eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des §6 Abs2a K-VergRG 2014 dar. Gemäß Art14b Abs3 B-VG sei die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Art14b Abs2 Z2 B-VG Landessache. Der Kärntner Landesgesetzgeber habe durch §6 Abs2a K-VergRG 2014 einen vergaberechtlichen Rechtsschutz für Dienstleistungskonzessionen geschaffen.

Die Beschwerdeführerin im Verfahren E727/2018 brachte in ihrer Beschwerde gemäß Art144 B-VG vor, dass das Landesverwaltungsgericht Kärnten zur Nachprüfung der Vergabe einer Dienstleistungskonzession gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006 nach dem K-VergRG 2014 nicht zuständig sei.

1.2. Bei der Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der Wortfolge "und Abs2a" in §6 Abs2 Z2 und des §6 Abs2a K-VergRG 2014 idF LGBl für Kärnten 18/2017 entstanden. Der Verfassungsgerichtshof hat daher am 27. Juni 2018 beschlossen, diese Gesetzesbestimmungen von Amts wegen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen.

Der Verfassungsgerichtshof ging zunächst davon aus, dass das Gesetzesprüfungsverfahren zulässig sein dürfte. Das Landesverwaltungsgericht Kärnten stützte seine Zuständigkeit auf §6 Abs2a K-VergRG 2014, sodass auch der Verfassungsgerichtshof bei der Behandlung der Beschwerde diese Bestimmung anzuwenden haben dürfte. §6 Abs2a Satz 1 K-VergRG 2014 lege im Wesentlichen fest, dass bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers als gesondert anfechtbare Entscheidung gelte. §6 Abs2a Satz 2 K-VergRG 2014 dürfte damit insofern in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, als dem Kärntner Landesgesetzgeber eine nur partielle Regelung des Nachprüfungsverfahrens für Dienstleistungskonzessionen im Fall bestimmter Direktvergaben nicht zusinnbar sei.

In der Sache ging der Verfassungsgerichtshof davon aus, dass die in Prüfung gezogenen Bestimmungen gegen Art14b B-VG verstoßen dürften. Im Einzelnen legte der Verfassungsgerichtshof seine Bedenken wie folgt dar:

"3.1. Am 1. Jänner 2003 trat mit Art14b B-VG ein neuer Kompetenztatbestand in Kraft, der die Zuständigkeit zur Gesetzgebung und Vollziehung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens regelt. Der Einfügung der Bestimmung lag unter anderem das Ziel der Schaffung eines Kompetenztatbestandes für die Erlassung eines einheitlichen Vergabegesetzes für Bund, Länder und Gemeinden durch den Bundesgesetzgeber zugrunde (vgl AB 1118 BlgNR 21. GP, 2), um die damals bestehende kompetenzrechtliche Zersplitterung des öffentlichen Auftragswesens aufzulösen (vgl in diesem Zusammenhang die Entschließung des Nationalrates vom 24. November 2000, 21. GP [E 45]; weiters Denk, Art14b B-VG, in: Korinek/Holoubek et al. [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 7. Lfg., 2005, Rz 13 ff.; Rill, Die neue Kompetenzordnung im Vergaberecht, in: Griller/Holoubek [Hrsg.], Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 2004, 5 [6]). Vor dem kam dem Bundesgesetzgeber nämlich in Ansehung des Vergabeverfahrens nur die Kompetenz zur Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bundesbereich und in der Sozialversicherung zu, nicht aber im Bereich der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände (VfSlg 15.286/1998).

Gemäß Art14b Abs1 B-VG ist nunmehr Bundessache die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Art14b Abs3 B-VG fallen. Landessache ist demnach die Gesetzgebung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Art14b Abs2 Z2 B-VG.

Die Vollziehung in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens gemäß Art14b Abs1 B-VG ist gemäß Abs2 leg.cit. zwischen Bund und Ländern geteilt. Gemäß Art14b Abs2 Z1 B-VG ist die Vollziehung Bundessache bei der Vergabe von Aufträgen zB durch den Bund (lita leg.cit.) oder durch bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften (lita leg.cit.), während gemäß Art14b Abs2 Z2 B-VG die Vollziehung Landessache zB bei der Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände (lita leg.cit.) ist. Den Ländern kommt weiters gemäß Art14b

Abs3 B-VG die Vollziehung in Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Art14b Abs2 Z2 B-VG zu.

3.2. Die Begriffe 'öffentliches Auftragswesen' und 'Nachprüfung' waren vor Inkrafttreten des Art14b B-VG nicht im B-VG enthalten. Sie sind zunächst, so die vorläufige Annahme des Verfassungsgerichtshofes, in Verbindung mit der gleichzeitig mit Art14b B-VG vom Nationalrat beschlossenen und in Kraft getretenen Stammfassung des Bundesvergabegesetzes 2002 (BVergG 2002), BGBl I 99/2002, auszulegen. Es verbietet sich nämlich die Annahme, der Nationalrat habe eine einfachgesetzliche Regelung ohne Bedachtnahme auf die am selben Tag – sogar unter einem – beschlossene Kompetenzbestimmung erlassen (vgl VfSlg 9280/1981, 17.786/2006, 19.954/2015; VfGH 26.9.2017, G347/2016).

Daran dürfte auch der Umstand, dass ausweislich der Erläuterungen der Begriff des 'öffentlichen Auftragswesens' dem 'Gemeinschaftsrecht entlehnt' und 'insofern ein offener Begriff [ist], als er nicht nur zur Umsetzung des derzeit geltenden abgeleiteten Gemeinschaftsrechts [...], sondern auch zur innerstaatlichen Umsetzung künftiger Rechtsakte und der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften auf diesem Gebiet ermächtigen soll' (vgl ebenfalls für den Begriff 'Nachprüfung' mit Hinweis in den Erläuterungen auf den Langtitel der RL 89/665/EWG, AB 1118 BlgNR 21. GP, 9 f.), nichts ändern. Zum systematischen Verständnis der Begriffe dürften zwar nach dem Willen des Verfassungsgesetzgebers ebenso die zum damaligen Zeitpunkt geltenden Bestimmungen des Unionsrechts auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens heranzuziehen sein. Doch dürfte Art14b B-VG weder eine (bloße) Transformationsermächtigung für den Gesetzgeber zur Umsetzung des Vergaberechts der Europäischen Union enthalten (Denk, aaO, Rz 24 f.) noch dürften die Begriffe 'öffentliches Auftragswesen' und 'Nachprüfung' nur anhand des (jeweils aktuellen Bestandes des) Vergaberechts der Europäischen Union auszulegen sein.

