

Die Untersagung der Dienstleistung nach § 31 LSD-BG hat – wie auch durch den Hinweis in den Erläuterungen auf § 373a GewO (Dienstleistungsanzeige) verdeutlicht wird – zur Konsequenz, dass der von der Untersagung betroffene Unternehmer für die Dauer der Untersagung seine Befugnis zur Ausübung der Dienstleistung verliert. Die (gewerberechtliche) Befugnis ist eine Grundvoraussetzung für die Teilnahme an Vergabeverfahren, deren Fehlen zum Ausscheiden des Angebotes des betreffenden Unternehmers führt (vgl. dazu etwa § 20 Abs. 1 und § 141 Abs. 1 Z 2). Die Untersagung nach § 31 LSD-BG hat daher zwingend zur Konsequenz, dass der Unternehmer für die Dauer der Untersagung mangels Befugnis an keinen Vergabeverfahren gemäß BVergG 2018 teilnehmen kann. Durch die vorgesehene zwingende Abfrage aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB soll gewährleistet werden, dass Bewerber, Bieter oder deren Subunternehmer, denen die Ausübung der Dienstleistung untersagt worden ist, für die Dauer der Untersagung jedenfalls von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Durch das in § 31 Abs. 2 und 3 LSD-BG vorgesehene System wird gewährleistet, dass der Judikatur des VfGH (vgl. VfSlg. 15.216/1998) ausreichend Rechnung getragen ist (vgl. dazu schon die Regelung des § 83 betreffend die berufliche Zuverlässigkeit). Die Abfrage in Bezug auf die Befugnis bezieht sich allein auf die Untersagung der Dienstleistung gemäß § 31 LSD-BG (vgl. dazu auch den Wortlaut der Regelungen, die auf eine zurechenbare „Entscheidung“ abstellen). Ungeachtet dessen kann der öffentliche Auftraggeber eine „Gesamtabfrage“ aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB in Bezug auf Unternehmer durchführen und unter einem Informationen im Zusammenhang mit der Befugnis und der beruflichen Zuverlässigkeit (vgl. dazu § 82 Abs. 3) einholen. Zur Definition des Subunternehmers vgl. § 2 Z 34 sowie die dazugehörigen Erläuterungen.

Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit

§ 82. (1) Der öffentliche Auftraggeber hat Nachweise für die Darlegung der beruflichen Zuverlässigkeit gemäß § 80 Abs. 1 Z 2 festzulegen, die belegen, dass in Bezug auf den Unternehmer kein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 vorliegt.

(2) Nachweise gemäß Abs. 1 sind

1. hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 1 die Strafregisterbescheinigung gemäß § 10 des Strafregistergesetzes 1968, BGBl. Nr. 277/1968, bzw. die Registerauskunft für Verbände gemäß § 89m des Gerichtsorganisationsgesetzes – GOG, RGBl. Nr. 217/1896, oder eine gleichwertige Bescheinigung eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde des Sitzstaates des Unternehmers,
2. hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 2 die Insolvenzdatei gemäß § 256 der Insolvenzordnung – IO, RGBl. Nr. 337/1914, oder gleichwertige Dokumente der zuständigen Behörden des Sitzstaates des Unternehmers,
3. hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 3 der Firmenbuchauszug gemäß § 33 des Firmenbuchgesetzes, BGBl. Nr. 10/1991, und die Auskunft aus dem Gewerbeinformationssystem Austria (GISA) gemäß § 365e Abs. 1 der Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994, oder gleichwertige Dokumente der zuständigen Behörden des Sitzstaates des Unternehmers, und
4. hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 6 die letztgültige Kontobestätigung bzw. Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers und die letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a der Bundesabgabenordnung – BAO, BGBl. Nr. 194/1961, oder gleichwertige Dokumente der zuständigen Behörden des Sitzstaates des Unternehmers.

(3) Der öffentliche Auftraggeber hat über für die Zuschlagserteilung in Betracht kommende Bewerber, Bieter und deren Subunternehmer eine Auskunft aus der zentralen

Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen gemäß § 28b des Ausländerbeschäftigungsgesetzes – AuslBG, BGBl. Nr. 218/1975, und eine Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB gemäß § 35 LSD-BG einzuholen, ob diesen eine rechtskräftige Bestrafung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG oder gemäß den §§ 28 oder 29 LSD-BG zuzurechnen ist. Diese Auskünfte dürfen nicht älter als sechs Monate sein.

(4) Werden die in Abs. 2 genannten Nachweise im Herkunftsland des Unternehmers nicht ausgestellt oder werden darin nicht alle in § 78 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 6 vorgesehenen Fälle erwähnt, kann der öffentliche Auftraggeber eine Bescheinigung über eine eidesstattliche Erklärung oder eine entsprechende, vor einer dafür zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, vor einem Notar oder vor einer dafür zuständigen Berufsorganisation des Herkunftslandes des Unternehmers abgegebene Erklärung des Unternehmers verlangen, dass kein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 6 vorliegt.

EBRV 69 BigNr. XXVI. GP zu § 82 BVerG 2018 (Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit):

Die vorliegende Bestimmung setzt Art. 60 Abs. 1 und 2 der RL 2014/24/EU mit um.

Klarzustellen ist im Zusammenhang mit § 86, dass eine Substitution der Zuverlässigkeit nicht möglich ist.

