

Kurzgutachten

zum Beginn des Fristenlaufes
gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

von

Univ.-Prof. Dr. Christoph Bezemek, BA, LL.M. (Yale)

Institut für Öffentliches Recht und Politikwissenschaft
Universität Graz

und

Univ.-Prof. Dr. Claudia Fuchs, LL.M. (EuR)

Institut für Staatsrecht und Politische Wissenschaften –
Abteilung für Öffentliches Unternehmensrecht
Johannes Kepler Universität Linz

Wien, am 26. August 2021

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

I. Allgemeines

Gelingt die Selbstreinigung nicht, darf der Unternehmer bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 vom Auftraggeber gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 höchstens für den Zeitraum von **drei Jahren „ab dem betreffenden Ereignis“** von der Teilnahme an Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

Eine inhaltsgleiche Parallelregelung für den **Sektorenbereich** enthält § 254 Abs 5 BVergG 2018. Die nachfolgenden, für Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber getroffenen Aussagen können daher *mutatis mutandis* auf Sektorenauftraggeber übertragen werden.

Wesentlich vorzuschicken ist, dass § 83 Abs 5 BVergG dem Auftraggeber auf Rechtsfolgenseite **kein Ermessen** einräumt. Nach Ablauf der höchstzulässigen Ausschlussfrist darf der öffentliche Auftraggeber den Unternehmer trotz Nichtvornahme oder nicht ausreichender Vornahme von Selbstreinigungsmaßnahmen **nicht mehr vom Vergabeverfahren ausschließen**. Entscheidet sich der Auftraggeber daher für einen Ausschluss gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018, muss er die zeitliche Obergrenze von drei Jahren beachten und von einem Ausschluss absehen, wenn seit dem betreffenden Ereignis mehr als drei Jahre vergangen sind.¹

Nach den Gesetzesmaterialien zum BVergG 2018 ist der Beginn des Fristenlaufes **je nach Ausschlussstatbestand differen-**

¹ Siehe vergleichbar die deutlichen Aussagen zur deutschen Rechtslage von Kaufmann in Pünder/Schellenberg (Hrsg) Vergaberecht³ (2019) § 126 GWB Rz 6.

ziert zu betrachten.² Mit Blick auf § 78 Abs 1 Z 5 BVergG 2018 (schwere Verfehlung) soll es – so eine solche bereits vorliegt – auf den Zeitpunkt der Erlassung der gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung ankommen. Bezüglich § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 (wettbewerbswidrige Abreden) soll für den Beginn des Fristenlaufs hingegen die „**Wahrnehmung**“ des **Auftraggebers** entscheidend sein. Diese ist zu dokumentieren und dem Unternehmer im Fall des Ausschlusses samt Darlegung des relevanten Zeitpunktes offenzulegen.³

§ 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 setzt Art 57 Abs 7 Vergabe-RL 2014/24/EU um. Dort ist von „*drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis*“ die Rede. Konkretere Aussagen zum fristauslösenden Ereignis finden sich in der EU-Vergabe-RL nicht.

II. Fragestellungen

Für den Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG ergeben sich vor diesem Hintergrund **zahlreiche Fragen**.

Zunächst ist in erheblichem Maße auslegungsbedürftig, was in den jeweiligen Einzelkonstellationen unter dem **fristauslösenden „betreffenden Ereignis“** zu verstehen ist. Besonders dann, wenn etwa aufgrund eines laufenden wettbewerbsbehördlichen Ermittlungsverfahrens immer wieder neue kartellrechtsrelevante Absprachen in einem größeren thematischen Zusammenhang hervorkommen, ist nicht geklärt, ob womöglich von jeweils neuen relevanten Ereignissen oder von einem insgesamt zusammengehörigen Ereignis auszugehen ist.

² ErlRV 69 BlgNR 26. GP 110.

³ Siehe auch *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2018³ (2020) § 83 Rz 25.

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

Fraglich ist sodann, wie vorzugehen ist, wenn eine zunächst bestehende „**Wahrnehmung**“ eines Auftraggebers über ein für den Ausschluss relevantes Ereignis von einer später ergehenden behördlichen/gerichtlichen Entscheidung „überholt“ wird. Beginnt der Fristenlauf diesfalls von Neuem? Weiters ist in diesem Zusammenhang offen, welche Maßstäbe für das Vorliegen einer vergaberechtlich relevanten Wahrnehmung heranzuziehen sind und welcher Maßstabsrahmen relevant ist, wenn es auf die Wahrnehmung „des Auftraggebers“ ankommen soll.

