

An
alle öffentlichen Auftraggeber:innen und
Sektorenauftraggeber:innen

**Stefan Kiesling, LL.M. (WU)/
Mag. Dr. Michael Fruhmann**
Sachbearbeiter

stefan.kiesling@bmj.gv.at
+43 1 521 52-302264
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte
unter Anführung der Geschäftszahl an
vergaberecht@bmj.gv.at zu richten.

Geschäftszahl: 2024-0.177.399

Öffentliches Auftragswesen; Publikationsverpflichtungen für öffentliche Auftraggeber:innen und Sektorenauftraggeber:innen gemäß Bundesvergabegesetz 2018, Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 und Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012; Datenqualität; Rundschreiben

1. Das Bundesministerium für Justiz (BMJ) erlaubt sich, alle öffentlichen Auftraggeber:innen und Sektorenauftraggeber:innen aus gegebenem Anlass auf ihre Verpflichtungen zur ordnungsgemäßen Publikation von Bekanntmachungen und Bekanntgaben gemäß den §§ 50 ff und 219 ff Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018, §§ 28 ff Bundesvergabegesetz Konzessionen – BVergGKonz 2018 und §§ 38 ff Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit – BVergGVS 2012 hinzuweisen.

2. Bekanntmachungen und Bekanntgaben im Zusammenhang mit Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich haben sowohl auf Unionsebene als auch in Österreich zu erfolgen. Das BMJ ruft in diesem Zusammenhang sein Rundschreiben betreffend die Verwendung von eForms für Bekanntmachungen und Bekanntgaben, sowie die Vorgaben an das Zur-

Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen vom 25. Juli 2023, GZ 2023-0.321.850, in Erinnerung.¹

Bekanntmachungen und Bekanntgaben im Zusammenhang mit Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich haben in Österreich zu erfolgen und können zusätzlich freiwillig auf Unionsebene erfolgen.

Um ihren Publikationsverpflichtungen in Österreich rechtskonform nachzukommen, müssen die öffentlichen Auftraggeber:innen und Sektorenauftraggeber:innen die Metadaten der Kerndaten gegenwärtig auf <https://www.data.gv.at> bereitstellen und darin auf die Kerndaten der Vergabeverfahren verweisen. Die zu veröffentlichenden Kerndaten für die Bekanntgaben haben die in Anhang VIII, Abschnitt 2, Z 1 BVergG 2018 bzw. Anhang VII, Abschnitt 2, Z 1 BVergGKonz 2018 angeführten Informationen zu enthalten.

Die Veröffentlichungen werden in der Regel automationsunterstützt durch den Einsatz von Beschaffungsplattformen durchgeführt.

3. Die besondere Wichtigkeit und Bedeutung von Veröffentlichungen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens folgt nicht nur aus der Rechtsprechung des EuGH zum Transparenzgrundsatz,² sondern in Bezug auf Bekanntgaben auch daraus, dass die Daten der Veröffentlichungen für die Analyse der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen von großer Bedeutung sind.

Die Veröffentlichungen auf Unionsebene und in Österreich werden in unterschiedlicher Form verarbeitet, aufbereitet und verwendet (z.B. für die Integration in den Public Procurement Data Space,³ als Grundlage für Prüfungen des europäischen Rechnungshofes,⁴

¹ Dieses Rundschreiben ist abrufbar unter: <https://www.bmj.gv.at/themen/Vergaberecht/dokumente-zum-vergaberecht/vergaberechtliche-rundschreiben.html>.

² Grundlegend EuGH 7.12.2000, Rs C-324/98, *Telaustria*. In dieser Entscheidung führte der EuGH aus, dass das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz einschließt kraft welcher der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen muss, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglichen muss, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden (aaO Rz 60 bis 62).

³ https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement/digital-procurement/public-procurement-data-space-ppds_en, abgerufen am 14.03.2024.

