

An

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

[REDACTED]

Mag. Dr. Michael FRUHMANN
Sachbearbeiter

michael.fruhmann@bmj.gv.at
+43 1 521 52-302913
Museumstraße 7, 1070 Wien

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

Geschäftszahl: 2026-0.171.142

Anfrage vom 24. Februar 2026 betreffend die Zulässigkeit der Durchführung von „einstufigen Verhandlungsverfahren“; Stellungnahme des BMJ

In der Anfrage wird um Auskunft ersucht, ob die Durchführung von „einstufigen Verhandlungsverfahren“ nach dem BVergG 2018, BGBl I Nr. 65/2018 idGF, zulässig sei. Als „einstufiges Verhandlungsverfahren“ wird im konkreten Kontext die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung gemäß den §§ 31 Abs. 5 und 203 Abs. 5 BVergG bezeichnet (vgl. dazu etwa auch die §§ 114, 123, 281 und 290 BVergG 2018), wobei das Auswahlverfahren so ausgestaltet ist, dass alle geeigneten Bewerber:innen zur Angebotsphase zugelassen werden sollen. Es findet somit kein Selektionsprozess aufgrund von Auswahlkriterien gemäß § 2 Z 22 lit. a BVergG 2018 statt.

Vor diesem Hintergrund wird um Klärung ersucht, ob

1. die Durchführung eines Auswahlverfahrens beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach geltender Rechtslage bloß fakultativ ist, und
2. ob die Feststellung der Eignung auch erst nach Legung des Erstangebotes erfolgen kann.

Das Bundesministerium für Justiz, Stabsstelle für Vergaberecht (idF: BMJ), teilt dazu folgendes mit:

Das BMJ verweist einleitend auf den Wortlaut der gesetzlichen Grundlagen (vgl. die §§ 123 bzw. 290 BVergG 2018): danach ist die „Anzahl“ der zur Angebotsabgabe aufzufordernden Unternehmer:innen entsprechend der Leistung festzulegen; diese Anzahl muss einen „echten Wettbewerb“ gewährleisten, sie ist bekanntzugeben und darf im Regelfall eine gewisse Mindestanzahl nicht unterschreiten. Langen in weiterer Folge mehr Teilnahmeanträge als die festgelegte Anzahl ein, so sind von den geeigneten Bewerber:innen anhand der Auswahlkriterien die besten Bewerber:innen auszuwählen.¹ Schon der Begriff „Anzahl“ ist – für sich genommen - nach Auffassung des BMJ nicht zwingend nur dahingehend auszulegen, dass er – anders etwa als der Begriff „Mindestanzahl“ - ausschließlich eine bestimmte, durch Zählen ermittelbare Menge adressiert.² Gleichzeitig ist zu beachten, dass nach stRspr des EuGH die Bedingungen und Modalitäten des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert sein müssen, damit alle durchschnittlich fachkundigen Bieter:innen bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihre genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können.³ Diese Vorgabe ist auch vor dem Hintergrund relevant, dass gegebenenfalls auch überprüfbar sein muss, ob sich die Auftraggeberin an die bestandsfest gewordenen Bedingungen der Ausschreibung gehalten hat.⁴

Aus dem Wortlaut, der Systematik und dem Telos der Regelung⁵ sowie aufgrund der zitierten Rspr ergibt sich nach Auffassung des BMJ eindeutig, dass einerseits seitens der Auftraggeberin eine klare Festlegung der Menge (Anzahl) der zur Angebotsabgabe einzuladenden Unternehmer:innen zu erfolgen hat und andererseits neben der Festlegung einer konkreten Zahl auch die Festlegung zulässig ist, dass die Auftraggeberin „alle“ geeigneten Bewerber:innen zur Abgabe eines Angebotes in einem Verhandlungsverfahren

¹ Hinzuweisen ist schon an dieser Stelle darauf, dass nach den einschlägigen gesetzlichen Grundlagen keine explizite Pflicht der Auftraggeberin normiert wird, jedenfalls Auswahlkriterien festzulegen. Ausweislich des Gesetzeswortlautes wird „nur“ normiert, dass die Auswahl an Hand der Auswahlkriterien stattzufinden hat, sofern eine die von der Auftraggeberin allenfalls festgelegte Höchstzahl übersteigende Anzahl von Teilnahmeanträgen einlangt (vgl. § 123 Abs. 6 BVergG 2018) bzw. eine „Auswahl“ gemäß den Festlegungen der Auftraggeberin erforderlich ist (vgl. § 290 Abs. 3 BVergG 2018).