Aus den Erläuterungen dürfte sich nämlich erschließen, dass der Verfassungsgesetzgeber – neben der bereits erwähnten angestrebten Vereinheitlichung – den Bereich des öffentlichen Auftragswesens umfassend regeln und im Zuge dessen etwa auch auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes im Bereich des Vergaberechts reagieren wollte. Zum Teil ging das BVergG 2002 daher über die Regelungen, die nur auf Grund des umzusetzenden Sekundärrechts der Europäischen Union erforderlich gewesen wären, hinaus und erfasste beispielweise sowohl Vergaben im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich (AB 1118 BlgNR 21. GP, 5; siehe in diesem Zusammenhang nur VfSlg 16.027/2000).

3.3. Soweit im vorliegenden Fall die gesetzliche Regelung des Verfahrens zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen von Relevanz ist, geht der Verfassungsgerichtshof davon aus, dass der Bundesgesetzgeber dieses kompetenz-rechtlich gestützt auf Art14b Abs1 B-VG regeln darf. Dies dürfte sich schon aus den Erläuterungen zu Art14b B-VG, denen zufolge der Begriff der 'Aufträge' weit zu verstehen sei und neben Aufträgen im engeren Sinn insbesondere auch Konzessionsverträge sowie die Durchführung von Wettbewerben umfasse (AB 1118 BlgNR 21. GP, 9), ergeben.

Ebenso geht der Verfassungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass die Gesetzgebung in den Angelegenheiten der Nachprüfung von Vergaben durch Auftraggeber im Sinne des Art14b Abs2 Z2 B-VG grundsätzlich den Ländern obliegt. Systematisch dürften die in Art14b Abs3 B-VG genannten Angelegenheiten der Nachprüfung zwar einen Teilbereich der in Abs1 leg.cit. genannten Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens bilden. Ausweislich der Erläuterungen dürfte aber Art14b Abs3 B-VG das Adhäsionsprinzip zu Gunsten der Länder durchbrechen, insofern die Regelung der Angelegenheiten der Nachprüfung für Auftraggeber gemäß Art14b Abs2 Z2 B-VG nicht Sache des Bundes als zuständiger Materiengesetzgeber, sondern Sache der Länder ist (AB 1118 BlgNR 21. GP, 9 f.).

4. Vor diesem Hintergrund hat der Verfassungsgerichtshof vorläufig zunächst das Bedenken, dass es im BVergG 2006 an einer Regelung des Verfahrens zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen in einer Art und Weise fehle, die Voraussetzung dafür wäre, dass die Länder von ihrer Zuständigkeit zur Regelung des Nachprüfungsverfahrens vor Vergabekontrollbehörden bzw den Verwaltungsgerichten Gebrauch machen können. Auch dürfte nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes Art14b Abs1 B-VG den Ländern eine Regelung eines solchen Nachprüfungsverfahrens und damit eine Zuständigkeitsbegründung der Verwaltungsgerichte so lange nicht eröffnen, als der Bundesgesetzgeber einheitlich für bestimmte Vergaben öffentlicher Aufträge die ausschließliche Zuständigkeit der Zivilgerichte vorsieht:

4.1. Der Verfassungsgerichtshof versteht das Regelungssystem des Art14b Abs1 iVm Abs3 B-VG vorläufig dahingehend, dass die Kompetenz der Länder zur Gesetzgebung in Angelegenheiten der Nachprüfung von Vergabeverfahren nicht

unbeschränkt ist (so besteht sie nur so weit, als es sich nicht bereits um eine Angelegenheit des 'öffentlichen Auftragswesens' gemäß Art14b Abs1 B-VG handelt und demzufolge der Bund zur Regelung des Nachprüfungsverfahrens zuständig ist). Im Besonderen dürfte die Zuständigkeit der Länder gemäß Art14b Abs3 B-VG nicht unabhängig von der Gesetzgebung des Bundes in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens dort bestehen, wo der Bund ausschließlich zuständig ist, mithin bei der Regelung des Vergabeverfahrens, also des 'materiellen Vergaberechts', und zivilrechtlicher Bestimmungen (vgl Rill, aaO, 17 ff.). Der das Vergabenaachprüfungsverfahren regelnde Verfahrensgesetzgeber dürfte in seiner Regelungskompetenz also von der Regelung des materiellen Vergaberechts insoweit abhängig sein, als er nur einem Nachprüfungsverfahren unterwerfen und damit entsprechende Vergabekontrollzuständigkeiten begründen kann, wo der Bundesgesetzgeber materiell ein entsprechendes Vergabeverfahren vorgesehen hat. Der Bund muss also, so die vorläufige Annahme des Verfassungsgerichtshofes, von seiner Kompetenz zur Gesetzgebung gemäß Art14b Abs1 B-VG Gebrauch gemacht und hinreichend spezifische vergabeverfahrensrechtliche Regelungen erlassen haben, bevor ein Land in diesem Bereich eine gesetzliche Regelung der Nachprüfung vorsehen kann (vgl Denk, aaO, Rz 42, 52; Rill, aaO, 29 f.).

Nun sieht §11 BVergG 2006 (nur) vor, dass nur einzelne, abschließend genannte Bestimmungen des BVergG 2006 auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen Anwendung finden. Dies sind im Einzelnen die §§3 Abs1 (Öffentliche Auftraggeber), 6 (Dienstleistungsaufträge), 8 (Dienstleistungskonzessionsverträge), 49 (Freiwillige Bekanntmachungen auf Unionsebene), 87a (Besondere Bestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr), 99a (Besondere Vertragsbestimmungen betreffend den Zahlungsverkehr), 336 (Korrekturmechanismen und Verfahren der Republik Österreich mit der Kommission), 344 (Strafbestimmungen) sowie 345 Abs1 bis 3 (Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsvorschriften) BVergG 2006. Außerdem sind Dienstleistungskonzessionsverträge unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und, soweit dies erforderlich erscheint, grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet wird und das den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes entspricht, zu vergeben.

