

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

E 727/2018-13

27. Juni 2018

BESCHLUSS

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz der Präsidentin
Dr. Brigitte BIERLEIN,

in Anwesenheit des Vizepräsidenten
DDr. Christoph GRABENWARTER

und der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,
Dr. Wolfgang BRANDSTETTER,
Dr. Sieglinde GAHLEITNER,
Dr. Andreas HAUER,
Dr. Christoph HERBST,
Dr. Michael HOLOUBEK,
Dr. Helmut HÖRTENHUBER,
Dr. Claudia KAHR,
Dr. Georg LIENBACHER und
Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie der Ersatzmitglieder

Dr. Lilian HOFMEISTER und
Mag. Werner SUPPAN

als Stimmführer, im Beisein der verfassungsrechtlichen Mitarbeiterin

Mag. Carolin MARSCHOUN

als Schriftführerin,

in der Beschwerdesache der *****
***** , ***** , **** ***** ,
vertreten durch die Tschurtschenthaler Rechtsanwälte GmbH, Dr. Arthur
Lemisch-Platz 7, 9020 Klagenfurt am Wörthersee, gegen das Erkenntnis des
Landesverwaltungsgerichtes Kärnten vom 6. Februar 2018,
***** in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung be-
schlossen:

- I. Gemäß Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. b B-VG wird die Verfassungsmäßigkeit der Wortfolge "und Abs. 2a" in § 6 Abs. 2 Z 2 und des § 6 Abs. 2a des Gesetzes über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 – K-VergRG 2014), LGBl. für Kärnten Nr. 95/2013 idF LGBl. für Kärnten Nr. 18/2017, von Amts wegen geprüft.
- II. Das Beschwerdeverfahren wird nach Fällung der Entscheidung im Gesetzesprüfungsverfahren fortgesetzt werden.

Begründung

I. Sachverhalt, Beschwerde und Vorverfahren

1. Die Beschwerdeführerin hat 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. Der Zuschlag soll nach dem "Bestangebotsprinzip" anhand in den Ausschreibungsunterlagen näher definierter Zuschlagskriterien erfolgen. 1

Am 30. November 2017 wurde einer Bieterin die Bewertung ihres Angebotes mitgeteilt und ihr in der präsumtiven Zuschlagsentscheidung zugleich der Pachtzins sowie die Bewertung des Angebotes der vorläufigen Bestbieterin bekanntgegeben. Der Bieterin wurde mitgeteilt, dass sie (wie in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt) Gelegenheit habe, ihr Angebot bis zum 4. Dezember 2017 nachzubessern. 2

Mit Nachprüfungsantrag vom 7. Dezember 2017 bekämpfte diese Bieterin u.a. die Mitteilung vom 30. November 2017 beim Landesverwaltungsgericht Kärnten. 3

2. Mit Erkenntnis vom 6. Februar 2018 erklärte das Landesverwaltungsgericht Kärnten die Mitteilung der präsumtiven Zuschlagsentscheidung vom 30. November 2017 für nichtig (Spruchpunkt I.) und wies Anträge auf Nichtigklärung einer Mitteilung vom 4. Dezember 2017, der Ausschreibungsunterlagen sowie des Pachtvertrages als unzulässig zurück (Spruchpunkt II.). Es bestimmte die Gebühren in näher bezifferter Höhe (Spruchpunkt III.) und trug der Beschwerdeführerin als Antragsgegnerin im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Kärnten deren Ersatz auf (Spruchpunkt IV.). Das Landesverwaltungsgericht Kärnten sprach weiters aus, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof zulässig sei (Spruchpunkt V.). 4