Schließlich ist auch unklar, ob für den Beginn des Fristenlaufs die erstmalige „Wahrnehmung“ durch einen Auftraggeber maßgeblich sein soll, sodass nach drei Jahren auch allen anderen Auftraggebern gegenüber die „Verjährung“ geltend gemacht werden könnte, oder ob der Unternehmer aufgrund unterschiedlicher „Wahrnehmungen“ der Auftraggeber etwa mit unterschiedlich lange laufenden Fristen konfrontiert ist, je nachdem, mit welchem Auftraggeber er es zu tun hat.

In diesem Zusammenhang bedarf es schlussendlich auch einer **verfassungsrechtlichen Betrachtung** der Bestimmung des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018.

Angesichts der äußerst rudimentären gesetzlichen Regelung und einer bislang nur sehr punktuell bestehenden Rechtsprechung sind die aufgeworfenen Fragen mit entsprechenden **Unsicherheiten** behaftet, bedürfen gleichwohl notwendig der Klärung für die praktische Handhabung der in Rede stehenden Bestimmungen.

III. Lösungsansätze

A. Hintergrund in der Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH hatte sich in einem Urteil aus dem Jahr 2018 mit der Frage zu befassen, wann die gemäß Art 57 Abs 7 Vergabe-RL 2014/24/EU vorgesehene Drei-Jahres-Frist bei **Kartellrechtsverstößen** ausgelöst wird.⁴ Der in Deutschland angesiedelte Ausgangsrechtsstreit betraf das sogenannte „Schienenkartell“. Zu beantworten war, ob als fristauslösendes Ereignis die Beendigung der Kartellbeteiligung oder die wettbewerbsbehördliche Entscheidung über die Verhängung von Bußgeld angesehen werden musste. Es ging konkret um eine Konstellation, in der ein Vergabeverfahren zu einem Zeitpunkt eingeleitet und durchgeführt wurde, in dem die **Entscheidung der Wettbewerbsbehörde** bereits vorlag. Für eine derartige Situation sprach der EuGH aus, dass

„... aus Gründen der Kohärenz mit den Berechnungsmodalitäten für die Frist bei zwingenden Ausschlussgründen, aber auch aus Gründen der Vorhersehbarkeit und der Rechtssicherheit davon auszugehen [ist], dass die in Art. 57 Abs. 7 der Richtlinie 2014/24 vorgesehene Dauer von drei Jahren ab dem Datum dieser Entscheidung berechnet wird.“⁵

Damit folgte er der Einschätzung des Generalanwalts, der in seinen Schlussanträgen festhielt:

„Wenn eine Entscheidung ergangen ist, in der ausdrücklich festgestellt worden ist, dass sich ein Wirtschaftsteil-

⁴ EuGH 24.08.2018, Rs C-124/17, *Vossloh Laeis*.

⁵ EuGH 24.08.2018, Rs C-124/17, *Vossloh Laeis*, Rz 38.

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

nehmer an einem Kartell beteiligt hat, ist das ‚betreffende Ereignis‘ zur Berechnung der höchstzulässigen Dauer des Ausschlusses durch den öffentlichen Auftraggeber – Adressat des Mandats oder gegebenenfalls der Befugnis zum Ausschluss dieses Wirtschaftsteilnehmers – nicht das tatsächliche Verhalten des zuwiderhandelnden Unternehmens, sondern seine Einstufung und Ahndung als wettbewerbsbeschränkendes Verhalten.“⁶

B. Höchstdauer für Ausschlüsse

Deutlich wird aus dieser Rechtsprechung zunächst, dass sich die Aussage des EuGH allein (und lediglich) auf eine Situation bezog, in der der Ausschluss eines Unternehmers durch den Auftraggeber **gestützt auf eine wettbewerbsbehördliche Bußgeldentscheidung** erfolgte. Nach den Umständen dieses konkreten Falles verwirklichte sich daher der für den Auftraggeber maßgebliche Ausschlussgrund in der wettbewerbsbehördlichen Entscheidung. Das wettbewerbliche Verhalten des Unternehmers wurde durch diese behördliche Entscheidung geahndet und als wettbewerbswidrig eingeordnet. „*In dieser Situation*“ – so der EuGH wörtlich⁷ – müsse daher auch für die Fristenberechnung das Datum der behördlichen Entscheidung als maßgeblich angesehen werden. „Betreffendes Ereignis“ für die Berechnung des Ausschlusszeitraums war mit anderen Worten in diesem Fall nicht die Begehung des wettbewerbsrechtlich relevanten Verhaltens, sondern das Datum, an dem die zuständige Behörde einen Wettbewerbsverstoß festgestellt hat.