⁴ Vgl. in diesem Zusammenhang das Dashboard für das öffentliche Auftragswesen (abgerufen am 14.03.2024 unter:

https://public.tableau.com/app/profile/eca.public.procurement/viz/eca_dashboard_17002195654680/Story?publish=yes), das im Kontext der Verfassung des Sonderberichtes 28/2023 „Öffentliches Auftragswesen in der EU“ (abrufbar unter: <https://www.eca.europa.eu/en/publications?ref=SR-2023-28>) kreiert wurde.

als Grundlage vergabepolitischer Entscheidungen auf nationaler und Unionsebene, zur Erfüllung von Berichtspflichten der Republik Österreich gegenüber der Europäischen Kommission, zur Information der Wirtschaft und der Öffentlichkeit⁵ uvam.) und sind auch im Kontext zusätzlicher national bestehender⁶ sowie zukünftiger⁷ Transparenzverpflichtungen zu sehen.

Ebenso wie auch der Europäische Rechnungshof und die Europäische Kommission misst auch das BMJ der Vollständigkeit und Korrektheit der Datensätze im Bereich des öffentlichen Auftragswesens außerordentliche Bedeutung zu.

4. Das BMJ hat im Sinne einer stichprobenartigen Überprüfung der Qualität der veröffentlichten Bekanntgaben in Österreich die über Kerndaten vom 5. Oktober 2023 bis 5. Dezember 2023 veröffentlichten Bekanntgaben im Bereich des BVergG 2018 analysiert und im Ergebnis festgestellt, dass:

- bei rund **21 %** aller Bekanntgaben keine oder eine nicht plausible Stammzahl der Auftragnehmer:innen enthalten ist,⁸
- bei rund **14 %** aller Bekanntgaben, die im Oberschwellenbereich erfolgen, keine Angabe über die Anzahl der abgegebenen Angebote von Klein- und Mittelunternehmen (KMU) enthalten ist,⁹
- bei rund **9 %** aller bekanntgegebenen Direktvergaben ein nicht plausibler Auftragswert von über EUR 150.000 enthalten ist,
- bei rund **8 %** aller Bekanntgaben die Veröffentlichung länger als acht Wochen nach dem Tag des Vertragsabschlusses erfolgt ist,¹⁰

⁵ Vgl. dazu etwa die USP Ausschreibungssuche (am 14.03.2024 abgerufen unter: <https://www.usp.gv.at/betrieb-und-umwelt/laufender-betrieb/vergabeverfahren.html>) oder das zivilgesellschaftliche Projekte zur Analyse/Suche von öffentlichen Auftragsvergaben unter <https://offenevergaben.at/>.

⁶ Vgl. etwa Art. 20 Abs. 5 B-VG und das diesbezügliche Rundschreiben des BMJ vom 29. Juni 2023, GZ 2023-0.232.034 (abrufbar unter: <https://www.bmj.gv.at/themen/Vergaberecht/dokumente-zum-vergaberecht/vergaberechtliche-rundschreiben.html>).

⁷ Vgl. dazu insbesondere das Bundesgesetz, mit dem das Bundes-Verfassungsgesetz geändert und ein Informationsfreiheitsgesetz erlassen wird, BGBl. I Nr. 5/2024.

⁸ Vgl. § 6 des Bundesgesetzes über Regelungen zur Erleichterung des elektronischen Verkehrs mit öffentlichen Stellen (E-Government-Gesetz), BGBl. I Nr. 10/2004 idgF; im Regelfall handelt es sich hierbei um die Firmenbuchnummer der Unternehmen.

⁹ Vgl. für die Definition der KMU die Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (Bekanntgegeben unter Aktenzeichen K[2003] 1422), OJ L 124, 20.5.2003, S. 36-41.

¹⁰ Vgl. etwa die §§ 62 Abs. 1 und 66 Abs. 1 BVergG 2018; die Bekanntgaben haben spätestens 30 Tage nach Zuschlagserteilung bzw. nach Abschluss der Rahmenvereinbarung zu erfolgen; im Unterschwellenbereich gilt diese