Damit verfolgt der Bundesgesetzgeber im §11 BVergG 2006 aber nach der vorläufigen Auffassung des Verfassungsgerichtshofes in Bezug auf das Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen (manche der genannten Bestimmungen betreffen anderes, etwa die Umsetzung der Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl. 2011 L 48, 1, [vgl auch Erläut RV 2170 BlgNR 24. GP, 4] oder außerstaatliche Korrekturmechanismen) nur die Zielsetzung, die sich nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union aus den primärrechtlichen Grundfreiheiten ergebenden Anforderungen festzuschreiben (vgl Erläut RV 1171 BlgNR 22. GP, 33 f.). Ein förmliches Vergabeverfahren, wie es das BVergG 2006 für andere Dienstleistungsaufträge in Umsetzung sekundären Unionsvergaberechts enthält, dürfte §11 BVergG 2006 aber nicht regeln; so ist ein Auftraggeber etwa bei der Wahl bzw der Gestaltung des Vergabeverfahrens für Dienstleistungskonzessionen – erforderlichenfalls mit mehreren Unternehmen – weitgehend frei (vgl Schramm/Öhler, in: Schramm/Aicher/Fruhmann [Hrsg.], BVergG 2006, 1. Lfg., 2009, §11 BVergG 2006, Rz 3 f.). Damit dürfte der Bundesgesetzgeber aber nicht jenes 'Mindestmaß an Vergabeverfahren' (Denk, aaO, Rz 52; vgl auch Rill, aaO, 30) vorgesehen haben, das erst eine Nachprüfung im Sinne von Art14b Abs3 B-VG ermöglicht.

Der Verfassungsgerichtshof geht daher vorläufig davon aus, dass §6 Abs2a K-VergRG 2014 schon aus diesem Grund gegen Art14b B-VG verstoßen dürfte.

4.2. Die in Prüfung gezogene Bestimmung dürfte aber auch deswegen mit Art14b B-VG in Widerspruch stehen, weil diese Verfassungsbestimmung die Ausübung der Kompetenz der Länder gemäß Art14b Abs3 B-VG davon abhängig machen dürfte, dass der Bundesgesetzgeber einen öffentlich-rechtlichen Rechtsschutz vor Verwaltungsgerichten überhaupt eröffnet und den Rechtsschutz solcher Art nicht ausschließlich vor den Zivilgerichten belassen hat.

Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass es der Bundesgesetzgeber auch unter Geltung des Art14b B-VG in der Hand hat, durch 'entsprechende Gestaltung der zivilverfahrensrechtlichen Vorschriften' einen den verfassungs- und unionsrechtlichen Anforderungen genügenden Vergaberechtsschutz ausschließlich vor den Zivilgerichten vorzusehen (so vor Erlassung des Art14b B-VG VfSlg 16.027/2000). Art14b B-VG dürfte keine Verpflichtung begründen, den Rechtsschutz in Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge in jedem Fall den Verwaltungsgerichten zu überantworten (zur Zuständigkeit der Zivilgerichte für den Rechtsschutz in Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unter dem BVergG 2002 siehe zB Denk, aaO, Rz 52). Art14b Abs3 B-VG dürfte aber mit der Zuständigkeit des Landesgesetzgebers 'in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von

Aufträgen' durch dem Land zuzurechnende Auftraggeber nur ein Nachprüfungsverfahren vor Verwaltungsgerichten vor Augen haben (abgesehen von Schlichtungseinrichtungen dürfte wohl nach der Aufhebung von Art14b Abs6 B-VG i d F BGBl I 99/2002 mit der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, BGBl I 51/2012, ein behördliches Nachprüfungsverfahren vom Landesgesetzgeber nur vor den Verwaltungsgerichten vorgesehen werden können). Eine Kompetenz des Landesgesetzgebers, anstelle der Verwaltungsgerichte in einem Landesvergabenachprüfungsgesetz die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte zur Nachprüfung vorzusehen, dürfte weder nach Art14b Abs3 B-VG bestehen noch auf Art15 Abs9 B-VG gestützt werden können (allein schon, weil den Ländern die Zuständigkeit zur Regelung des materiellen Vergaberechts fehlt).

Der Verfassungsgerichtshof schließt aus diesem Regelungssystem vorläufig, dass die Länder von ihrer Kompetenz nach Art14b Abs3 B-VG unter anderem nur dann Gebrauch machen können, wenn der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Zuständigkeit nach Art14b Abs1 B-VG die Nachprüfung der Vergabe bestimmter Aufträge (und insoweit grundsätzlich) dem öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystem vor den Verwaltungsgerichten überantwortet hat.

5. Der Verfassungsgerichtshof hegt weiters das Bedenken, dass die in §6 Abs2a K-VergRG 2014 getroffene Anordnung, welche Festlegungen eines Auftraggebers als gesondert anfechtbare Entscheidungen gelten, keine Angelegenheit der Nachprüfung im Sinne von Art14b Abs3 B-VG darstellt, und die in Prüfung gezogene Bestimmung auch deshalb gegen diese Verfassungsbestimmung verstößt:

Die Frage, ob die Festlegung gesondert und nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen Teil des materiellen Vergabeverfahrens ist und damit ausschließlich der Regelungszuständigkeit des Bundesgesetzgebers gemäß Art14b Abs1 B-VG unterfällt (in diesem Sinn zB Rill, aaO, 25 f.) oder ob eine solche Festlegung in dem Sinn verfahrensrechtlicher Natur ist, dass sie Teil der Regelung des Vergabenachprüfungsverfahrens ist und damit bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch von den Landesgesetzgebern gemäß Art14b Abs3 B-VG geregelt werden kann (in diesem Sinn zB Thienel, Grundfragen gesondert und verbunden anfechtbarer Entscheidungen nach dem BVergG 2002, ZVB 2003, 68 [68 f.]; Denk, aaO, Rz 57), ist strittig.