⁶ SA 16.05.2018, Rs C-124/17, Rz 85.

⁷ EuGH 24.08.2018, Rs C-124/17, *Vossloh Laeis*, Rz 38.

Die vom EuGH verwendete Formulierung „in dieser Situation“ kann damit aber zugleich so verstanden werden, dass sie als „**nur in dieser Situation**“ zu lesen ist. Denn der EuGH hatte sich *nicht* mit der Frage auseinanderzusetzen, ob es allenfalls zuvor schon konkrete Wahrnehmungen des Auftraggebers hinsichtlich des wettbewerbswidrigen Verhaltens des betreffenden Unternehmers gegeben hat und in welchem Verhältnis eine derartige Wahrnehmung und die spätere behördliche Entscheidung zueinander in der Frage des Fristenlaufes stehen. Nach den konkreten Umständen des Ausgangsfalles und den dem Gerichtshof vorgelegten Fragen ging es *allein* um eine **Ausschlussentscheidung infolge wettbewerbsbehördlicher Entscheidung** und um die Frage, ob der maßgebliche Fristenlauf mit Beendigung der Kartellbeteiligung oder behördlicher Entscheidung ausgelöst wird.⁸

Was gleichwohl vom EuGH als jedenfalls **allgemeingültige Aussage** hervorgehoben wurde, ist ein wesentlicher Punkt, der die hier in Rede stehenden „Ausschlussfristen“ charakterisiert und diese etwa von Regelungen zur Verjährung wettbewerbsbeschränkender Verhaltensweisen unterscheidet: Art 57 Abs 7 Vergabe-RL 2014/24/EU räumt den Mitgliedstaaten die Befugnis ein,

„den höchstzulässigen Zeitraum des Ausschlusses für den Fall [zu bestimmen], dass der Wirtschaftsteilnehmer

⁸ Insofern etwas verkürzt *Makarius/Hellweger*, BVergG 2018 - Selbstreinigung & Vergabe-Compliance - neue Anforderungen?, RPA 5/2019, 5 (8 in FN 18). Zu dieser Entscheidung siehe auch *Innerhofer/Mirtchev*, „Wettbewerbsverstöße und ihre Auswirkungen auf die öffentliche Auftragsvergabe“, ÖZK 2/2020, 43 (46 f) feststellend, dass ein Ausschluss aufgrund § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 nicht zwingend von einer gerichtlichen bzw behördlichen Entscheidung abhängt und dahingehend nicht immer auf den Zeitpunkt einer solchen abgestellt werden kann (FN 21); vgl auch *Bittner*, "Ausschlussfristen" und der erfolgreiche Weg zur Selbstreinigung, ZVB 5/2019, 210 (215).

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

keine Maßnahmen gemäß Absatz 6 zum Nachweis seiner Zuverlässigkeit ergreift.“

Präzisierend spricht Erwägungsgrund 101 der RL 2014/24/EU von der „**Höchstdauer für solche Ausschlüsse**“. In diesem Sinne betonte auch der EuGH wiederholt, dass es sich immer um einen „*höchstzulässigen Zeitraum*“ handelt.⁹ Auch der Generalanwalt führte aus, dass die Fristen gemäß Art 57 Abs 7 VergaberL 2014/24/EU als höchstzulässige Ausschlussfristen anzusehen sind.¹⁰

Die Dreijahresfrist ist daher abschließend; sie kann **nicht verlängert** bzw mit der Konsequenz eines neuen Fristenlaufes unterbrochen werden.¹¹ In diesem Sinne ist sodann § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 zu lesen, wenn vom Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren „**höchstens für den Zeitraum von drei Jahren** ab dem betreffenden Ereignis“ gesprochen wird. Der Zusatz „höchstens“ ist folgerichtig als „**höchstzulässiger Zeitraum**“ zu verstehen. Eine „Verlängerung“ bzw „Fristerstreckung“ oder ein „Fristneubeginn“ jeglicher Art kommen auf dem Boden der vorstehenden Erwägungen nicht in Betracht.