Die vorliegende Bestimmung enthält abschließend alle zulässigen Nachweise, welche von einem Unternehmer hinsichtlich seiner allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit verlangt werden können. Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist dazu zu bemerken, dass damit eine eigenständige Datenermittlung durch den öffentlichen Auftraggeber weitgehend hinfällig ist. Die Zurverfügungstellung entsprechender Daten durch die Bewerber oder Bieter selbst ist hingegen aus datenschutzrechtlicher Sicht unbedenklich.

Das Gesetz enthält keinerlei Vorgaben hinsichtlich der Aktualität der Nachweise gemäß Abs. 2 Z 1 bis 3. Es obliegt daher dem öffentlichen Auftraggeber bekanntzugeben, wie alt derartige Nachweise maximal sein dürfen. Diese Frist darf aber jedenfalls nicht zu kurz bemessen sein, da dies zu einer Diskriminierung führen könnte.

In Abs. 2 wird verdeutlicht, dass auch äquivalente Dokumente eines Bewerbers oder Bieters einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens anzuerkennen sind.

Im Zusammenhang mit Abs. 2 Z 1 ist klarzustellen, dass unter Umständen sowohl die Strafregisterbescheinigung als auch die Registerrauskunft für Verbände vorzulegen sind, wenn nämlich das nachweisführende Unternehmen eine juristische Person ist.

Da die Insolvenzdatei eine für den öffentlichen Auftraggeber direkt verfügbare gebührenfreie Datenbank im Sinne des § 80 Abs. 5 ist, legt der öffentliche Auftraggeber mit der Festlegung des vorliegenden Nachweises fest, dass er in die Insolvenzdatei Einblick nehmen wird, da der öffentliche Auftraggeber gemäß der genannten Bestimmung direkt auf diese Datenbank zugreifen muss.

Für die Beurteilung der Gleichwertigkeit im Sinne von Abs. 2 Z 3 kann Anhang IX herangezogen werden, sofern in den dort genannten Registern bzw. Bescheinigungen die Information gemäß § 78 Abs. 1 Z 3 tatsächlich enthalten ist.

Gemäß § 229a BAO hat das Finanzamt auf Antrag des Abgabepflichtigen (eine elektronische Antragstellung via Finanz Online ist möglich) eine Rückstandsbescheinigung auszustellen. Diese Bescheinigung enthält den vollstreckbar aushaftenden Rückstand einschließlich jener Beträge, deren Einbringung gemäß § 231 BAO ausgesetzt wurde, oder die Feststellung, dass kein solcher Rückstand besteht. Der maßgebende Rückstand ist jener, der gemäß § 229 BAO als Gegenstand eines Rückstandsausweises in Betracht kommt. Gemäß § 231 BAO ausgesetzte Beträge gehören zum Rückstand im Sinn des § 229a BAO. Nicht hiezu gehören Abgabenschuldigkeiten, deren Einbringung gehemmt ist (zB bei Aussetzung der Einhebung gemäß § 212a BAO oder bei Zahlungserleichterungen nach § 212 BAO). Die Rückstandsbescheinigung gem. § 229a BAO ist eine Wissenserklärung der Steuerbehörde betreffend vollstreckbare Abgabensforderungen und dient als Nachweis

für den Abgabepflichtigen. Es handelt sich nicht um einen Bescheid. Basis für die Rückstandsbescheinigung ist ein (rechtskräftiger) Bescheid des Finanzamtes oder ein Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes. Rückstandsausweise werden daher seitens der Steuerbehörden ausgestellt, wenn vollstreckbare Steuerrückstände vorliegen; sie dienen als Nachweis des Exekutionstitels, bspw. gegenüber Drittschuldnern. Stundungen und Ratenbewilligungen schieben die Vollstreckbarkeit von Abgabeforderungen hinaus.

Durch das ASRÄG 2014 wurden vergaberechtlich relevante Strafbestimmungen neu gefasst, die sich nunmehr in §§ 28 und 29 LSD-BG finden, auf welche Abs. 3 verweist. Analog zur verpflichtenden Einholung einer Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen im Hinblick auf Verurteilungen betreffend illegale Beschäftigung („Schwarzarbeit“) soll nunmehr auch eine Einholung einer Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB im Hinblick auf Verurteilungen betreffend besonders gravierende Verletzungen des LSD-BG (wegen Unterentlohnung oder Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen) zur Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit verpflichtend vorgeschrieben werden. Die im Rahmen dieser Auskünfte eingeholten Informationen sind – bei Vorliegen einschlägiger Verurteilungen – gemäß den Grundsätzen des § 83 zu beurteilen und es ist dem betroffenen Unternehmer Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen. Zur Definition des Subunternehmers vgl. § 2 Z 34 sowie die dazugehörigen Erläuterungen.

Besondere Nachweise für das Vorliegen einer schweren Verfehlung sind nicht normiert; aufgrund der Regelung in Abs. 4 kann diesbezüglich auch keine eidesstattliche Erklärung verlangt werden.

Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit

§ 83. (1) Der öffentliche Auftraggeber hat der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers insbesondere die gemäß § 82 Abs. 2 verlangten Nachweise und die gemäß § 82 Abs. 3 eingeholten Auskünfte zugrunde zu legen. Ergibt sich aus diesen Bescheinigungen, dass eine rechtskräftige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung im Sinne des § 78 Abs. 1 Z 1 oder 6 lit. a vorliegt oder erlangt der öffentliche Auftraggeber auf andere Weise von einem solchen Urteil, einer solchen Verfehlung oder vom Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 oder 2 nachweislich Kenntnis, so ist der Unternehmer mangels Zuverlässigkeit vom Vergabeverfahren auszuschließen, es sei denn, die Voraussetzungen des § 78 Abs. 3 bis 5 liegen vor oder der Unternehmer macht glaubhaft, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist.