Das Landesverwaltungsgericht Kärnten erachtet 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 Abs. 2a K-VergRG 2014 dar. Gemäß Art. 14b Abs. 3 B-VG sei die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG Landessache. Der Kärntner Landesgesetzgeber habe durch § 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 einen vergaberechtlichen Rechtsschutz für Dienstleistungskonzessionen geschaffen. Aus den Erläuterungen zu dieser Novelle gehe hervor, dass sie der Umsetzung einiger Bestimmungen der Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABl. 2014 L 94, 1 (im Folgenden: KonzessionsRL) diene. Die Länder dürften von ihrer Kompetenz zur Regelung der "Angelegenheiten der Nachprüfung" zwar nur in Zusammenhang mit dem Bund Gebrauch machen und nur dann, wenn der Bund seine Kompetenz zur Regelung des materiellen Vergaberechts auch wahrnehme, es bestünden für Dienstleistungskonzessionen in § 11 BVergG 2006 aber – eingeschränkte – Regelungen. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union ergäben sich überdies eine Reihe von Vergabegrundsätzen, die zu beachten seien. So hätten öffentliche Auftraggeber jedenfalls einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherzustellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffne und die Nachprüfung ermögliche. Darüber hinaus seien die Bestimmungen der KonzessionsRL, mit deren Umsetzung die Republik säumig sei, zu beachten, wenn die 5

Vorschriften so hinreichend bestimmt seien, dass diese unmittelbare Wirkung entfalten würden und daher unmittelbar anwendbar seien.

3. Gegen diese Entscheidung im Umfang der Spruchpunkte I., III. und IV. richtet sich die vorliegende, auf Art. 144 B-VG gestützte Beschwerde, in der die Verletzung der verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (Art. 83 Abs. 2 B-VG) und auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (Art. 7 B-VG; Art. 2 StGG) sowie in Rechten wegen Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm behauptet und die kostenpflichtige Aufhebung des angefochtenen Erkenntnisses beantragt wird. 6

Bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen bestehe kein vergabespezifischer Rechtsschutz und daher auch keine Rechtsgrundlage für eine inhaltliche Nachprüfung des Vergabeverfahrens durch das Landesverwaltungsgericht Kärnten. § 11 BVergG 2006 bestimme, dass nur wenige Bestimmungen des BVergG 2006 auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen anzuwenden seien; die Bestimmungen über den Vergaberechtsschutz seien in dieser Aufzählung nicht enthalten. Erst in Zukunft, nämlich mit der nationalen Umsetzung der KonzeptionsRL, würde sich dieser Zustand ändern. 7

§ 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 beschränke sich darauf, den Kreis der gesondert anfechtbaren Entscheidungen bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen festzulegen. Diese Regelung könne folglich erst dann zur Anwendung gelangen, wenn materiell-rechtlich ein entsprechendes Vergabeverfahren für Dienstleistungskonzessionen sowie verfahrensrechtlich ein vergabespezifischer Rechtsschutz für Dienstleistungskonzessionen vorgesehen sei. § 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 begründe selbst keinen vergabespezifischen Rechtsschutz für Dienstleistungskonzessionen, sondern setze einen solchen vielmehr voraus. 8

Der Kärntner Landesgesetzgeber hätte auch gar keinen vergabespezifischen Rechtsschutz für Dienstleistungskonzessionen einführen dürfen. Begnüge sich nämlich der Bund mit der Normierung allgemeiner Grundsätze, bleibe für eine Nachprüfung im Sinne des Art. 14b Abs. 3 B-VG kein Raum. Nachprüfung setze ein "Mindestmaß an Vergabeverfahren" voraus. Solange der Bundesgesetzgeber nicht die notwendigen materiell-rechtlichen Grundlagen für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen geschaffen habe, sei es den Landesgesetzgebern im 9

Lichte des Art. 14b B-VG verwehrt, den vergabespezifischen Rechtsschutz einzuführen.