Aus folgenden Gründen geht der Verfassungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der ausschließlichen Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gemäß Art14b Abs1 B-VG unterfallen dürfte:

Für diese Auffassung dürfte schon der Umstand sprechen, dass bereits im BVergG 2002 die gesondert anfechtbaren Entscheidungen in §20 Z13 lit a und damit im ersten Teil 'Geltungsbereich, Begriffsbestimmungen' (und nicht im fünften Teil 'Rechtsschutz') geregelt waren. Dies dürfte vor dem Hintergrund der mit Art14b B-VG angestrebten Vereinheitlichung der vergabeverfahrensrechtlichen Regelungen (vgl AB 1118 BlgNR 21. GP, 2, und zB Rill, aaO, 25) auf ein entsprechendes Verständnis des Verfassungsgesetzgebers des Art14b B-VG schließen lassen. Auch weitere Elemente einer historischen Interpretation dürften diese Auffassung stützen:

Aus den Erläuterungen zu Art14b B-VG geht hervor, dass im Rahmen einer Bund-Länder Arbeitsgruppe eine Einigung hinsichtlich der 'materiellen vergaberechtlichen Regelungen' (AB 1118 BlgNR 21. GP, 3) erzielt werden konnte, während eine Lösung der kompetenzrechtlichen Aspekte der Vereinheitlichung erst auf parlamentarischer Ebene erzielt wurde. Beispielhaft für die im Rahmen der Arbeitsgruppe erzielte Einigung werden genannt:

'Beschränkung der Umsetzung auf verfassungs- und europarechtliche Vorgaben, möglichst einheitliche Verfahren für den Bereich ober- und unterhalb der Schwellenwerte, Eröffnung der Möglichkeit von elektronischen Vergabeverfahren – e-procurement, Präklusionsfristen, Festlegung gesondert und nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen, dezentraler Rechtsschutz' (AB 1118 BlgNR 21. GP, 3)

Die Festlegung gesondert und nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen wird dabei ausdrücklich neben und nicht als Teil des dezentralen Rechtsschutzes erwähnt.

Weiters geht der Verfassungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass der Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen nicht nur eine ausschließlich verfahrensrechtliche Bedeutung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zukommt, sondern mit einer derartigen Festlegung auch die Ausgestaltung materiell-rechtlicher (subjektiver) Rechtspositionen im Vergabeverfahren verbunden sein dürfte (gegen eine solche Auffassung allerdings zB Thienel, aaO, 68 f.).

Im Gesetzesprüfungsverfahren wird auch zu erörtern sein, welche Bedeutung die vom Verfassungsgesetzgeber des

Art14b B-VG vorgefundenen landesgesetzlichen Regelungen (etwa §101 Wiener Landesvergabegesetz, LGBl 36/1995 idF LGBl 50/2000) für das Verständnis des Begriffs der Nachprüfung in Art14b Abs3 B-VG haben, die die Festlegung gesondert und nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen im Rechtsschutzteil vorsahen (auch dazu näher Thienel, aaO, 69). Dabei wird aber auch zu berücksichtigen sein, dass alle Landesgesetzgeber nach in Kraft treten des BVergG 2002 in ihren Rechtsschutzgesetzen keine eigenständige Regelung gesondert anfechtbarer Entscheidungen vorgenommen, sondern an §20 Z13 BVergG 2002 angeknüpft haben dürften (vgl nur Rill, aaO, 25; Denk, aaO, Rz 56).

6. Abschließend ist anzumerken, dass der Verfassungsgerichtshof nicht übersieht, dass die Länder gemäß Art23d Abs5 B-VG zur Umsetzung jener Teile der Richtlinien des 'Vergaberichtlinienpaketes 2014' verpflichtet sind, die gemäß Art14b Abs3 B-VG Angelegenheiten der Nachprüfung für Auftraggeber gemäß Art14b Abs2 Z2 B-VG betreffen. Der Verfassungsgerichtshof geht jedoch vorläufig davon aus, dass den Ländern vor dem Hintergrund der innerstaatlichen Kompetenzverteilung angesichts der geschilderten Bedenken eine gesetzliche Regelung jedenfalls ohne vergabeverfahrensrechtliche Regelungen des Bundesgesetzgebers nicht zusteht (vgl zur grundsätzlichen Kompetenzneutralität des Unionsrechts VfSlg 17.022/2003; Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁶, 2017, 118 ff.)."

2. Die Kärntner Landesregierung erstattete eine Äußerung, in der sie den Bedenken des Verfassungsgerichtshofes entgegentritt und beantragt, die in Prüfung gezogenen Bestimmungen nicht als verfassungswidrig aufzuheben. Sie begründet dies im Wesentlichen wie folgt:

2.1. Die Begriffe des "öffentlichen Auftragswesens", des "Auftrages" sowie der "Nachprüfung" bzw des "Nachprüfungsverfahrens" in Art14b B-VG seien dem Unionsrecht entlehnt. Zwar dürfe Art14b B-VG nicht auf eine bloße Transformationsfunktion im Hinblick auf umzusetzendes Unionsrecht reduziert werden, doch liege historisch gesehen der Fokus der Regelung des öffentlichen Auftragswesens auf Gesetzesebene in Österreich in ebendessen Umsetzung.

Denk sehe die "Angelegenheiten der Nachprüfung" als Teil der "Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens", woraus er folgere, dass die Länder nur in Abhängigkeit vom Bund von ihrer Kompetenz Gebrauch machen könnten, also die Länder nur dann Verfahren zur Einhaltung vergabeverfahrensrechtlicher Regelungen installieren könnten, wenn der Bund seine Kompetenz zur Regelung des materiellen Vergaberechts wahrgenommen habe (Denk, Art14b B-VG, in: Korinek/Holoubek et al. [Hrsg.], Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 7. Lfg., 2005, Rz 42).

Der Bundesgesetzgeber habe in §11 BVergG 2006 materiell-rechtliche Regelungen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen getroffen; darüber hinaus seien bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen die unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie die primärrechtlichen Grundsätze zu beachten. Die Umsetzung dieser Grundsätze mache klar, dass ein Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach dem Vergaberegime des Bundes einer Bindung an Verfahrensvorschriften und einem strukturierten Vergabeprozess unterliege. Damit sei die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens für Dienstleistungskonzessionen normiert, das auch einer nachprüfenden Kontrolle durch das Landesverwaltungsgericht Kärnten zugänglich sei.