² Vgl. dazu auch den gebräuchlichen Ausdruck „eine große/kleine Anzahl von ...“.

³ Vgl. für viele EuGH 13.6.2024, Rs C-737/22, *BibMedia*, ECLI:EU:C:2024:495, Rz 31 mwN der Judikatur.

⁴ Zur „strengen Bindung“ aller Beteiligten an die Ausschreibung vgl. etwa VwGH 20.05.2010, 2007/04/0072, sowie schon EuGH 22.6.1993, Rs C-243/89, *Kommission/Dänemark (Storebælt)*, ECLI:EU:C:1993:257, Rz 39; EuGH 2.6.2016, Rs C-27/15, *Pippo Pizzo*, ECLI:EU:C:2016:404, Rz 39 mwN.

⁵ „Anzahl muss einen ‚echten Wettbewerb‘ gewährleisten“, Mindestzahlen.

mit vorheriger Bekanntmachung einladen wird. Eine derartige Festlegung dient zudem in eindeutiger Weise dem Ziel des Vergaberechts, einen möglichst umfassenden Wettbewerb zu gewährleisten.⁶ Darüber hinaus erfolgt mit einer derartigen Festlegung – anders etwa als bei der unbestimmten Festlegung, eine „große Anzahl“ in das Verfahren einzubeziehen – eine klare Bestimmbarkeit der „Anzahl“ der zur Angebotsabgabe einzuladenden Unternehmen. Der Auftraggeberin kommt dabei keine, eine potentielle Diskriminierung eröffnende, Auswahlmöglichkeit zu.⁷

Dieser Befund wird auch durch die Erläuterungen zu § 123 BVergG 2018 gestützt, welche auch für den Sektorenbereich einschlägig sind.⁸ Dort wird ausgeführt: *„Wie bisher bleibt es dem öffentlichen Auftraggeber überlassen, ob er die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer nach oben hin begrenzen möchte. Es liegt daher im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, ob er von der Möglichkeit der Festlegung einer Höchstzahl Gebrauch macht oder nicht.“*⁹ Daraus folgt nach Auffassung des BMJ klar, dass der Gesetzgeber sowohl die Möglichkeit der Festlegung einer Höchstzahl wie auch die Festlegung, dass alle geeigneten Bewerber:innen zur Angebotsabgabe eingeladen werden, für zulässig erachtet.

⁶ Vgl. EuGH 7.4.2016, Rs C-324/14, *Partner*, ECLI:EU:C:2016:214, Rz 34 mwN.

⁷ Zum Auswahlelement als „Angelpunkt“ des Vergaberechts vgl. EuGH 14.7.2022, Rs C-436/20, *ASADE*, ECLI:EU:C:2022:559, Rz 68 mwN.

⁸ Dies folgt einerseits aus dem Rückverweis der Erläuterungen (siehe 69 BlgNR 26. GP [idF: ErläutRV] 187 mit Verweis auf § 123) welcher zwar Abs. 4 nicht ausdrücklich erwähnt, diesen aber teleologisch systematisch umfasst (vgl. dazu auch ErläutRV 186 wonach *„die Bestimmungen zum Ablauf des Verhandlungsverfahrens in § 281 weitgehend an die Regelungen des klassischen Teiles angeglichen wurden, um Unklarheiten sowie Diskrepanzen zwischen dem Verhandlungsverfahren im klassischen Bereich und dem Sektorenbereich zu vermeiden“*) und andererseits aus der Überlegung, dass ein „strengeres“ Verständnis der parallelen Sektorenregelungen systematisch nicht zu rechtfertigen wäre; bekanntlicher Weise ist der Sektorenbereich generell flexibler ausgestaltet als der sog. „klassische Teil“ des BVergG.

⁹ Vgl. ErläutRV 148.

Das BMJ weist darauf hin, dass diese Analyse auch durch den Wortlaut der einschlägigen unionsrechtlichen Grundlagen unterstützt wird, welche ebenfalls keinen Zwang zur Angabe einer Höchstzahl vorsehen.¹⁰ Das BMJ verkennt nicht, dass im Schrifttum auch die gegenteilige Auffassung vertreten wird,¹¹ kann sich dieser aber aus den dargelegten Gründen nicht anschließen.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass nach Auffassung des BMJ in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gemäß den §§ 31 Abs. 5 und 203 Abs. 5 BVergG 2018 die Festlegung durch die Auftraggeberin zulässig ist, dass „alle“ geeigneten Unternehmen zur Angebotsphase zugelassen werden. In diesem Fall ist es auch nicht erforderlich, Auswahlkriterien gemäß § 2 Z 22 lit. a leg.cit. festzulegen.