§ 83 Abs 5 BVergG 2018 ist so gesehen wesentlicher Ausdruck des in § 20 Abs 1 BVergG 2018 normierten **Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes**. Die gesetzlich vorgesehene, zeitliche Begrenzung eines Ausschlusses zielt darauf ab, dass die mit dem Ausschluss eines Unternehmers verfolgten Ziele nicht in einem un-

⁹ EuGH 24.08.2018, Rs C-124/17, *Vossloh Laeis* Rz 34 ff. So auch die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 11 („Höchstdauer des Ausschlusses“) und 21: „darf dieser Zeitraum [...] drei Jahre ab dem betreffenden Ereignis nicht überschreiten“.

¹⁰ SA 16.05.2018, Rs C-124/17 Rz 62 f, 73, 81, 85 f.

¹¹ SA 16.05.2018, Rs C-124/17 Rz 81.

angemessenen Verhältnis zu den mit dem Ausschluss einhergehenden – wirtschaftlichen – Konsequenzen für das Unternehmen stehen. Ein Ausschluss ohne zeitliche Begrenzung wäre unverhältnismäßig.¹² Darüber hinaus wird durch die zeitliche Begrenzung von Ausschlüssen auch dem **Grundsatz der Gleichbehandlung** aller Bieter und Bewerber sowie – durch Wiederzulassung zum Vergabeverfahren und dadurch der Ermöglichung von Wettbewerb – dem **Grundsatz des Wettbewerbs** Rechnung getragen.¹³ Mit Ablauf von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis wird daher – in Abwägung dieser grundsätzlichen Anforderungen – die **„Rehabilitierung des Unternehmens unwiderlegbar“ gesetzlich vermutet.**¹⁴

Nimmt man diese Grundlegungen für die Auslegung des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 zum Maßstab, kann eine Frist, die „ab dem betreffenden Ereignis“ (und damit einem faktischen Ereignis) ausgelöst wird,¹⁵ **nicht** durch eine später in dieser Sache ergangene **behördliche/gerichtliche Entscheidung „überholt“** werden: Wenn und weil es sich ihrer Rechtsnatur nach um abschließende, höchstzulässige Fristen handelt, beginnt der Fristenlauf mit einer später ergehenden Entscheidung zum angelasteten Fehlverhalten **nicht von Neuem**. Setzt der Fristenlauf also mit dem Zeitpunkt des inkriminierten Verhaltens ein, ist die so ausgelöste Dreijahresfrist für die Frage der Zulässigkeit des Ausschlusses aus diesem Grund maßgeblich. Eine spätere be-

¹² So – auf die österreichische Rechtslage übertragbar – *Kaufmann* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg) *Vergaberecht*³ (2019) § 126 GWB Rz 6.

¹³ § 20 Abs 1 BVergG 2018. Zum Wettbewerb als Vergabegrundsatz ausführlich *Fuchs*, *Vergaberecht und Wettbewerb*, *ÖZW* 4/2020 148 (148 ff); allgemein zu den Grundsätzen des Vergaberechts *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, *Vergaberecht*⁵ (2020) 95 ff.

¹⁴ *Kaufmann* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg) *Vergaberecht*³ (2019) § 126 GWB Rz 6.

¹⁵ Zur Frage, wann „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 vorliegen, siehe ErlRV 69 BlgNR 26. GP zu § 78; *Mayr* in

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

hördliche Entscheidung ändert darin nichts; nach einem Maximalzeitraum von drei Jahren darf der Unternehmer nicht mehr aufgrund des vorgeworfenen Verhaltens ausgeschlossen werden.

C. Alternative Auslegungsmöglichkeiten?

Damit bleibt die Frage, ob das erwähnte Urteil des EuGH womöglich so verstanden werden könnte, dass der **Beginn des Fristenlaufes** beim Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 immer nur und ausschließlich mit dem Ergehen der wettbewerbsbehördlichen Entscheidung verknüpft ist, wohingegen das tatsächlich gesetzte wettbewerbswidriges Verhalten die Dreijahresfrist gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 von vornherein nicht auszulösen vermag.

Dem steht jedoch der Wortlaut der Bestimmung entgegen, die vom „*betreffenden Ereignis*“ und nicht etwa vom Zeitpunkt der Erlassung einer gerichtlichen oder behördlichen Entscheidung spricht. Wie die Gesetzesmaterialien ergänzen, soll es bezüglich des relevanten Zeitpunktes beim Tatbestand des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 auf die „*Wahrnehmung*“ des Auftraggebers ankommen,¹⁶ sodass denklogisch ein Fristbeginn schon **vor Ergehen einer behördlichen Entscheidung** in Betracht kommt.¹⁷ Dies ergibt sich auch aus Art 57 Abs 4 lit d iVm Abs 7 VergaberL 2014/24/EU (arg: „ab dem betreffenden Ereignis“).¹⁸

Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2018³ (2020) § 78 Rz 94 mwN.