§ 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 sei daher wegen Verstoßes gegen Art. 14b B-VG verfassungswidrig; gegebenenfalls sei diese Bestimmung verfassungskonform dahingehend zu interpretieren, dass sie temporär, das heißt bis zum Inkrafttreten des BVergGKonz 2018 (siehe dazu noch Pkt. III.1.1.), nicht anwendbar sei. 10

4. Die beschwerdeführende Partei des Verfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht Kärnten hat als beteiligte Partei eine Äußerung erstattet, in der sie den Beschwerdevorwürfen entgegentritt. 11

Wenn sich, wie von der Beschwerdeführerin dargelegt, der Bundesgesetzgeber dafür entscheide, keinen vergabespezifischen Rechtsschutz für Dienstleistungskonzessionen für Vergaben im Bundesbereich vorzusehen, bedeute dies noch nicht, dass der Landesgesetzgeber nicht etwas anderes anordnen könne. Der Bundesgesetzgeber habe in § 11 BVergG 2006 ein eigenes Regime für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen geschaffen und die Verpflichtung der Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens normiert. Nach Art. 14b Abs. 3 B-VG sei die Gesetzgebung und Vollziehung in Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG Landessache, wovon der Kärntner Landesgesetzgeber mit der Einfügung des § 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 Gebrauch gemacht habe. Das K-VergRG 2014 enthalte auch keine Übergangsregelung, aus der sich eine temporäre Nicht-Anwendbarkeit ergeben könnte. 12

5. Das Landesverwaltungsgericht Kärnten hat die Gerichtsakten (bereits in einem anderen, dasselbe Vergabeverfahren betreffenden Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof) vorgelegt, von der Erstattung einer Gegenschrift aber abgesehen. 13

II. Rechtslage

1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Gesetzes über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 – K-VergRG 14

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 (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegen und gemäß Art. 14b Abs. 2 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 (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers (§§ 2 Z 16, 141 Abs. 5 und 280 Abs. 5 Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 und Abs. 2a) 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

Nichtigerklärung 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 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt und

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

(2) Als Nichtigklärung 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.

(2) [...]"

"§ 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 Abs. 2 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:

15

"Abweichend von Abs. 1 unterliegt die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsaufträgen 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, lautet:

16

"Für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die §§ 3 Abs. 1 und 6, 8, 49, 87a, 99a, 336, 344 und 345 Abs. 1 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 lauterer 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 Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt. § 3 Abs. 5 dieses Bundesgesetzes ist bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen sinngemäß anzuwenden."

Anstelle des Betrages von "50 000 Euro" tritt au Ggrund § 1 Z 1 der Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerten – Schwellenwerteverordnung 2012, BGBl. II 95/2012 idF BGBl. II 250/2016, befristet bis zum 31. Dezember 2018 der Betrag von "100 000 Euro". 17

III. Bedenken des Gerichtshofes

Bei Behandlung der Beschwerde sind im Verfassungsgerichtshof Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit der Wortfolge "und Abs. 2a" in § 6 Abs. 2 Z 2 und des § 6 Abs. 2a des Gesetzes über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 – K-VergRG 2014), LGBL. 95/2013 idF LGBL. 18/2017, entstanden: 18

1. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass die Beschwerde zulässig ist, dass das Landesverwaltungsgericht Kärnten bei der Erlassung der angefochtenen Entscheidung die in Prüfung gezogenen Bestimmungen zumindest denkmöglich angewendet hat und dass auch der Verfassungsgerichtshof diese Bestimmungen bei seiner Entscheidung über die Beschwerde anzuwenden hätte. 19

Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen stehen in folgendem normativen Zusammenhang: 20

1.1. Am 28. März 2014 wurden im Amtsblatt der Europäischen Union die KonzessionsRL, die Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. 2014 L 94, 65, sowie die Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. 2014 L 94, 243, veröffentlicht. Dieses "Vergaberichtlinienpaket 2014" ersetzt insbesondere die Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2004 L 134, 114, und die Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2004 L 134, 1. 21