Mit der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. 2014 L 94, 1 (im Folgenden: KonzessionsRL) sei der Anwendungsbereich und Zugang zum Nachprüfungsverfahren auf Dienstleistungskonzessionen ausgedehnt worden. Die Umsetzungsfrist habe am 18. April 2016 geendet. Die Europäische Kommission habe Klage beim Gerichtshof der Europäischen Union eingebracht, in der sie u.a. beantrage, der Gerichtshof möge feststellen, dass die Republik Österreich dadurch gegen ihre Verpflichtungen aus der KonzessionsRL verstoßen habe, dass sie – "mit Ausnahme der Artikel 46 und 47 in den Bundesländern Wien, Steiermark und Kärnten" – die erforderlichen Umsetzungsvorschriften nicht erlassen habe.

Der Verfassungsgerichtshof habe wiederholt die Ansicht vertreten, dass die das materielle Vergabeverfahren regelnden europäischen Richtlinien im Fall der Nichtumsetzung unmittelbar anwendbar sein können. Unter Berufung auf das Legalitätsprinzip und das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verlange der Verfassungsgerichtshof seit der Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union in der Rs Dorsch Consult (17.9.1997, Rs C-54/96), dass das nationale Recht klar regle, welche Organe zur Vergabekontrolle zuständig seien.

Da davon auszugehen sei, dass Bestimmungen der KonzessionsRL bei mangelnder Umsetzung unmittelbar anwendbar seien, stünden Wirtschaftsteilnehmer vor der Situation, dass das Vergabeverfahren detaillierten Vorschriften unterliege, der vergabespezifische Rechtsschutz jedoch nicht anwendbar wäre. Das Rechtsstaatsgebot und der

Gleichheitsgrundsatz würden verlangen, dass die vergabespezifische Kontrolle in allen Bereichen, die detaillierten Vergabevorschriften unterliegen würden, den Vergabekontrolleinrichtungen zugewiesen sei. Vor dem Hintergrund der unionsrechtlichen Verpflichtungen und der unmittelbaren Anwendbarkeit der KonzessionsRL sowie der Verpflichtungen aus dem Rechtsstaatsgebot bestehe für den Kärntner Landesgesetzgeber daher eine Umsetzungsverpflichtung, der er mit der Novelle LGBl 18/2017 des K-VergRG 2014 nachgekommen sei.

Der Gesetzgeber sei nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes bei der Umsetzung von Unionsrecht insoweit auch an bundesverfassungsrechtliche Vorgaben gebunden, als eine Umsetzung durch diese nicht inhiert werde. Widerspreche staatliches (Verfassungs-)Recht unmittelbar anwendbarem Unionsrecht, gehe letzteres vor. Wenn selbst die Nichtanwendung von Verfassungsrecht als taugliche Lösung zur Umsetzung von Unionsrecht angesehen werde, müsse dies umso mehr für eine unionsrechtskonforme Interpretation gelten. Art14b Abs3 B-VG müsse daher unionsrechtskonform dahingehend interpretiert werden, dass die vergabespezifischen Regelungen im Fall der Säumigkeit des Bundesgesetzgebers auch aus direkt anwendbarem Unionsrecht ableitbar seien; den Ländern müsse daher die Kompetenz zur Regelung des Nachprüfungsverfahrens für Aufträge von Auftraggebern im Sinne des Art14b Abs2 Z2 B-VG auch im Fall der unmittelbaren Anwendbarkeit der KonzessionsRL zustehen. Andernfalls wäre der Vollzug des Unionsrechts, dem sich Art14b B-VG verpflichtet habe, gefährdet.

2.2. Die Festlegung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen stelle eine Angelegenheit der Nachprüfung im Sinne des Art14b Abs3 B-VG dar und falle daher in die Regelungskompetenz der Länder. Die Definition der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen sei für die Neugestaltung des Rechtsschutzsystems im BVergG 2002 von besonderer Bedeutung gewesen. Durch die Unterscheidung sollte eine Strukturierung des Vergabeverfahrens für eine effiziente Abwicklung der Rechtsschutzverfahren erreicht werden. Jeder Abschnitt eines Vergabeverfahrens ende mit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, die vom Auftraggeber bekanntzugeben sei und in einem Nachprüfungsverfahren überprüft werden könne. Im Fall des Verstreichens der Anfechtungsfrist einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sollte ein Verfahrensfehler nicht mehr geltend gemacht werden können.

Da die Kompetenzverteilung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens eine Verzahnung bundes- und landesrechtlicher Vorschriften mit sich bringe, seien im Interesse der Auftraggeber und der beteiligten Wirtschaftskreise möglichst homogene Formulierungen in den Nachprüfungsgesetzen der Länder getroffen worden. Im Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, LGBl für Kärnten 17/2003, sei etwa auf die gesondert anfechtbaren Entscheidungen des Bundesvergabegesetzes verwiesen worden. Diese Vorgehensweise lasse jedoch nicht den Schluss zu, die Länder seien bei der Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen nicht von einer ihnen zukommenden Gesetzgebungskompetenz ausgegangen. Dies sei auch nicht mit der Definition der "Entscheidung des Auftraggebers" in §2 Z16 BVergG 2006 zu vermengen, für die der Bund als Materiengesetzgeber zuständig sei.

Das überwiegende Schrifttum sei nach einer historischen und systematischen Analyse der Kompetenzrechtslage ebenfalls zum Schluss gekommen, dass die Festlegung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen eine Angelegenheit der Nachprüfung im Sinne von Art14b Abs3 B-VG darstelle. Auch die Erläuterungen würden davon ausgehen, dass die Unterscheidung zwischen gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen allein für das Rechtsschutzverfahren bedeutend sei (Erläut RV 1087 BlgNR 21. GP, 20). Es sei von einer formalen Betrachtungsweise Abstand zu nehmen und eine klare inhaltliche Zuordnung zum Rechtsschutzverfahren vorzunehmen; dies decke sich mit den Vorstellungen des Verfassungsgesetzgebers, der die Behördenzuständigkeit uneingeschränkt als Angelegenheit der Nachprüfung betrachte.

Auch in einem dem eigentlichen Nachprüfungsverfahren vorgelagerten Schlichtungsverfahren, das zu den Angelegenheiten der Nachprüfung im Sinne von Art14b Abs3 B-VG zähle, erfolge die Festlegung der Entscheidungen, die anfechtbar seien, durch den Landesgesetzgeber.