(2) Zur Glaubhaftmachung im Sinne des Abs. 1 letzter Satz hat der Unternehmer darzulegen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern. Der Unternehmer hat nachzuweisen, dass er folgende Maßnahmen getroffen hat:

1. er einen Ausgleich für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden gezahlt oder sich zur Zahlung eines Ausgleiches verpflichtet hat,
2. er umfassend durch eine aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden an der Klärung aller Tatsachen und Umstände betreffend die Straftat oder Verfehlung mitgewirkt hat, und
3. er effektive Maßnahmen wie
 - a) die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens, oder
 - b) die Einschaltung eines Organes der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften, oder

- c) die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften gesetzt hat.

(3) Der öffentliche Auftraggeber hat die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen zu prüfen und bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit insbesondere die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu setzen. Bei der Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG ist insbesondere die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer und die Dauer der illegalen Beschäftigung und bei der Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung gemäß den §§ 28 oder 29 LSD-BG ist insbesondere das Ausmaß der Unterentlohnung zu berücksichtigen. Liegen mehr als zwei rechtskräftige Bestrafungen gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG oder gemäß den §§ 28 oder 29 LSD-BG vor oder erfolgten zwei rechtskräftige Bestrafungen innerhalb der letzten zwölf Monate, ist ein strengerer Maßstab anzulegen. Erachtet der öffentliche Auftraggeber die Maßnahmen des Unternehmers als unzureichend, so hat er diese Entscheidung gegenüber dem Unternehmer zu begründen.

(4) Ein Unternehmer, der durch eine rechtskräftige Entscheidung eines Gerichtes einer anderen Vertragspartei des EWR-Abkommens von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen wurde, kann während des in dieser Entscheidung festgelegten Ausschlusszeitraumes seine Zuverlässigkeit nicht gemäß Abs. 2 und 3 glaubhaft machen.

(5) Hat ein Unternehmer, bei dem ein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs. 1 oder 2 vorliegt, keine oder nur unzureichende Maßnahmen gemäß Abs. 2 und 3 ergriffen, so darf er – unbeschadet des Abs. 4 –

1. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 Z 1 höchstens für den Zeitraum von fünf Jahren ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung oder
2. bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs. 1 Z 2 bis 5 und 7 bis 11 höchstens für den Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

EBRV 69 BlgNr. XXVI. GP zu § 83 BVerG 2018 (Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit):

Die vorliegende Bestimmung stellt eine Umsetzung von Art. 57 Abs. 6 und 7 der RL 2014/24/EU dar.

Wie dies die Rechtsprechung des VfGH und des EuGH fordert und auch von der RL 2014/24/EU vorgesehen ist, soll die Möglichkeit der Glaubhaftmachung der eigenen Zuverlässigkeit einem Bieter auch in den Fällen offen stehen, in denen die Zuverlässigkeit (eigentlich) aufgrund des Vorliegens einer rechtskräftigen Bestrafung bzw. einer festgestellten Verfehlung zu verneinen wäre.

Durch den allgemeinen Verweis auf die Ausschlussgründe des § 78 Abs. 1 oder 2 in Abs. 1 werden zwar grundsätzlich alle Ausschlussgründe erfasst; aufgrund der Natur einzelner Ausschlussgründe kann bei diesen eine Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit („Selbstreinigung“) unmöglich sein. Dies ist etwa bei § 78 Abs. 1 Z 7 (Interessenkonflikt) der Fall, da der Ausschluss bereits die ultima ratio ist; gleiches gilt für § 78 Abs. 1 Z 8 (Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens). § 78 Abs. 1 Z 10 und 11 lassen ebenso keine „Selbstreinigung“ zu, da der Verstoß im aktuellen Vergabeverfahren vorgefallen ist und somit eine Glaubhaftmachung, wie sie die vorliegende Bestimmung vorsieht, in den genannten Fällen nicht nachvollziehbar wäre. Hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 2 und 3 ist aufgrund der Möglichkeit der Abstandnahme vom Ausschluss gemäß § 78 Abs. 3 eine Selbstreinigung nicht notwendig und im Kontext des vorliegenden Paragraphen auch nicht vorstellbar. Da gemäß § 78 Abs. 1 Z 6 BVerG 2006 bestehende Beitragsrückstände ohnehin bis zum Ende

der Angebotsfrist beglichen werden können und damit die Vorlage eines unbedenklichen Nachweises bewirkt werden kann, ist auch hier die Notwendigkeit einer Selbstreinigung nicht ersichtlich (auch ist auf die Möglichkeit des Absehens vom Ausschluss gemäß § 78 Abs. 4 hinzuweisen).

Der öffentliche Auftraggeber kann für die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit auch andere Umstände als die vorgelegten Nachweise bzw. die eingeholte Auskunft heranziehen (arg. „insbesondere“), wie etwa das aus einem früheren Vergabeverfahren stammende Wissen über das Vorliegen eines die Zuverlässigkeit des Unternehmers ausschließenden Umstandes. Ebenso können Erklärungen gemäß § 82 Abs. 4, die anstelle eines Nachweises gemäß § 82 Abs. 2 verlangt werden, für die Beurteilung herangezogen werden.