- Mit der KonzessionsRL wurde auf sekundärrechtlicher Ebene der Europäischen Union erstmals eine umfassende Regelung der Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen vorgesehen. Zuvor war in den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen ausdrücklich vom Anwendungsbereich des sekundären Unionsvergaberichts ausgenommen (vgl. Art. 18 RL 2004/17/EG und Art. 17 RL 2004/18/EG). Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union bestehen jedoch für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nähere Anforderungen aus dem Primärrecht der Union (vgl. zB EuGH 7.12.2000, Rs. C-324/98, *Telaustria und Telefonadress*, Slg. 2000, I-10745). 22
- Die Art. 46 f. KonzessionsRL sehen eine Änderung der Rechtsmittelrichtlinien (Richtlinie 89/665/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. 1989 L 395, 33, und Richtlinie 92/13/EWG zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. 1992 L 76, 14) vor. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen unterliegt nach diesen Bestimmungen der KonzessionsRL in weiterer Folge den in den Rechtsmittelrichtlinien vorgesehenen Rechtsschutzanforderungen. 23
- Gemäß ihrem Art. 51 war die KonzessionsRL spätestens bis zum 18. April 2016 durch die Mitgliedsstaaten umzusetzen. 24
- Die Umsetzung in Österreich steht noch aus. Das Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018), das der Umsetzung der KonzessionsRL dienen soll, wurde am 20. April 2018 im Nationalrat in zweiter und dritter Lesung angenommen (32/BNR; 69 BlgNR 26. GP). Eine Kundmachung im Bundesgesetzblatt I ist bis zum heutigen Tage nicht erfolgt. 25
- 1.2. § 11 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006), BGBl. I 17/2006 idF BGBl. I 7/2016, normiert gegenwärtig, dass nur einzelne, abschließend genannte Bestimmungen des BVergG 2006 auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen 26

Anwendung finden (dazu noch unten, Pkt. III.4.1.). Der Bundesgesetzgeber eröffnet für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen im Besonderen auch nicht den vergabespezifischen Rechtsschutz im 4. Teil des BVergG 2006. Zuständig für den Rechtsschutz bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen durch Auftraggeber im Sinne von Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG sind die ordentlichen Gerichte (vgl. VfSlg. 19.294/2011; *Walther*, in: Heid/Preslmayr [Hrsg.], Handbuch Vergaberecht⁴, 2015, Rz 1860 f.).

1.3. Der Kärntner Landesgesetzgeber stellte im K-VergRG 2014 in seiner Stammfassung, LGBL. 95/2013, zunächst in § 1 Abs. 2 klar, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsaufträgen von der Nachprüfung nach dem K-VergRG 2014 nicht erfasst ist. Begründend führte er aus (Erläut. RV Zl. 01-VD-LG-1592/13-2013, 5):

27

"Die Regelung dient der Klarstellung, dass der vergabespezifische Rechtsschutz nicht für Dienstleistungskonzessionen gilt. Dafür sind wie im Bundesbereich (vgl. § 11 BVergG 2006) die ordentlichen Gerichte zuständig."

Mit LGBL. 18/2017 hob der Kärntner Landesgesetzgeber § 1 Abs. 2 K-VergRG 2014 auf und fügte den in Prüfung gezogenen § 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 ein. Er begründet dies wie folgt (Erläut. RV Zl.01-VD-LG-1761/1-2017, 1 f.):

28

"Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen war bislang vom Geltungsbereich des Kärntner Vergaberechtsschutzgesetzes 2014 ausgenommen (vgl. § 1 Abs. 2). Materiell-rechtlich, d.h. bezüglich des Vergabeverfahrens, waren nur das Primärrecht der Union (insbesondere die Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot und das vom EuGH daraus abgeleitete Transparenzprinzip) sowie – nach Maßgabe des § 11 BVergG 2006 – teilweise das Bundesvergaberecht zu beachten.

Die Umsetzung der Konzessionsrichtlinie für den Gang des Vergabeverfahrens soll in einem eigenen Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Konzessionen erfolgen. Dieses wird sowohl die bislang vom BVergG 2006 erfasste Vergabe von Baukonzessionen regeln als auch jene von Dienstleistungskonzessionen.