Nach dem historischen Versteinerungsmaterial sei die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach §60 Kärntner Auftragsvergabegesetz, LGBl für Kärnten 55/1994, nur gegenüber bestimmten Entscheidungen des Auftraggebers möglich gewesen; diese Einschränkung sei mit der Novelle LGBl für Kärnten 58/1997 nur aus der Überlegung aufgegeben worden, die Unionsrechtskonformität der Vorschriften sicherzustellen. Auch im Wiener Landesvergabegesetz, LGBl für Wien 36/1995, sei eine Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen eines

Auftraggebers ausschließlich aus den in §101 leg.cit. genannten Gründen vorgesehen gewesen. Im Lichte dieses historischen Versteinerungsmaterials sei davon auszugehen, dass die Festlegung der anfechtbaren Entscheidungen in die Kompetenz des Landesgesetzgebers falle.

Die Einigung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe (AB 1118 BlgNR 21. GP, 3), in der die Festlegung gesondert und nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen neben dem dezentralen Rechtsschutz genannt werde, besage nicht, dass die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen dem Bundesgesetzgeber zufalle, weil auch die Festlegung von Präklusionsfristen neben dem dezentralen Rechtsschutz genannt werde, diese aber unstrittig Teil desselben sei.

3. Die beschwerdeführende Partei des Anlassverfahrens hat als beteiligte Partei eine Äußerung erstattet, in der sie den Bedenken des Verfassungsgerichtshofes im Wesentlichen beitrifft und unter anderem Folgendes ausführt:

3.1. Der Landesgesetzgeber könne gemäß Art14b Abs3 B-VG ein Nachprüfungsverfahren nur dort vorsehen, wo der Bundesgesetzgeber materiell ein entsprechendes Vergabeverfahren vorgesehen habe. Die Regelung in §11 BVergG 2006 allein beinhalte jedoch nicht jenes "Mindestmaß an Vergabeverfahren", das eine Nachprüfung ermögliche.

Weiters verbiete sich vor dem Hintergrund, dass der Bundesgesetzgeber zulässigerweise nach dem Inkrafttreten des Art14b B-VG einen Rechtsschutz vor den Zivilgerichten für die Kontrolle der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen vorgesehen habe, die Annahme, dass zugleich durch §11 BVergG 2006 eine Regelung getroffen worden sein soll, die als tauglicher Anknüpfungspunkt für die Schaffung einer Vergabekontrolle im Sinne des Art14b Abs3 B-VG dienen könnte. Die gegenteilige Ansicht würde darauf hinauslaufen, dass bei der Kontrolle von Dienstleistungskonzessionsvergaben konkurrierende Zuständigkeiten der Vergabekontrollbehörden und der ordentlichen Gerichte bestünden.

3.2. Die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen stelle keine Angelegenheit der Nachprüfung im Sinne von Art14b Abs3 B-VG dar. Dies sei auch konsequent, weil die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen nicht ausschließlich verfahrensrechtliche Bedeutung habe, sondern auch materiell-rechtliche (subjektive) Rechtspositionen im Vergabeverfahren betreffe. Unangefochtene gesondert anfechtbare Entscheidungen würden bestandsfest und dadurch für das weitere materiell-rechtliche Vergabeverfahren für alle daran Beteiligten verbindlich.

Gewiss habe der Verfassungsgesetzgeber verschiedene landesgesetzliche Regelungen vorgefunden, die vereinzelt auch die Festlegung von anfechtbaren Entscheidungen zum Inhalt hatten. Allerdings sei nicht davon auszugehen, dass der Verfassungsgesetzgeber in seinem Verständnis des Begriffs der "Nachprüfung" in Art14b Abs3 B-VG an diese anknüpfen habe wollen. Dagegen spreche allein schon, dass den damals vorgefundenen landesgesetzlichen Regelungen nicht das einheitliche Verständnis zugrunde gelegen sei, dass die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen tatsächlich ein Aspekt des vergabespezifischen Rechtsschutzes sei. Entsprechende Regelungen hätten sich nur in Kärnten und Wien gefunden. Dem Verfassungsgesetzgeber sei es vielmehr um eine Vereinheitlichung der vergabeverfahrensrechtlichen Regelungen gegangen. Dies komme auch in der Feststellung des Verfassungsausschusses zu Art1 der Novelle BGBl I 99/2002 (also zu Art14b B-VG) zum Ausdruck, in der darauf hingewiesen werde, dass noch bestehende Landesgesetze nur vorübergehend weiter gelten würden, aber mit Erlassung der neuen Vergaberechtsschutzgesetze zur Gänze außer Kraft treten sollten. Demzufolge habe der Verfassungsgesetzgeber den früheren – auch landesgesetzlichen – Rechtszustand überwinden und nicht in Art14b B-VG rezipieren und versteinern wollen.

4. Der Verfassungsgerichtshof hat gemäß §20 Abs3 VfGG die Ämter der Landesregierungen der übrigen Länder sowie den Verfassungsdienst im Bundesministerium für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz (im Folgenden: BMVRD) eingeladen, sich im vorliegenden Verfahren zu äußern.

4.1. Die Steiermärkische Landesregierung, das Amt der Tiroler Landesregierung, die Vorarlberger Landesregierung sowie das Amt der Wiener Landesregierung erstatteten jeweils eine Äußerung, in der sie im Wesentlichen Folgendes ausführen:

4.1.1. Die Steiermärkische und die Vorarlberger Landesregierung legen dar, dass die Kompetenz der Länder zur Regelung der Nachprüfung im Sinne von Art14b Abs3 B-VG den Ländern insoweit ohne Einschränkung offenstehe, als es nicht darauf ankomme, ob der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Zivilrechtskompetenz die Zuständigkeit für die Nachprüfung den ordentlichen Gerichten übertragen habe. Der Bund könne nur für seinen Zuständigkeitsbereich eine

alleinige Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte vorsehen, nicht jedoch auch für den Zuständigkeitsbereich der Länder. Eine andere Ansicht käme einer Kompetenz-Kompetenz des Bundes gleich und würde die Nachprüfungscompetenz der Länder unterlaufen.

§11 BVergG 2006 sei unionsrechtskonform dahingehend auszulegen, dass für Dienstleistungskonzessionen ein Rechtsschutz im Sinne der RL 89/665/EWG vorzusehen sei und somit der Rechtsschutzteil des BVergG 2006 bzw der Rechtsschutzgesetze der Länder auch auf Dienstleistungskonzessionen anzuwenden sei. Dies ergebe sich zum einen aus Art1 RL 89/665/EWG idF der KonzessionsRL und zum anderen aus dem Äquivalenzgrundsatz bzw dem Grundsatz der Gleichwertigkeit; der Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten genüge nämlich den unionsrechtlichen Anforderungen nicht.