Die von der RL 2014/24/EU vorgegebene und in Abs. 2 umgesetzte Wortwahl ist nicht für alle Tatbestände des § 78 Abs. 1 passend; so ist bei den Tatbeständen des § 78 Abs. 1 Z 2, 3, 7, 8 und 9 eine strafbare Handlung bzw. Verfehlung kaum denkbar.

Abs. 2 enthält einen Katalog von konkreten Maßnahmen, deren Nachweis die Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit (somit die „Selbstreinigung“) bewirkt, wobei die Maßnahmen gemäß Z 1 bis 3 kumulativ sind. Der vom Unternehmer gemäß Z 1 auszugleichende Schaden erstreckt sich auf alle durch sein Vergehen verursachten Schäden. Nach Z 1 kann nicht nur der Ausgleich eines rechtskräftig festgestellten Schadens verlangt werden. Vielmehr muss der Unternehmer unabhängig vom Vorliegen einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung nachweisen, dass er den durch sein Fehlverhalten verursachten Schaden ersetzt bzw. seine Schadenersatzpflicht anerkannt hat. Ist eine Schadenersatzforderung zwar dem Grunde nach unstreitig berechtigt, besteht aber über die Höhe des Schadens Unklarheit oder Streit, kann es für die Anerkennung von Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichen, wenn der Unternehmer seine Verpflichtung zur Schadenersatzleistung dem Grunde nach anerkennt. Es ist jedoch auch klarzustellen, dass einem Unternehmer durch die Regelungen zur Selbstreinigung nicht das Recht genommen werden kann, einen der Höhe nach streitigen Schadenersatzanspruch vor einem Zivilgericht zu klären. Überdies ist aufgrund der Z 1 ein Unternehmer auch nicht zu Handlungen verpflichtet, die seine diesbezügliche prozessuale Situation verschlechtern (zB Verjährungsverzicht). Von einem Unternehmer kann auch nicht verlangt werden, dass er Schadenersatzforderungen anerkennt oder ausgleicht, die nicht substantiiert und möglicherweise unbegründet sind, damit er die Anforderung der Z 1 erfüllt. Gemäß Z 2 muss der Unternehmer sich aktiv, ernsthaft und erkennbar um eine umfassende Sachverhaltsaufklärung bemühen. Aufgeklärt werden müssen die Tatsachen und Umstände, die das Vorliegen eines Ausschlussgrundes begründen bzw. mit der Straftat oder dem Fehlverhalten zusammenhängen, einschließlich der Schadensumstände. Die in Z 3 genannten Maßnahmen stellen einen demonstrativen Katalog dar. Die ergriffenen technischen, organisatorischen und personellen Maßnahmen müssen jedenfalls konkreter Art und dazu geeignet sein, das Ziel der Vermeidung weiterer Straftaten oder Vergehen zu erreichen. Dabei müssen die Maßnahmen nicht nur generell der Begehung von Straftaten oder Vergehen entgegenwirken, sondern auch konkret geeignet sein, eine erneute Begehung der gleichen Straftat bzw. des gleichen Vergehens zu vermeiden bzw. ausreichende Garantien bieten, dass ein derartiges Fehlverhalten nicht erneut vorkommt. Hierbei handelt es sich um eine Prognoseentscheidung des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers. Es versteht sich von selbst, dass die vom Bieter zu ergreifenden Maßnahmen sich in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen bewegen müssen (dies spielt besonders bei KMU eine Rolle). So wäre es etwa unverhältnismäßig, von einem Kleinunternehmer die Einführung eines kostspieligen Revisionswesens zu verlangen.

Für die Beurteilung der Schwere der Straftat im Sinne des Abs. 3 kann auch auf die – gemäß den §§ 32 bis 34 StGB sowie gemäß § 5 VbVG für die Strafbemessung bzw. die Bemessung der Verbandsgeldbuße maßgeblichen Aspekte zurückgegriffen werden, soweit diese Aspekte Rückschlüsse auf die berufliche Zuverlässigkeit bzw. Unzuverlässigkeit des Unternehmers zulassen.

Mit Erkenntnis vom 24. Juni 1998, G 462/97, hat der VfGH ausgesprochen, dass die Wortfolge „im Falle des § 9 Abs. 1 VStG ein zur Vertretung eines Unternehmens des Antragstellers nach außen berufenes Organ“ verfassungswidrig war. In der Begründung des Erkenntnisses führte der VfGH aus, dass § 28b AuslBG in Verbindung mit § 10 Abs. 3 und § 39 des BVerG in dessen Stammfassung bei zweimaliger Bestrafung nach dem AuslBG, „quasi automatisch die vergaberechtliche Zuverlässigkeit“ ausschließe und die Versagung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 28b AuslBG zwingend zum Ausscheiden des Bieters im Verfahren der Zuschlagserteilung führe. Der VfGH hielt es für unsachlich, Bestrafungen nach dem AuslBG zwingend mit der vergaberechtlichen Konsequenz zu verknüpfen, ohne dass dem betroffenen Unternehmer die Möglichkeit eingeräumt ist, darzutun, weshalb er trotz vorliegender Bestrafung nicht als unzuverlässig anzusehen ist. In Abs. 1 wird die Vermutung aufgestellt, dass – für den Fall, dass die Auskunft gemäß § 28b Abs. 1 AuslBG rechtskräftige Bestrafungen aufweist – die Zuverlässigkeit des Bieters nicht gegeben ist. Dieser hat jedoch – im Sinne des genannten Erkenntnisses des VfGH – die Möglichkeit, dem öffentlichen Auftraggeber darzulegen, dass seine Zuverlässigkeit dennoch gegeben ist, da er Maßnahmen gesetzt hat, die eine nochmalige Bestrafung nach dem AuslBG verhindern sollen.