Da es noch keinen Begutachtungsentwurf zu dem angesprochenen Bundesgesetz gibt und sich das Gesetzesvorhaben auf Bundesebene verzögert, wurde von der Europäischen Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich eingeleitet. Da hinsichtlich des Bundesvergabegesetzes über die Vergabe von Konzessionen nicht absehbar ist, wann mit einer Beschlussfassung zu rechnen ist, soll mit dieser Novelle kurzfristig klargestellt werden, dass im Bereich des Landes Kärnten das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 der Nachprüfung von Dienstleistungskonzessionen durch das Landesverwaltungsgericht nicht entgegensteht.

Nach Erlassung des neuen Bundesvergabegesetzes 2017 und des Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Konzessionen werden weitergehende Änderungen zu erfolgen haben. Wegen der engen Verzahnung von 'materiellem' (den Gang des Vergabeverfahrens regelnden) Recht und Rechtsschutz und dem Postulat, im Sinne der Rechtsschutzsuchenden die Vergabenachprüfungsgesetze möglichst einheitlich zu gestalten, wird im Vergaberechtsschutz seit jeher an bundesgesetzlich geregelte Tatbestände angeknüpft. Diese Regelungstechnik soll beibehalten werden. Deshalb wird auch in Zukunft auf das vom Bund in Aussicht gestellte Bundesvergabegesetz 2017 und das Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Konzessionen rekuriert. Bezugnahmen auf im BVergG 2006 vorgefundene Tatbestände sind durch solche auf das BVergG 2017 zu ersetzen. Im Hinblick auf das Umsetzungserfordernis der Richtlinie 2014/23/EU bis längstens 18. April 2016 auch im K-VergRG 2014 ist ein erster Novellierungsschritt bereits vor dem Vorliegen von Gesetzesbeschlüssen betreffend das BVergG 2017 und das Bundesvergabegesetz über die Vergabe von Konzessionen vorzunehmen."

§ 6 Abs. 2a 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 entsprechender bundesgesetzlicher Regelung) nicht wie in § 6 Abs. 2 K-VergRG 2014 an die im BVergG 2006 definierten gesondert anfechtbaren Entscheidungen an. 29

2. Der Verfassungsgerichtshof geht angesichts dessen vorläufig davon aus, dass der Kärntner Landesgesetzgeber mit § 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichtes Kärnten zur Nachprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen durch der Vollzugszuständigkeit des Landes Kärnten unterliegende Auftraggeber nach dem K-VergRG 2014 begründet hat, indem er für das Verfahren zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen durch derartige Auftraggeber gesondert anfechtbare Entscheidungen festgelegt hat. 30

Der Verfassungsgerichtshof geht dabei vorläufig auch davon aus, dass Satz 1 und Satz 2 des § 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 miteinander insofern in einem untrennbaren Zusammenhang stehen, als dem Kärntner Landesgesetzgeber eine nur partielle Regelung des Nachprüfungsverfahrens für Dienstleistungskonzessionen im Fall bestimmter Direktvergaben nicht zusinnbar ist. 31

3. Der Verfassungsgerichtshof hegt gegen diese Regelung das Bedenken, dass sie aus folgenden Gründen gegen Art. 14b B-VG verstößt: 32

3.1. Am 1. Jänner 2003 trat mit Art. 14b 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*, Art. 14b 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).

33

Gemäß Art. 14b Abs. 1 B-VG ist nunmehr Bundessache die Gesetzgebung in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit diese nicht unter Art. 14b Abs. 3 B-VG fallen. Landessache ist demnach die Gesetzgebung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG.

34

Die Vollziehung in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens gemäß Art. 14b Abs. 1 B-VG ist gemäß Abs. 2 leg.cit. zwischen Bund und Ländern geteilt. Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG ist die Vollziehung Bundessache bei der Vergabe von Aufträgen zB durch den Bund (lit. a leg.cit.) oder durch bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften (lit. d leg.cit.), während gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG die Vollziehung Landessache zB bei der Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und Gemeindeverbände (lit. a leg.cit.) ist. Den Ländern kommt weiters gemäß Art. 14b Abs. 3 B-VG die Vollziehung in Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG zu.