¹⁶ Siehe auch *Deutschmann/Heid* in *Heid et al* (Hrsg) BVergG 2018 (2019) § 83 Rz 17.

¹⁷ ErlRV 69 BlgNR 26. GP 111.

¹⁸ Vgl *Bittner*, ZVB 5/2019, 210 (215).

Wenn sich hingegen, so kann den Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien zum Ausschlussstatbestand des § 78 Abs 1 Z 5 BVergG 2018 entnommen werden, die **Ausschlussentscheidung** auf eine bereits existente gerichtliche oder behördliche Entscheidung stützt, kommt es auf den Zeitpunkt der Erlassung dieser Entscheidung an.¹⁹ Im Schrifttum zum Ausschlussstatbestand des § 78 Abs 1 Z 5 BVergG 2018 wird ergänzt, dass es, sollten die drei Jahre ab Vorliegen des Gerichtsurteils (und nicht ab Setzen der inkriminierten Verhaltensweise) berechnet werden, eines Ausspruchs im Gerichtsurteil bedürfte²⁰ – also einer „echten“ (generellen) Vergabesperre im Sinne des § 83 Abs 4 BVergG 2018, die als solche in Österreich freilich gar nicht vorgesehen ist.²¹

Diese Sichtweise lässt sich auf **§ 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018** wohl übertragen²² und steht mit der Judikatur des EuGH nicht in Widerspruch.²³ Dem **Zweck der zeitlichen Begrenzung** der Befugnis zum Ausschluss – nämlich Unternehmer bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes nur auszuschließen zu dürfen, wenn seit dem maßgeblichen Ereignis weniger als drei Jahre vergangen sind, nach Ablauf der zeitlichen Obergrenze aber durch Wiederzulassung zum Vergabeverfahren einen **Vergabewettbewerb unter leistungsfähigen Unternehmen** zu ermöglichen²⁴ – wird auch dann vollumfänglich Rechnung getragen, wenn das

¹⁹ ErlRV 69 BlgNR 26. GP 111.

²⁰ *Oppel*, Eignung, Zuschlagskriterien und nachträgliche Vertragsänderung nach dem geplanten BVergG 2017, ZVB 7 - 8/2017, 318 (320) mit Verweis auf *Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement* I³ (2014) Rz 12 - 110.

²¹ Siehe *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmam* (Hrsg), BVergG 2018 § 83 Rz 26.

²² Nicht anders zu verstehen ist *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmam* (Hrsg), BVergG 2018 § 83 Rz 25.

²³ Siehe auch die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 21.

²⁴ Nach *Kling* in *Immenga/Mestmäcker* (Hrsg) Wettbewerbsrecht⁶ Bd 4 (2021) § 126 Rz 6 dient die deutsche Umsetzungsnorm des Art 57 Abs 7 Vergabe-RL 2014/24/EU dem vergaberechtlichen Wettbewerbsgrundsatz, indem sichergestellt werden soll, dass möglichst viele *leistungsfähige* Unternehmen miteinander in Konkurrenz treten. Siehe auch *Oppel*, ZVB 2017, 318 (321).

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

die Verfristung auslösende Ereignis vor Ergehen einer allfälligen behördlichen/gerichtlichen Entscheidung liegt.²⁵

Wenn angenommen wird, dass der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ für ein (faktisches) **Fehlverhalten** voraussetzt, **ohne** dass notwendig eine dahingehend (rechtskräftig) feststellende **Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung** vorliegen müsste,²⁶ ist das „betreffende Ereignis“, auf das § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 Bezug nimmt, im Regelfall eben gerade dieses Fehlverhalten. Weder Wortlaut noch Telos des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 legen es nahe, dass es diesfalls einer „Verlängerung“ der Frist bei nachfolgender behördlicher/gerichtlicher Entscheidung kommen müsste.²⁷

Vielmehr ist es unter Heranziehung der bisherigen Ausführungen gerade umgekehrt zu sehen: Der Umstand, dass der Tatbestand des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 nach allgemeiner Auffassung auch ohne Vorliegen einer rechtskräftigen behördlichen/gerichtlichen Entscheidung aktiviert wird und Unternehmer daher (schon) aufgrund ihres vorwerfbaren faktischen Verhaltens vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden könnten, belegt, dass die Regelungssystematik in eine eklatante **Schief-lage zu Lasten des Unternehmers** geriete, wenn der Beginn

²⁵ In diesem Sinne ist etwa auch *Bittner*, ZVB 5/2019, 210 (215) zu verstehen.