Ob die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen als ausreichend erachtet werden, ist vom öffentlichen Auftraggeber gemäß Abs. 3 abschließend und gesamthaft zu beurteilen. Der öffentliche Auftraggeber hat eine Abwägung zwischen der Schwere des Vergehens, der Konsequenz des Ausschlusses vom Vergabeverfahren und der Eignung der getroffenen Maßnahmen vorzunehmen, wobei davon auszugehen ist, dass je schwerer das Vergehen war, ein strengerer Maßstab hinsichtlich der vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen anzulegen ist. Der öffentliche Auftraggeber verfügt über einen weiten Beurteilungsspielraum, ob die vom Unternehmen durchgeführten Selbstreinigungsmaßnahmen ausreichend sind. Wenn ein Unternehmen aber ausreichende Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen hat, darf der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes nicht von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließen. Dem öffentlichen Auftraggeber steht diesbezüglich kein Ermessen zu.

Um den öffentlichen Auftraggebern eine Hilfestellung bei der Beurteilung zu geben, werden für die Verstöße gegen AuslBG und LSD-BG beispielhaft Kriterien genannt, die bei der Beurteilung der Schwere der Bestrafung herangezogen werden können. Bei der Berücksichtigung der Zahl der nach AuslBG illegal Beschäftigten kann man diese Zahl zur Anzahl der in dem betroffenen Unternehmen (legal) Beschäftigten in Relation setzen, um die Schwere des Vergehens beurteilen zu können.

Die gemäß Abs. 3 bei der Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung gemäß AuslBG zu berücksichtigende Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer bezieht sich auf die Anzahl der illegal Beschäftigten, hinsichtlich der Bestrafungen gemäß LSD-BG kann neben dem Ausmaß der Unterehtlohnung etwa auch die Anzahl der unterentlohnnten Arbeitnehmer oder die Anzahl jener Personen, hinsichtlich derer die Lohnunterlagen nicht bereitgehalten wurden, berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Urteil des EuGH in der Rs C-465/11, *Forposta*, hinzuweisen. In diesem Urteil hat der EuGH konkretisiert, wie der Begriff der „schweren Verfehlung“ (vgl. dazu etwa § 78 Abs. 1 Z 5 und Art. 57 Abs. 4 lit. c der RL 2014/24/EU) zu verstehen ist: „... ist der Begriff der schweren Verfehlung so zu verstehen, dass er sich üblicherweise auf ein Verhalten des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers bezieht, das bei ihm auf Vorsatz oder auf eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere schließen lässt.“ Vor diesem Hintergrund ist die Gravität des konkreten Deliktes, die allfällige wiederholte Bestrafung aufgrund desselben oder eines ähnlichen Deliktes und der Zeitpunkt bzw. Zeitraum der Bestrafungen im Rahmen der Beurteilung des Auftraggebers zu berücksichtigen.

Die Begründung des Ausschlusses gegenüber dem Unternehmer gemäß Abs. 3 erfolgt im Rahmen der Ausschlussentscheidung; e contrario folgt aus der Regelung, dass der

öffentliche Auftraggeber keine Begründungspflicht gegenüber dem Unternehmer hat, wenn er dessen Vorbringen bzw. dessen Maßnahmen als ausreichend erachtet. Eine entsprechende Dokumentation der Begründung im Vergabeakt hat jedoch zu erfolgen, da es sich bei dieser um einen wesentlichen Vorgang im Sinne des § 49 Abs. 1 handelt; auch ist der Grund für den Ausschluss von Bewerbern oder Bieter im Vergabevermerk gemäß § 147 Abs. 1 Z 4 vom öffentlichen Auftraggeber festzuhalten.

Der öffentliche Auftraggeber hat im Zusammenhang mit Abs. 3 zu beachten, dass bei einem potentiellen Ausschluss aufgrund des Verstoßes einer natürlichen Person gemäß § 78 Abs. 2 Z 2 in Verbindung mit § 78 Abs. 1 Z 5, wobei die berufliche Verfehlung bereits zeitlich lang zurück liegt bzw. in einer früheren Position in einem anderen Unternehmen begangen wurde, dies bei den Anforderungen an die Selbstreinigungsmaßnahmen mildernd zu berücksichtigen ist, um dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 20 Abs. 1) gerecht zu werden.

In Österreich existiert die in Abs. 4 genannte Möglichkeit der „Vergabesperre“ im Rahmen eines Urteiles nicht, jedoch existiert diese in anderen Mitgliedstaaten. Das bedeutet für den öffentlichen Auftraggeber, dass dieser gegebenenfalls die entsprechenden Verurteilungen auf solche Ausschlüsse hin zu kontrollieren hat.

Der Einschub „unbeschadet des Abs. 4“ in Abs. 5 soll klarstellen, dass bei Bestehen einer rechtskräftigen Entscheidung im Sinne des Abs. 4, in welcher ein längerer Ausschlusszeitraum vorgeschrieben ist, der in dieser Entscheidung genannte Ausschlusszeitraum jenem in Abs. 5 vorgeht.