4.1.2. Die Steiermärkische Landesregierung bringt weiters vor, dass das Verfahren für Dienstleistungskonzessionen ausreichend ausgestaltet sei. Es komme entgegen der vorläufigen Ansicht des Verfassungsgerichtshofes nicht darauf an, ob für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ein formelles Vergabeverfahren festgelegt worden sei, sondern ob sich aus den materiell-rechtlichen Vorgaben Rechte für den Einzelnen ableiten ließen. §11 BVergG 2006 lege bestimmte Grundsätze fest, die durch die Rechtsprechung präzisiert worden und deren Einhaltung einer Nachprüfung zugänglich seien.

Im Bereich der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen bestehe ein ähnlich dichtes Verfahrensrecht wie für Dienstleistungskonzessionen. §141 BVergG 2006 treffe nahezu dieselben Vorgaben wie §11 BVergG 2006. Bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen sei die Problematik einer fehlenden Überprüfbarkeit auch nicht entstanden.

§11 BVergG 2006 sei insoweit richtlinienkonform auszulegen, als die Bestimmungen über das Verfahren zur Vergabe einer Dienstleistungskonzession den Vorgaben der KonzessionsRL zu entsprechen hätten. Bei einer richtlinienkonformen Auslegung enthalte §11 BVergG 2006 ausreichende Verfahrensvorgaben, die einer Nachprüfung zugänglich seien. Dort, wo die Vorgaben der KonzessionsRL unmittelbar anwendbar seien, würden diese ergänzend zu §11 BVergG 2006 materielle Vorgaben für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen enthalten.

4.1.3. Die Steiermärkische Landesregierung, das Amt der Tiroler Landesregierung, die Vorarlberger Landesregierung sowie das Amt der Wiener Landesregierung vertreten mit im Wesentlichen gleichen Argumenten wie die Kärntner Landesregierung (siehe Pkt. I.2.2.) die Ansicht, dass die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen einen Teil der Regelung der Nachprüfung gemäß Art14b Abs3 B-VG darstelle und daher in die Gesetzgebungskompetenz der Länder falle.

4.2. Der Verfassungsdienst im BMVRDJ erstattete eine Äußerung, in der er unter anderem Folgendes ausführte:

4.2.1. Die Zuständigkeit der Länder gemäß Art14b Abs3 B-VG bestehe nicht unabhängig von der ausschließlichen Zuständigkeit des Bundes bei der Regelung des "materiellen" Vergabeverfahrens und von zivilrechtlichen Bestimmungen. Art14b Abs1 B-VG gehe von einer uneingeschränkten Gesetzgebungszuständigkeit des Bundes aus, bei welcher keine Verschiebung der Zuständigkeit zu Gunsten der Länder vorgesehen sei (vgl hingegen etwa Art15 Abs6 B-VG). Dass ein Gesetzgeber säumig werden könne, sei dem Verfassungsgesetzgeber bewusst, ändere aber nichts an der Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers. Wenn dieser daher keine Regelung treffe, mit der das Verfahren zur Vergabe von Aufträgen zumindest grundsätzlich (vgl dazu etwa die Regelungen zu den nicht prioritären Dienstleistungen gemäß §16 Abs3 BVergG 2002 bzw §141 BVergG 2006 und die Regelung der Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich gemäß diesen Bundesgesetzen) geregelt werde, dann könne bereits dem Wortlaut des Art14b Abs3 B-VG nach eine gesetzliche Regelung der Nachprüfung "im Rahmen der Vergabe von Aufträgen" nicht vorgesehen werden. Aus dem Blickwinkel der nachprüfenden Stelle betrachtet sei auch nicht nachvollziehbar, woran diese die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Vergabeentscheidung prüfen solle, wenn materielle Regelungen des Vergabeverfahrens fehlen würden.

4.2.2. Auch sei davon auszugehen, dass die Regelung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen als "materielle" Regelung des Vergabeverfahrens gemäß Art14b Abs1 B-VG anzusehen sei. Es falle auf, dass die gesondert anfechtbaren Entscheidungen im materiellen Teil des BVergG 2002 geregelt worden seien, was im Sinne der Versteinierungstheorie für eine Zuordnung zum materiellen Vergaberecht spreche. Auch hätten die Landesgesetzgeber infolge des Art14b B-VG und des BVergG 2002 Nachprüfungsgesetze erlassen, die eine Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen vorgesehen hätten, ohne selbst zu bestimmen, welche Entscheidungen gesondert anfechtbar seien.

Die Unterscheidung zwischen gesondert und verbunden anfechtbaren Entscheidungen habe nicht ausschließlich für das Nachprüfungsverfahren Bedeutung, sondern auch im Vergabeverfahren selbst. Dem Auftraggeber werde durch die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen ein Spielraum offen gelassen, wie er das Verfahren hinsichtlich nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen organisiere. Auch könne der Auftraggeber nach einer nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung ohne Einschränkungen mit dem Verfahren fortfahren, während bei gesondert anfechtbaren Entscheidungen ein Nachprüfungsantrag das Vergabeverfahren in seinem Fortgang hemmen könne. Wenn nun jedes Land eigene gesondert anfechtbare Entscheidungen festlegen würde, würde sich dies auf die Führung des Vergabeverfahrens selbst auswirken, weil dieses im Hinblick auf seine Abschnitte und Entscheidungen im Einzelnen vom Auftraggeber je nach anwendbarem Landesgesetz anders strukturiert werden müsste. Ferner seien mit der Festlegung der gesondert anfechtbaren Entscheidungen als "nach außen" in Erscheinung tretende Handlungen des Auftraggebers subjektive Rechte der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verbunden.

Angesichts der durch Art14b B-VG beabsichtigten Vereinheitlichung und umfassenden Regelung des öffentlichen Auftragswesens könne nicht davon ausgegangen werden, dass jeder Landesgesetzgeber eigene anfechtbare Entscheidungen festlegen könne.