Zur ebenfalls gestellten Frage, ob die Feststellung der Eignung („Eignungsprüfung“) im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung auch erst nach Legung des Erstangebotes erfolgen kann, verweist das BMJ auf die Bestimmungen der §§ 79 Abs. 1 Z 4, 123 Abs. 2, 250 Abs. 1 Z 4 und 290 Abs. 2 BVergG 2018. Diese legen fest, dass einerseits die Eignung „*beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung ... grundsätzlich¹² zum Zeitpunkt des Ablaufes der Teilnahmeantragsfrist*“ vorliegen muss und andererseits „*nur geeigneten Bewerbern ... Gelegenheit zur Beteiligung am Vergabeverfahren zu geben [ist]*“. Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes kann somit nur an Unternehmen ergehen, welche die von der Auftraggeberin festgelegten

¹⁰ Vgl. Art. 47 Abs. 2 RL 2014/25/EU („Contracting entities **may** limit the number of suitable candidates to be invited to participate in the procedure in accordance with Article 78(2).“; „Les entités adjudicatrices **peuvent** limiter le nombre de candidats admis à présenter une offre qui seront invités à participer à la procédure, conformément à l'article 78, paragraphe 2.“; „Die Auftraggeber **können** die Zahl geeigneter Bewerber, die zur Teilnahme am Verfahren aufgefordert werden, gemäß Artikel 78 Absatz 2 begrenzen.“; Hervorhebungen nicht im Original) und den (fast) identen Wortlaut von Art. 29 Abs. 2 der RL 2014/24/EU. Zu betonen ist auch, dass der nationale Gesetzgeber sich bei der Umsetzung der VergabeRL 2014/24/EU und 2014/25/EU auf die Umsetzung des Unionsrechts beschränken und ein sog. „gold-plating“ grundsätzlich vermeiden wollte (vgl. ErläutRV 1).

¹¹ Vgl. Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam (Hrsg.), BVergG³ (2020), § 123 Rz 33. Der Hinweis auf BVA 25.3.2009, N/0008-BVA/12/2009-17, wonach ohne Festlegung einer Höchstzahl ein offenes Verfahren durchgeführt werden würde, ist nach Auffassung des BMJ nicht überzeugend, weil im offenen Verfahren keine Verhandlungsmöglichkeit besteht. Auch der Hinweis auf ein Spannungsverhältnis zu den Grundsätzen der Transparenz und Gleichbehandlung kann nicht erblickt werden, da die Auftraggeberin ohnehin bekannt geben muss, dass sie „alle“ geeigneten Bewerber:innen zur Angebotsabgabe einladen wird.

¹² Zur Bedeutung des Begriffes „grundsätzlich“ im vorliegenden Kontext vgl. ErläutRV 101, wonach die Eignung bezogen auf jenen Leistungsgegenstand vorliegen muss, soweit er zum Zeitpunkt des § 79 Abs. 1 Z 4 leg.cit. bekannt war; damit soll den im Verhandlungsverfahren typischen Änderungen des Leistungsgegenstandes bei der Verpflichtung zum Nachweis Rechnung getragen werden. Vgl. dazu etwa auch BVwG 14.9.2021, W187 2244216-1 (Pkt 3.3.1.13).

Eignungskriterien erfüllen.^{13, 14} Dies gilt unabhängig davon, ob – wie oben ausgeführt – ein Auswahlprozess an Hand von Auswahlkriterien stattfindet oder nicht. Es ist daher festzuhalten, dass eine Eignungsprüfung jedenfalls vor Einladung zur Angebotsabgabe stattzufinden hat.

13. Mai 2026

Für die Bundesministerin:

FRUHMANN

Elektronisch gefertigt

¹³ Vgl. idS schon VwGH 30.6.2004, 2002/04/0011; vgl. ferner VwGH 17.12.2019, Ra 2018/04/0199.

¹⁴ Auf die gesetzlichen Flexibilisierungsmöglichkeiten iZm dem Eignungszeitpunkt (vgl. dazu etwa § 79 Abs. 2 BVergG 2018) wird ausdrücklich hingewiesen.