35

3.2. Die Begriffe "öffentliches Auftragswesen" und "Nachprüfung" waren vor Inkrafttreten des Art. 14b B-VG nicht im B-VG enthalten. Sie sind zunächst, so die

36

vorläufige Annahme des Verfassungsgerichtshofes, in Verbindung mit der gleichzeitig mit Art. 14b 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, G 347/2016).

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 Art. 14b 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.

37

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).

38

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 kompetenzrechtlich gestützt auf Art. 14b Abs. 1 B-VG regeln darf. Dies dürfte sich schon aus den Erläuterungen zu Art. 14b 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. 39

Ebenso geht der Verfassungsgerichtshof vorläufig davon aus, dass die Gesetzgebung in den Angelegenheiten der Nachprüfung von Vergaben durch Auftraggeber im Sinne des Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG grundsätzlich den Ländern obliegt. Systematisch dürften die in Art. 14b Abs. 3 B-VG genannten Angelegenheiten der Nachprüfung zwar einen Teilbereich der in Abs. 1 leg.cit. genannten Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens bilden. Ausweislich der Erläuterungen dürfte aber Art. 14b Abs. 3 B-VG das Adhäsionsprinzip zu Gunsten der Länder durchbrechen, insofern die Regelung der Angelegenheiten der Nachprüfung für Auftraggeber gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG nicht Sache des Bundes als zuständiger Materiengesetzgeber, sondern Sache der Länder ist (AB 1118 BlgNR 21. GP, 9 f.). 40

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 Art. 14b Abs. 1 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: 41

4.1. Der Verfassungsgerichtshof versteht das Regelungssystem des Art. 14b Abs. 1 iVm Abs. 3 B-VG vorläufig dahingehend, dass die Kompetenz der Länder zur Gesetzgebung in Angelegenheiten der Nachprüfung von Vergabeverfahren 42

nicht unbeschränkt ist (so besteht sie nur so weit, als es sich nicht bereits um eine Angelegenheit des "öffentlichen Auftragswesens" gemäß Art. 14b Abs. 1 B-VG handelt und demzufolge der Bund zur Regelung des Nachprüfungsverfahrens zuständig ist). Im Besonderen dürfte die Zuständigkeit der Länder gemäß Art. 14b Abs. 3 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 Vergabenachprüfungsverfahren 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 Art. 14b Abs. 1 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 Abs. 1 (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 Abs. 1 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 lauterer Wettbewerbes entspricht, zu vergeben.

43

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*², 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 Art. 14b Abs. 3 B-VG ermöglicht.

44

Der Verfassungsgerichtshof geht daher vorläufig davon aus, dass § 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 schon aus diesem Grund gegen Art. 14b B-VG verstoßen dürfte.

45

4.2. Die in Prüfung gezogene Bestimmung dürfte aber auch deswegen mit Art. 14b B-VG in Widerspruch stehen, weil diese Verfassungsbestimmung die Ausübung der Kompetenz der Länder gemäß Art. 14b Abs. 3 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.

46

Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass es der Bundesgesetzgeber auch unter Geltung des Art. 14b 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 Art. 14b B-VG VfSlg. 16.027/2000). Art. 14b B-VG dürfte keine Verpflichtung begründen,

47

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). Art. 14b Abs. 3 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 Art. 14b Abs. 6 B-VG idF 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 Art. 14b Abs. 3 B-VG bestehen noch auf Art. 15 Abs. 9 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 Art. 14b Abs. 3 B-VG unter anderem nur dann Gebrauch machen können, wenn der Bundesgesetzgeber im Rahmen seiner Zuständigkeit nach Art. 14b Abs. 1 B-VG die Nachprüfung der Vergabe bestimmter Aufträge (und insoweit: grundsätzlich) dem öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzsystem vor den Verwaltungsgerichten überantwortet hat.