§ 78 Abs. 1 Z 6 wird in Abs. 5 nicht genannt, da es sich bei der Nichtentrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen, Steuern oder Abgaben um ein „Dauerdelikt“ in dem Sinn handelt, dass ein Ausschluss möglich ist, solange die entsprechenden Rückstände bestehen (und nicht von einem Ausschluss gemäß § 78 Abs. 4 Abstand zu nehmen ist, also etwa nur bei nicht geringfügigen Rückständen).

Zur Frage, wann der „Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis“ gemäß Abs. 5 Z 2 zu laufen beginnt und wie lang der Zeitraum im Einzelfall (arg. „höchstens“ drei Jahre) zu bemessen ist, ist je nach dem Tatbestand des § 78 Abs. 1 differenziert zu betrachten. Zunächst ist dazu auf EG 101 der RL 2014/24/EU hinzuweisen, in welchem die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsprinzips betont wird: *„Unter Berücksichtigung dessen, dass der öffentliche Auftraggeber für die Folgen seiner möglicherweise falschen Entscheidung die Verantwortung zu tragen hat, sollte es öffentlichen Auftraggebern auch überlassen bleiben, festzustellen, dass ein schwerwiegendes berufliches Fehlverhalten vorliegt, wenn sie vor einer endgültigen und verbindlichen Entscheidung über das Vorliegen zwingender Ausschlussgründe in geeigneter Form nachweisen können, dass der Wirtschaftsteilnehmer gegen seine Verpflichtungen verstoßen hat, wozu auch Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Zahlung von Steuern oder Sozialversicherungsbeiträgen zählen, sofern in den nationalen Rechtsvorschriften nichts anderes vorgesehen ist. Es sollte ihnen auch möglich sein, Bewerber oder Bieter auszuschließen, deren Leistung bei früheren öffentlichen Aufträgen im Hinblick auf wesentliche Anforderungen erhebliche Mängel aufwies, zum Beispiel Lieferrausfall oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt. In den nationalen Rechtsvorschriften sollte eine Höchstdauer für solche Ausschlüsse vorgesehen sein. Bei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe sollten die öffentlichen Auftraggeber insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen. Kleinere Unregelmäßigkeiten sollten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers führen. Wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten können allerdings Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers wecken, die seinen Ausschluss rechtfertigen könnten.“*

Bzgl. § 78 Abs. 1 Z 2 und 3 ist der Zeitpunkt von der entsprechenden gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung an zu messen; eine solche wird auch im Fall von § 78 Abs. 1 Z 5 vorliegen. Hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 4, 10 und 11 kommt es auf die Wahrnehmung des öffentlichen Auftraggebers an, die dem Unternehmer im Fall des Ausschlusses samt Darlegung des relevanten Zeitpunktes offenzulegen ist. § 78 Abs. 1 Z 7 und 8 betreffen dem Grund nach das gegenständliche Vergabeverfahren, sodass aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein über das aktuelle Vergabeverfahren hinaus dauernder Ausschluss kaum zu rechtfertigen ist; auch hier wird es jedoch auf die Wahrnehmung des öffentlichen Auftraggebers ankommen. Hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 9 ist die Beendigung bzw. sonstige Sanktion als einschlägiger Zeitpunkt anzusehen.

Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

§ 84. (1) Als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 80 Abs. 1 Z 3 kann der öffentliche Auftraggeber insbesondere die Nachweise gemäß **Anhang X** verlangen.

(2) Kann ein Unternehmer aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Nachweise nicht beibringen, so kann er den Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Vorlage jedes anderen vom öffentlichen Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises erbringen.

EBRV 69 BgNr. XXVI. GP zu § 84 BVerG 2018 (Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit):

Mit der vorliegenden Bestimmung sollen Art. 60 Abs. 1 und 3 der RL 2014/24/EU mit umgesetzt werden.

Der in Anhang X enthaltene Katalog der Nachweismittel ist nicht abschließend (arg. „insbesondere“). Zu den Nachweisen im Einzelnen vgl. die Erläuterungen zu Anhang X.

Zur Angabe der verlangten Nachweise in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen siehe die §§ 50 Abs. 3 bzw. 91 Abs. 3. Die Angabe hat sich auch auf die Nachweise zu erstrecken, die gegebenenfalls auf Aufforderung nachzureichen sind.

Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

§ 85. (1) Als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 80 Abs. 1 Z 4 kann der öffentliche Auftraggeber je nach Art, Menge, Umfang oder Verwendungszweck der zu liefernden Waren oder der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in **Anhang XI** angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in **Anhang XI** angeführten Nachweise darf der öffentliche Auftraggeber nicht verlangen.

(2) Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) müssen jedenfalls folgende Angaben enthalten:

1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson,
2. Wert der Leistung,
3. Zeit und Ort der Leistungserbringung und
4. Angabe, ob die Leistung ordnungsgemäß ausgeführt wurde.

(3) Werden Nachweise über Leistungen vorgelegt, die der Unternehmer in Arbeitsgemeinschaften erbracht hat, ist der vom Unternehmer erbrachte Leistungsteil anzugeben.

EBRV 69 BgNr. XXVI. GP zu § 85 BVerG 2018 (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit):

Vorliegend werden Art. 58 Abs. 4 sowie Art. 60 Abs. 1 und 4 der RL 2014/24/EU mit umgesetzt.