²⁶ Siehe schon bei FN 15; zu dieser Debatte – die hier nicht gutachtensgegenständig ist – zuletzt *Stalzer*, Zuverlässigkeitsprüfung und Selbstreinigung während schwebender Ermittlungsverfahren, RPA 2021, 123 (124 ff). Für ein weites Verständnis siehe die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 14 ff.

Hinzuweisen ist darauf, dass freilich auch das Vorliegen einer Entscheidung, mit der ein Wettbewerbsverstoß festgestellt wird, nicht zum automatischen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen darf. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit erfordert stets eine konkrete und auf den Einzelfall bezogene Beurteilung; siehe zB EuGH 4.6.2019, Rs C-425/18, Rz 34 mwN.

der „Verjährung“ eben dieses Grundes sodann am Vorliegen einer behördlichen/gerichtlichen Entscheidung festgemacht würde. Soll daher die Bestimmung **nicht einseitig und unverhältnismäßig** zu Lasten des Unternehmers überspannt werden, erscheint das hier dargelegte Verständnis geboten. Es wäre **unangemessen und den Unternehmen nicht zumutbar**, den Zeitraum der Ausschlussbefugnis des Auftraggebers in derartigen Fällen bis auf den Zeitpunkt des Vorliegens einer allfälligen, späteren Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung hin auszudehnen.²⁸

Eine gegenteilige Sichtweise würde aber auch unter folgenden Gesichtspunkten ein **system- und wertungswidriges Ergebnis** zu Tage fördern:

Die Ausschlussstatbestände wegen schwerwiegender Verstöße gegen das Justizstrafrecht gemäß **§ 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018** (wie terroristische Straftaten, Bestechung, Untreue, Menschenhandel etc) zählen nach der Systematik der EU-Vergabe-RL 2014/24/EU zu den sog **zwingenden Ausschlussgründen**. Diesbezüglich kommt den Mitgliedstaaten kein Umsetzungsspielraum zu, das innerstaatliche Vergaberecht ist so auszugestalten, dass aufgrund der **Schwere des angelasteten Verhaltens** die öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichtet sind, die betreffenden Unternehmer aus dem Vergabeverfahren auszuschließen. Diese Tatbestände sind mit Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung erfüllt. Zugleich läuft **ab dem Tag der rechtskräftigen Verurteilung** gemäß § 83 Abs 5 Z 1 BVergG 2018 die fünfjährige Frist, nach deren Ablauf aus diesem Grund keine Ausschlussentscheidung mehr getroffen werden darf. Sind seit diesem Tag mehr als fünf Jahre vergangen, darf der öffentliche

²⁷ So zu verstehen sind wohl auch *Innerhofer/Mirtchev*, ÖZK 2020, 43 (48).

²⁸ So auch die dt Kommentarliteratur, vgl etwa *Kaufmann* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg) Vergaberecht³ (2019) § 126 GWB Rz 18.

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

Auftraggeber das Unternehmen also nicht mehr ausschließen.²⁹ In dieser Hinsicht besteht ein klarer Anknüpfungspunkt für den Beginn des Fristenlaufs und das Fristende wirkt insofern absolut, als nach fünf Jahren generell kein Ausschluss mehr aufgrund des inkriminierten Verhaltens in Betracht kommt.

Dem gegenüber zählen die Ausschlussstatbestände des § 78 Abs 1 Z 4 und 5 BVergG 2018 gemäß Art 57 Abs 4 EU-Vergabe-RL 2014/24/EU zu den sog **fakultativen Ausschlussgründen**.³⁰ Die Mitgliedstaaten *können, müssen aber nicht* ihr innerstaatliches Vergaberecht so ausgestalten, dass bei Vorliegen dieser Tatbestände mit einem Ausschluss der betreffenden Unternehmer vorzugehen ist. Wiewohl die österreichische Vergabegesetzgebung insofern einen strengeren Umsetzungsweg eingeschlagen hat, als in § 78 BVergG 2018 nicht zwischen obligatorischen und fakultativen Ausschlussgründen differenziert wird, ist dennoch mit Sicht auf das Unionsrecht weiterhin zwischen diesen beiden Kategorien der Ausschlussgründe zu unterscheiden. Insbesondere wird in Erwägungsgrund 102 der Vergabe-RL 2014/24/EU darauf hingewiesen, dass

*„[b]ei der Anwendung fakultativer Ausschlussgründe [...] die öffentlichen Auftraggeber insbesondere dem **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit** Rechnung tragen {sollten}. Kleinere Unregelmäßigkeiten sollten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers führen. Wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten können allerdings Zweifel an*

²⁹ Siehe auch Kaufmann in Pünder/Schellenberg (Hrsg) Vergaberecht³ (2019) § 126 GWB Rz 11.