- bei rund **8 %** aller Bekanntgaben kein oder ein nicht plausibler Auftragswert (z.B.: „1“) enthalten ist,
- bei rund **7 %** aller Bekanntgaben, die den Abschluss von Rahmenvereinbarungen betreffen, keine Laufzeit enthalten ist,¹¹
- bei rund **6 %** aller Bekanntgaben bei der Anzahl der eingegangenen Angebote die Zahl „0“ enthalten ist,¹²
- bei rund **1,5 %** aller Bekanntgaben die Stammzahl des Auftraggebers nicht enthalten oder ein nicht plausibler Wert (zB die UID-Nummer) enthalten ist,
- bei rund **1 %** aller Bekanntgaben „im Unterschwellenbereich“ die Auftragsart Lieferauftrag/Dienstleistungsauftrag und ein Auftragswert von über EUR 500.000 enthalten ist (besondere Dienstleistungen wurden hierbei entsprechend berücksichtigt),¹³
- bei rund **1 %** aller Bekanntgaben der Name des Auftragnehmers bzw. die Partei der Rahmenvereinbarung nicht enthalten oder ein nicht plausibler Wert enthalten ist und
- bei rund **0,5 %** aller Bekanntgaben der Tag des Vertragsabschlusses in der Zukunft liegt.

Im Ergebnis hat das BMJ festgestellt, dass rund **43 % aller Bekanntgaben** unvollständige und/oder nicht plausible Daten enthalten.

5. Das BMJ ruft in diesem Zusammenhang die Konsequenzen in Erinnerung, die mit unvollständigen oder falschen und damit rechtswidrigen Bekanntmachungen und Bekanntgaben verbunden sein können:

Verpflichtung nur für Auftraggeber:innen im Vollziehungsbereich des Bundes ab einem Auftragswert von EUR 50.000.

¹¹ Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung mit unbefristeter Laufzeit ist (unions-)rechtlich unzulässig (vgl. ErläutRV 69. BlgNR XXVI. GP S 168).

¹² Im Falle einer Auftragserteilung aufgrund einer Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb erfolgt die Beauftragung aufgrund zumindest eines (ggf. konkretisierten) Angebotes (vgl. §§ 155 bzw. 316 BVergG 2018).

¹³ Die Schwelle von EUR 500.000.- wurde gewählt, um in vereinfachter Weise gleichzeitig sowohl Bekanntgaben im klassischen wie auch Sektorenbereich zu analysieren. Sofern bei den betroffenen Vergabeverfahren der geschätzte Auftragswert in der Bekanntmachung als unter den in den §§ 12 Abs. 1 bzw. 185 Abs. 1 BVergG 2018 angeführten Schwellenwerten liegend angegeben wurde, ist in den meisten Fällen mit hoher Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der geschätzte Auftragswert nicht sachkundig ermittelt und in weiterer Folge die Bekanntmachungs- und Bekanntgabepflichten verletzt wurden (Ausnahmen, wie zum Beispiel aufgrund sehr hoher kurzfristiger Preissteigerungen, sind im Einzelfall gleichwohl möglich).

- Auftraggeber:innen, die ihre Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Bekanntmachung bzw. Bekanntgabe verletzen, begehen eine Verwaltungsübertretung gemäß § 375 Abs. 1 BVergG 2018 bzw. § 117 BVergGKonz 2018 und sind von der Verwaltungsstrafbehörde mit einer Geldstrafe von bis zu EUR 50.000 zu bestrafen.
- Auftraggeber:innen haben „vollständige“ Bekanntmachungen und Bekanntgaben in Österreich zu publizieren.¹⁴ „Vollständig“ bedeutet, dass alle einschlägigen Kerndatenfelder auszufüllen (und daher im Wege der Publikation zugänglich) sind, widrigenfalls keine rechtsgültige Bekanntmachung bzw. Bekanntgabe im Sinne des Gesetzes vorliegt.¹⁵ Spezifisch im Kontext einer Bekanntmachung kann somit eine unvollständige oder technisch fehlerhafte¹⁶ Publikation die Konsequenz nach sich ziehen, dass ein:e Auftraggeber:in trotz Veröffentlichung ein Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführt.¹⁷

6. Das BMJ verkennt nicht, dass bestimmte Angaben in Bekanntgaben unterbleiben können, wenn *„deren Bekanntgabe die Vollziehung von Gesetzen behindern, dem öffentlichen Interesse zuwiderlaufen, die berechtigten geschäftlichen Interessen eines Unternehmers schädigen oder den freien und lautereren Wettbewerb zwischen Unternehmern beeinträchtigen würde“*.¹⁸ Als Ausnahmeregelung von der grundsätzlich bestehenden Veröffentlichungspflicht sind diese Bestimmungen jedoch restriktiv zu interpretieren und anzuwenden;¹⁹ die Auftraggeber:innen trifft die Beweislast, dass im konkreten Einzelfall die genannten Interessen nur durch die Nicht-Veröffentlichung bestimmter Angaben geschützt werden können. Die (systematische oder im Einzelfall erfolgende) Nicht-Bekanntgabe etwa der Namen der Parteien von Rahmenvereinbarungen oder der (korrekten) Auftragswerte