Hinsichtlich des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit eines Unternehmers hat der öffentliche Auftraggeber in der Bekanntmachung (vgl. § 50 Abs. 3) oder in den Ausschreibungsunterlagen (§ 91 Abs. 3) anzugeben, für welchen Nachweis oder für welche Nachweise im Sinne der vorliegenden Bestimmung iVm Anhang XII er sich unter Bedachtnahme auf § 80 Abs. 1 entschieden hat. Abs. 3 enthält eine horizontalisierte Regelung über die Vorlage von Referenzen, die gleichermaßen für alle Auftragsarten maßgeblich ist.

§ 85 enthält eine für den öffentlichen Auftraggeber abschließende Aufzählung der zulässigen Nachweismittel in Bezug auf die technische Eignung. Welche Nachweise der öffentliche Auftraggeber verlangt, liegt in seinem, lediglich durch das Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgebot (vgl. § 80 Abs. 1) determinierten Ermessen. Zu Abs. 3 ist auf das Urteil des EuGH in der Rs C-387/14, *Esaprojekt*, hinzuweisen. Darin hat der Gerichtshof bestätigt, dass es einem Unternehmer verwehrt ist, sich im Hinblick auf vom Auftraggeber verlangte Referenzen auf die von anderen Mitgliedern eines Konsortiums erbrachten Leistungen zu berufen, an deren Ausführung der Unternehmer sich nicht tatsächlich und konkret beteiligt hat.

Zu den Nachweisen im Einzelnen vgl. die Erläuterungen zu Anhang XI.

Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

§ 86. Zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis kann sich ein Unternehmer für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In Bezug auf die Nachweise betreffend Ausbildung und Bescheinigung über die berufliche Befähigung gemäß **Anhang XI** Abs. 2 Z 4 und Abs. 3 Z 5 oder den Nachweis über die einschlägige berufliche Erfahrung kann ein Unternehmer sich nur auf die Kapazitäten jener Unternehmer stützen, die die Leistung tatsächlich erbringen werden, für die diese Kapazitäten benötigt werden. Der Unternehmer kann mit allen geeigneten Mitteln den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

EBRV 69 B1gNr. XXVI. GP zu § 86 BVergG 2018 (Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer):

Die vorliegende Bestimmung soll Art. 60 Abs. 1 sowie Art. 63 Abs. 1 erster und vierter UAbs. der RL 2014/24/EU mit umsetzen.

Die Regelung stellt eine Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage dar (Rs C-389/92, *Ballast Nedam I*; C-5/97, *Ballast Nedam II*; C-176/98, *Holst*; C-314/01, *Siemens und ARGE Telekom*). Vgl. ferner auch EuGH Rs C-94/12, *Swm Costruzioni 2*, C-601/13, *Ambisig*, C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*, C-406/14, *Wroclaw*, C-27/15, *Pippo Pizzo* und C-223/16, *Casertana*.

Ein öffentlicher Auftraggeber kann einen Unternehmer nicht wegen fehlender Leistungsfähigkeit ausschließen, wenn dieser zwar nicht selbst über die erforderliche Leistungsfähigkeit verfügt, aber nachweist, dass ihm die Mittel eines Dritten für die Auftragsausführung tatsächlich zur Verfügung stehen. Da diese Regelung beim Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit nicht unproblematisch wäre, empfiehlt es sich für den öffentlichen Auftraggeber, bei der Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einen strengen Maßstab hinsichtlich der zu erbringenden Sicherstellungen anzulegen. Der Nachweis kann zB dadurch geführt werden, dass der Unternehmer die Zusage des Unternehmers oder der Unternehmer vorlegt, dass sie dem Unternehmer die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellen. Bei der Substitution der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit ist eine ausreichende Risikoabdeckung sicherzustellen – etwa in Form einer unbedingten Bankgarantie zugunsten des öffentlichen Auftraggebers. Allgemein kann als Beispiel für den Nachweis,

dass die bei anderen Unternehmen im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel dem Unternehmer tatsächlich zur Verfügung stehen, eine (unbedingte) verpflichtende Zusage des anderen Unternehmens genannt werden.

Es wird darauf hingewiesen, dass neben der vergaberechtlichen Zulässigkeit der Befugung auf die Befugnis Dritter auch zu prüfen ist, ob dies gegebenenfalls auch nach anderen gesetzlichen Regelungen (vgl. dazu insbesondere die gewerberechtlichen Vorschriften wie etwa § 32 GewO) zulässig ist. Da gemäß § 2 Z 38 Arbeits- und Bietergemeinschaften als „Unternehmer“ im Sinne des Gesetzes gelten, können sich unter den Voraussetzungen der vorliegenden Regelung auch Bieter- und Arbeitsgemeinschaften auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder oder anderer Unternehmer stützen, sofern die Voraussetzungen des vorliegenden Paragraphen erfüllt sind.

Zum Verhältnis der vorliegenden Regelung zu § 98 (Subunternehmerleistungen) wird darauf hingewiesen, dass jeder Subunternehmer unter die gegenständliche Regelung subsumiert werden kann; jedoch ist nicht jedes Unternehmen, auf dessen Kapazitäten sich der Unternehmer nach der vorliegenden Regelung zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit und Befugnis stützt, auch ein Subunternehmer. So ist etwa ein Vermieter von Gerät, das zur Erbringung einer ausgeschriebenen Leistung notwendig ist, nicht als Subunternehmer anzusehen; § 86 ist auf diesen jedoch anwendbar.