³⁰ “Öffentliche Auftraggeber *können* in einer der folgenden Situationen einen Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen oder dazu von den Mitgliedstaaten verpflichtet werden”.

der Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers wecken, die seinen Ausschluss rechtfertigen könnten.“

Daraus folgt strukturell, dass derartige (unionsrechtlich gesehen) fakultative Ausschlussgründe in der Schwere des Fehlverhaltensvorwurfs bei genereller Betrachtung typischerweise **niedriger gewichtet**³¹ werden und die öffentlichen Auftraggeber daher in besonderem Maße dazu verpflichtet sind, auf die Angemessenheit ihres Vorgehens zu achten. Diese Tatbestände ermöglichen es den Auftraggebern nach bislang vorherrschender Auffassung zwar, auch vor einer endgültigen und verbindlichen behördlichen/gerichtlichen Entscheidung das Vorliegen zwingender Ausschlussgründe in geeigneter Form nachzuweisen,³² dies allerdings nur unter den Anforderungen einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung.³³

Würde man nun annehmen, die Dreijahresfrist des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 wäre notwendig und stets nur mit der wettbewerbsbehördlichen Entscheidung als fristauslösendes Ereignis verknüpft, hätte dies mit Blick auf die nicht selten längere Dauer von komplexen Ermittlungsverfahren zur Konsequenz, dass womöglich **selbst nach Verstreichen von insgesamt bereits mehr als fünf Jahren** ab Beendigung des inkriminierten Verhaltens nach wie vor keine rechtskräftige Entscheidung vorliegt oder deren spätes Ergehen zu einer faktischen „Verjährungsfrist“

³¹ Zum „Gewicht“ der Ausschlussgründe *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 78 Rz 112 in FN 179.

³² Vgl dazu die Hinweise auf die Judikatur zur früheren Rechtslage bei *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg), Bundesvergabegesetz 2018³ (2020) § 78 Rz 94 mwN.

³³ Nach Maßgabe dessen wird etwa in der dt Rechtslage davon ausgegangen, dass an die erforderlichen Selbstreinigungsmaßnahmen bei obligatorischen Ausschlussgründen höhere Maßstäbe anzulegen sind als bei fakultativen Ausschlussgründen. Siehe *Kaufmann* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg) Vergaberecht³ (2019) § 125 GWB Rz 43.

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

des Ausschlussgrundes von – denkbar auch weit – über fünf Jahren führt.

Während **rechtliche und faktische „Verjährungsfrist“** bei Verfehlungen des § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 also „zusammenfallen“³⁴ und der betroffene Unternehmer mit Ablauf der absoluten Fünfjahresfrist verlässlich wieder zu Rechtssicherheit gelangt, könnten faktische und rechtliche „Verjährungsfrist“ bei Verfehlungen gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 mitunter sogar weit auseinanderklaffen.

Damit würden die Voraussetzungen der „Verjährung“ bei (unionsrechtlich: fakultativen) Ausschlussgründen, die kein justizstrafrechtlich vorwerfbares Verhalten voraussetzen, im Vergleich zu den strukturell typischerweise schwerer wiegenden Verfehlungen (als EU-rechtlich obligatorische Ausschlussgründe) gemäß § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 **doppelt strenger** gezogen: Nicht nur könnte die faktische Verjährungszeit über die rechtlich normierten drei Jahre bisweilen weit hinausgehen. Selbst bei Erreichen der Frist von insgesamt fünf Jahren nach Beendigung des inkriminierten Wettbewerbsverhaltens könnte sich der betroffene Unternehmer – anders als bei strafgerichtlichen Verurteilungen³⁵ – noch immer nicht auf eine „Verjährung“ berufen, wenn die wettbewerbsbehördliche Entscheidung selbst noch nicht drei Jahre in der Vergangenheit liegt. Im Ergebnis würde so – anders als beim strafgerichtlich verurteilten Unternehmer – die entsprechende **Rechtssicherheit** in einer **wertungswidrigen**

³⁴ Zumal eine rechtskräftige Verurteilung Tatbestandsvoraussetzung des Ausschlusses nach § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 und fristenauslösendes Ereignis des § 83 Abs 5 Z 1 BVergG 2018 zugleich ist; vgl. *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 78 Rz 26, § 83 Rz 24.