II. Rechtslage

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Gesetzes über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 – K-VergRG 2014), LGBl 95/2013 idF LGBl 18/2017, lauten wie folgt (die in Prüfung gezogenen Bestimmungen sind hervorgehoben):

"§1

Geltungsbereich

Dieses Gesetz regelt die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen, die den Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art14b Abs1 und 5 B-VG) unterliegen und gemäß Art14b Abs2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen.

[...]

§6

Zuständigkeit

(1) Das Landesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Gesetzes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), über Anträge zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und über Anträge zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Landesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerrufserklärung eines Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen Vorschriften im Bereich des öffentlichen Auftragswesens (Art14b Abs1 und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2. zur Nichtigklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers (§§2 Z16, 141 Abs5 und 280 Abs5 Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006, BGBl I Nr 17/2006 und Abs2a) im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(2a) In einem Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen gilt jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers als gesondert anfechtbare Entscheidung. Bei Direktvergaben und Direktvergaben mit vorheriger Bekanntmachung oder nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb von Dienstleistungskonzessionen gelten die Wahl des Vergabeverfahrens und die Vergabebekanntmachung als gesondert anfechtbare Entscheidungen.

(3) [...]

§18

Nichtigklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

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

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach §15 Abs1 Z5 geltend gemachten Recht verletzt und

2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

(2) Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen kommt insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

[...]

§32

Inkrafttretens- und

Übergangsbestimmungen

(1) [...]

(6) Durch dieses Gesetz werden umgesetzt:

1. [...]

4. Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr L 94 vom 28.3.2014, S. 1."

2. §1 Abs2 des Gesetzes über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 – K-VergRG 2014), LGBl 95/2013, der mit LGBl 18/2017 aufgehoben wurde, lautete:

"Abweichend von Abs1 unterliegt die Vergabe von Dienstleistungskonzessions-aufträgen nicht der Nachprüfung nach diesem Gesetz."

3. §11 des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl I 17/2006 idF BGBl I 7/2016, lautete:

"Für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die §§3 Abs1 und 6, 8, 49, 87a, 99a, 336, 344 und 345 Abs1 bis 3. Dienstleistungskonzessionsverträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und, soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Vertrages erforderlich erscheint, grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur zulässig, sofern der geschätzte Leistungswert 50 000 Euro ohne Umsatzsteuer nicht übersteigt; die Anwendung des Art5 Abs2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr 1370/2007 bleibt unberührt. §3 Abs5 dieses Bundesgesetzes ist bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen sinngemäß anzuwenden."

Anstelle des Betrages von "50 000 Euro" trat auf Grund §1 Z1 der Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerten – Schwellenwertverordnung 2012, BGBl II 95/2012 idF BGBl II 250/2016, befristet bis zum 31. Dezember 2018 der Betrag von "100 000 Euro".

4. Am 20. August 2018 wurde im BGBl I 65/2018 das Vergaberechtsreformgesetz 2018 kundgemacht.

4.1. Das darin enthaltene Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018) trat im Wesentlichen mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft. Zugleich trat das BVergG 2006 außer Kraft (§376 Abs1 BVergG 2018). Die im Zeitpunkt des In- bzw Außerkrafttretens bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen (§376 Abs4 BVergG 2018).

4.2. Das Vergaberechtsreformgesetz 2018 enthält weiters das Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018). Es trat im Wesentlichen

ebenfalls mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft (§118 Abs1 BVergGKonz 2018). Die im Zeitpunkt des In- bzw Außerkrafttretens bereits eingeleiteten Konzessionsvergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Konzessionsvergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen (§118 Abs4 BVergGKonz 2018).

Das Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018), BGBl I 65/2018, lautet auszugsweise wie folgt:

"Regelungsgegenstand

§1. Dieses Bundesgesetz regelt insbesondere

1. die Verfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen (Bau- oder Dienstleistungskonzessionen) durch Auftraggeber (Konzessionsvergabeverfahren),
2. den Rechtsschutz im Zusammenhang mit Konzessionsvergabeverfahren im Sinne der Z1, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (2. Teil), sowie
3. die Vorgangsweise im Zusammenhang mit der außerstaatlichen Kontrolle von Konzessionsvergabeverfahren sowie bestimmte zivilrechtliche Konsequenzen (3. Teil).

Begriffsbestimmungen

§2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. [...]

11. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Konzessionsvergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa) bei der Durchführung von Verfahren gemäß Art5 Abs2, 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr 1191/69 und EWG Nr 1107/70, ABl. Nr L 315 vom 03.12.2007 S. 1, in der Fassung der Verordnung (EU) 2016/2338 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl. Nr L 354 vom 23.12.2016 S. 22: die Wahl des Vergabeverfahrens;

bb) bei allen übrigen Verfahren: 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.

b) Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen sind alle übrigen, den gesondert anfechtbaren Entscheidungen zeitlich vorhergehenden Entscheidungen. Diese können nur in dem gegen die ihnen nächst folgende gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrag angefochten werden.

12. [...]"

III. Erwägungen

A. Zur Zulässigkeit

Im Verfahren hat sich nichts ergeben, was an der Präjudizialität der in Prüfung gezogenen Bestimmungen oder am untrennbaren Zusammenhang der Sätze 1 und 2 des in Prüfung gezogenen §6 Abs2a K-VergRG 2014 zweifeln ließe.

Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweist sich das Gesetzesprüfungsverfahren insgesamt als zulässig.

B. In der Sache

Die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes sind begründet:

1. §6 Abs2a Satz 1 K-VergRG 2014 legt im Wesentlichen fest, dass bei einer Vergabe von Dienstleistungskonzessionen jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt. Der Kärntner Landesgesetzgeber knüpft dabei (schon mangels zum Zeitpunkt der Kundmachung der Novelle LGBl für Kärnten 18/2017 bestehender bundesgesetzlicher Regelung) nicht – wie in §6 Abs2 K-VergRG 2014 – an die im BVergG 2006 definierten gesondert anfechtbaren Entscheidungen an.

Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen des K-VergRG 2014 erklären das Landesverwaltungsgericht Kärnten zur Nachprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach den Bestimmungen des BVergG 2006 (bis zu dessen Außerkrafttreten infolge des Inkrafttretens des Vergaberechtsreformgesetzes 2018, §376 Abs1 BVergG 2018 iVm §118 Abs4 BVergGKonz 2018, BGBl I 65/2018) durch der Vollziehungszuständigkeit des Landes Kärnten

Quelle: Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at