Normen für Qualitätssicherung und Umweltmanagement

§ 87. (1) Verlangt der öffentliche Auftraggeber zum Nachweis dafür, dass der Unternehmer bestimmte Qualitätssicherungsnormen – einschließlich der Normen betreffend den Zugang von Menschen mit Behinderung – erfüllt, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so hat er auf Qualitätssicherungssysteme Bezug zu nehmen, die den einschlägigen europäischen Normen genügen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind. Gleichwertige Bescheinigungen von Stellen anderer Vertragsparteien des EWR-Abkommens müssen anerkannt werden. Der öffentliche Auftraggeber muss andere Nachweise von gleichwertigen Qualitätssicherungsmaßnahmen anerkennen, wenn der Unternehmer glaubhaft macht, dass er die betreffenden Bescheinigungen aus Gründen, die ihm nicht zugerechnet werden können, nicht fristgerecht erlangen konnte und sofern der Unternehmer nachweist, dass die vorgeschlagenen Qualitätssicherungsmaßnahmen den geforderten Qualitätssicherungsnormen entsprechen.

(2) Verlangt der öffentliche Auftraggeber zum Nachweis dafür, dass der Unternehmer bestimmte Systeme oder Normen für das Umweltmanagement erfüllt, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so hat er auf das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) der Union gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung, ABl. Nr. L 342 vom 22.12.2009 S. 1 zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) Nr. 517/2013, ABl. Nr. L 158 vom 10.06.2013 S. 1, auf andere gemäß Art. 45 dieser Verordnung anerkannte Systeme für das Umweltmanagement oder auf andere Normen für das Umweltmanagement Bezug zu nehmen, die auf den einschlägigen europäischen oder internationalen Normen beruhen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind. Gleichwertige Bescheinigungen von Stellen anderer Vertragsparteien des EWR-Abkommens müssen anerkannt werden. Der öffentliche Auftraggeber muss andere Nachweise über Umweltmanagementmaßnahmen anerkennen, wenn der Unternehmer nachweist, dass er keinen Zugang zu den betreffenden Bescheinigungen hatte oder diese aus Gründen, die ihm nicht zugerechnet werden können, nicht fristgerecht erlangen konnte und dass diese Maßnahmen jenen Maßnahmen

gleichwertig sind, die gemäß dem einschlägigen System oder der einschlägigen Norm für das Umweltmanagement erforderlich sind.

EBRV 69 BgNr. XXVI. GP zu § 87 BVergG 2018 (Normen für Qualitätssicherung und Umweltmanagement):

Mit der Bestimmung sollen Art. 60 Abs. 1 sowie Art. 62 der RL 2014/24/EU umgesetzt werden.

Es versteht sich von selbst, dass der Nachweis von Qualitätssicherungsmaßnahmen in anderer Form (Abs. 1 letzter Satz) vom öffentlichen Auftraggeber nur dann anerkannt werden muss, wenn es sich um gleichwertige Maßnahmen handelt.

Zur Regelung des Abs. 2 führt EG 88 der RL 2014/24/EU aus: *„Öffentliche Auftraggeber sollten verlangen können, dass während der Ausführung eines öffentlichen Auftrags Umweltmanagementmaßnahmen oder -regelungen angewandt werden. Umweltmanagementregelungen können – unabhängig davon, ob sie im Rahmen von Unionsinstrumenten wie der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates registriert sind oder nicht – als Nachweis dafür dienen, dass der betreffende Wirtschaftsteilnehmer über die für die Ausführung des Auftrags erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfügt. Dies schließt Öko-Gütezeichen mit ein, die auch Umweltmanagementkriterien beinhalten. Hat ein Wirtschaftsteilnehmer keinen Zugang zu derartigen Umweltmanagement-Registrierungssystemen oder keine Möglichkeit, sich fristgerecht registrieren zu lassen, so sollte die Vorlage einer Beschreibung der durchgeführten Umweltmanagementmaßnahmen zulässig sein, sofern der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nachweist, dass diese Maßnahmen das selbe Umweltschutzniveau gewährleisten wie die im Rahmen des Umweltmanagements erforderlichen Maßnahmen.“*

In Art. 62 Abs. 2 zweiter UAbs. der RL 2014/24/EU wird auf „geltende Systeme“ Bezug genommen; die englische Sprachfassung spricht demgegenüber von einem „applicable [...] system“. In Anlehnung an die englische Sprachfassung wurde im vorliegenden Abs. 2 das Wort „einschlägigen“ gewählt, womit eine bloße Bedeutungsklarstellung verbunden sein soll.

5. Abschnitt Die Ausschreibung

1. Unterabschnitt Allgemeine Bestimmungen

Grundsätze der Ausschreibung

§ 88. (1) Die Leistungen müssen, sofern nicht ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zur Anwendung kommt, so rechtzeitig bekannt gemacht werden, dass die Vergabe nach den Verfahren dieses Bundesgesetzes ermöglicht wird.

(2) Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen von den Bietern ermittelt werden können. Die Vergleichbarkeit der Angebote muss sichergestellt sein; beim Verhandlungsverfahren gilt dies nur für die endgültigen Angebote.

(3) Soweit in einem offenen oder nicht offenen Verfahren eine konstruktive Leistungsbeschreibung erfolgt, sind die Beschreibung der Leistung und die sonstigen Bestimmungen so abzufassen, dass sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Leistungsvertrag verwendet werden können.

(4) Sieht die Ausschreibung für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vor, so ist die Ausschreibung so zu gestalten, dass der Bieter Variantenangebotspreise bilden kann.