48

5. Der Verfassungsgerichtshof hegt weiters das Bedenken, dass die in § 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 getroffene Anordnung, welche Festlegungen eines Auftraggebers als gesondert anfechtbare Entscheidungen gelten, keine Angelegenheit der Nachprüfung im Sinne von Art. 14b Abs. 3 B-VG darstellt, und die in Prüfung gezogene Bestimmung auch deshalb gegen diese Verfassungsbestimmung verstößt:

49

Die Frage, ob die Festlegung gesondert und nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen Teil des materiellen Vergabeverfahrens ist und damit ausschließlich der Regelungszuständigkeit des Bundesgesetzgebers gemäß Art. 14b Abs. 1 B-VG unterfällt (in diesem Sinn zB *Rill*, aaO, 25 f.) oder ob eine solche Festlegung in

50

dem Sinn verfahrensrechtlicher Natur ist, dass sie Teil der Regelung des Vergabenaachprüfungsverfahrens ist und damit bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen auch von den Landesgesetzgebern gemäß Art. 14b Abs. 3 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, 51
dass die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der ausschließlichen
Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gemäß Art. 14b Abs. 1 B-VG unterfallen
dürfte:

Für diese Auffassung dürfte schon der Umstand sprechen, dass bereits im 52
BVergG 2002 die gesondert anfechtbaren Entscheidungen in § 20 Z 13 lit. a und
damit im ersten Teil "Geltungsbereich, Begriffsbestimmungen" (und nicht im
fünften Teil "Rechtsschutz") geregelt waren. Dies dürfte vor dem Hintergrund der
mit Art. 14b B-VG angestrebten Vereinheitlichung der vergabeverfahrensrechtli-
chen Regelungen (vgl. AB 1118 BlgNR 21. GP, 2, und zB *Rill*, aaO, 25) auf ein
entsprechendes Verständnis des Verfassungsgesetzgebers des Art. 14b B-VG
schließen lassen. Auch weitere Elemente einer historischen Interpretation
dürften diese Auffassung stützen:

Aus den Erläuterungen zu Art. 14b B-VG geht hervor, dass im Rahmen einer 53
Bund-Länder Arbeitsgruppe eine Einigung hinsichtlich der "materiellen vergabe-
rechtlichen 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 Vergabeverfah-
ren – e-procurement, Präklusionsfristen, Festlegung gesondert und nicht geson-
dert 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. 54
- 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.). 55
- Im Gesetzesprüfungsverfahren wird auch zu erörtern sein, welche Bedeutung die vom Verfassungsgesetzgeber des Art. 14b B-VG vorgefundenen landesgesetzlichen Regelungen (etwa § 101 Wiener Landesvergabegesetz, LGBl. 36/1995 idF LGBl. 50/2000) für das Verständnis des Begriffs der Nachprüfung in Art. 14b Abs. 3 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 Z 13 BVergG 2002 angeknüpft haben dürften (vgl. nur *Rill*, aaO, 25; *Denk*, aaO, Rz 56). 56
6. Abschließend ist anzumerken, dass der Verfassungsgerichtshof nicht übersieht, dass die Länder gemäß Art. 23d Abs. 5 B-VG zur Umsetzung jener Teile der Richtlinien des "Vergaberichtlinienpaketes 2014" verpflichtet sind, die gemäß Art. 14b Abs. 3 B-VG Angelegenheiten der Nachprüfung für Auftraggeber gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 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.). 57

IV. Ergebnis

1. Der Verfassungsgerichtshof hat daher beschlossen, die Wortfolge "und Abs. 2a" in § 6 Abs. 2 Z 2 und § 6 Abs. 2a K-VergRG 2014 von Amts wegen auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfen. 58
2. Ob die Prozessvoraussetzungen vorliegen und die dargelegten Bedenken zutreffen, wird im Gesetzesprüfungsverfahren zu klären sein. 59
3. Dies konnte gemäß § 19 Abs. 4 VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden. 60

Wien, am 27. Juni 2018

Die Präsidentin:

Dr. BIERLEIN

Schriftführerin:

Mag. MARSCHOUN