¹⁴ So explizit die §§ 59 Abs. 1, 62 Abs. 1, 64 Abs. 1, 66 Abs. 1, 229 Abs. 1, 232 Abs. 1, 234 Abs. 1 und 237 Abs. 1 BVergG 2018 sowie die §§ 33 Abs. 1, 35 Abs. 1, 36 Abs. 1 und 37 Abs. 1 BVergGKonz 2018. Im Anwendungsbereich des BVergGVS 2012 ist nach Auffassung des BMJ das Erfordernis der „vollständigen“ Publikation von Bekanntmachungen und Bekanntgaben aus einer systematischen Analogie zu den erwähnten (vergaberechtlichen) Publikationsregeln des BVergG 2018 bzw. des BVergGKonz 2018 und aus dem unionsrechtlichen Transparenzgrundsatz abzuleiten.

¹⁵ So auch ausdrücklich schon ErläutRV 69. BlgNR XXVI. GP, 90.

¹⁶ Gemäß dem BVergG 2018 bzw. dem BVergGKonz 2018 müssen öffentliche Auftraggeber:innen und Sektorenauftraggeber:innen die Metadaten der Kerndaten auf <https://www.data.gv.at> bereitstellen und darin auf die Kerndaten der Vergabeverfahren verweisen. Die Bereitstellung eines Links auf eine Homepage (zB einer Gemeinde) auf www.data.gv.at erfüllt somit die gesetzlichen Anforderungen nicht.

¹⁷ Auf die weiteren rechtlichen Konsequenzen (wie Zulässigkeit derartiger Verfahren nur unter bestimmten Umständen, Beweislast, potentielle Nichtigkeit von Verträgen) soll im gegebenen Zusammenhang nur verwiesen werden.

¹⁸ Vgl. dazu etwa die §§ 61 Abs. 4, 66 Abs. 3, 231 Abs. 4 und 237 Abs. 3 BVergG 2018 und § 46 Abs. 2 BVergGVS 2012.

¹⁹ Vgl. für viele EuG 19.07.1999, Rs T-14/98, *Hautala/Rat*, Rz 84, EuGH 07.09.2023, Rs C-601/21, *Kommission/Polen*, Rz 81, VwGH 27.06.2023, Ra 2020/04/0027 alle mwN der Judikatur.

kann durch den allfälligen Hinweis, dies sei zur Sicherstellung des Wettbewerbes erforderlich oder zur Verhinderung wettbewerbswidrigen Verhaltens der Parteien geboten, und ohne weitere konkrete Hinweise auf die Gefährdung des Wettbewerbes nicht gerechtfertigt werden. Im Übrigen wären diese Umstände auch im Vergabeakt in der gebotenen Weise zu dokumentieren.

7. Angesichts der oben aufgezeigten Problematik wird das BMJ die Datenqualität der Bekanntmachungen und Bekanntgaben weiterhin regelmäßig analysieren und behält sich, insbesondere im Falle einer systematischen Verletzung von Veröffentlichungsverpflichtungen, das Setzen weiterer Schritte (insbesondere eine Anzeige an die Verwaltungsstrafbehörde) vor, nicht zuletzt auch um im Fall der Verletzung unionsrechtlicher Publikationsverpflichtungen die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren der Europäischen Kommission zu verhindern.

Das Bundesministerium für Justiz – Stabsstelle Vergaberecht ersucht daher nachdrücklich um entsprechende Berücksichtigung und korrekte Vollziehung der sich aus dem BVergG 2018, dem BVergGKonz 2018 und dem BVergGVS 2012 ergebenden Veröffentlichungsverpflichtungen.

Die Bundesministerien und die Länder werden ersucht, ihre nachgeordneten Dienststellen sowie die ihrem Wirkungsbereich zugeordneten Auftraggeber:innen von diesem Rundschreiben zu informieren.

19. März 2024

Für die Bundesministerin:

FRUHMANN

Elektronisch gefertigt