³⁵ Vgl. abermals *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 78 Rz 26 mH auf das Tilgungsgesetz.

Weise versagt und dem Anspruch der **Verhältnismäßigkeit** (gerade bei unionsrechtlich sog fakultativen Ausschlussgründen streng zu sehen) wohl kaum Genüge getan.

Hinzu kommt, dass, wenn und insoweit davon ausgegangen wird, dass der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 **keine behördliche oder gerichtliche Entscheidung** voraussetzt, Fälle denkbar sind, in denen zwar ein Ausschluss wegen „hinreichend plausibler Anhaltspunkte“ für Kartellrechtsverstöße stattfindet, tatsächlich aber eine entsprechende wettbewerbsbehördliche Entscheidung, die das in Rede stehende Verhalten als wettbewerbswidrig feststellt, selbst nach jahrelangen Ermittlungen *nicht ergeht*. Würde man nun für den Beginn des Fristenlaufes alleine auf die Existenz einer behördlichen oder gerichtlichen Entscheidung abstellen, hätte dies zur Folge, dass gerade dann, wenn sich ursprünglich bestehende Indizien nicht in Form einer wettbewerbsbehördlichen Entscheidung bestätigen, das dem Unternehmer vorgeworfene Fehlverhalten in vergaberechtlicher Hinsicht nachgerade niemals „verjähren“ könnte.

Da auch *„der öffentliche Auftraggeber für die Folgen seiner möglicherweise falschen Entscheidung die Verantwortung zu tragen hat“*³⁶, wäre ein derartiges Auslegungsergebnis auch aus Sicht der Auftraggeber in höchstem Maße mit Unsicherheit behaftet.

D. Fallkonstellationen

Folgerichtig erscheint es daher auf dem Boden der bisherigen Ausführungen geboten – um nicht nur unschlüssige, sondern auch wertungs- und systemwidrige Ergebnisse zu vermeiden – § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 so zu verstehen, dass die Dreijahresfrist bei laufenden kartellrechtlichen Ermittlungsverfahren,

³⁶ So Erwägungsgrund 101 Vergabe-RI 2014/24/EU.

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

wenn also **noch keine wettbewerbsbehördliche Entscheidung** vorliegt, an das **inkriminierte wettbewerbliche Verhalten** des Unternehmers als das „betreffende Ereignis“ anknüpft. Mit guten Gründen ist hierbei davon auszugehen, dass mit diesem Zeitpunkt des (vermeintlichen) Wettbewerbsverstößes der **Fristenlauf beginnt**. Eine allenfalls nachfolgende behördliche Entscheidung in dieser Sache hat auf den Fristenlauf keinen Einfluss und löst auch **keine neue Frist** im Sinne des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 aus.

Schließlich ist nach all dem aber noch klärungsbedürftig, was – sofern das Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 nicht auf eine bereits ergangene behördliche bzw gerichtliche Entscheidung gestützt wird – unter dem gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 als maßgeblich anzusehenden „**betreffenden Ereignis**“ für den Beginn des Fristenlaufes anzusehen ist. Unmittelbar praxisrelevant ist dies vor allem in jenen Fällen, in denen (womöglich bereits seit mehreren Jahren) behördliche Ermittlungen zu einem wettbewerbsrechtlich relevanten unternehmerischen Verhalten laufen, aber **(noch) keine behördliche Entscheidung** vorliegt.

§ 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 stellt mit der Formulierung „*ab dem betreffenden Ereignis*“, woran auch die Gesetzesmaterialien keinen Zweifel lassen,³⁷ eine Verbindung zu den jeweils einschlägigen Ausschlussstatbeständen des § 78 Abs 1 BVergG 2018 her. Damit ist zugleich ein **grundsätzlicher Bezugspunkt** definiert: Denn nur in einem Vergabeverfahren im Sinne des BVergG 2018 kann sich die Anforderung stellen, das Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs 1 BVergG 2018 zu prüfen. Schon

aus diesem Grund kann daher jegliche „Wahrnehmung“ des Auftraggebers über das Bestehen eines Ausschlussgrundes und den maßgeblichen Zeitpunkt in vergaberechtlich relevanter Hinsicht nur **im Rahmen eines Vergabeverfahrens** im Sinne des BVergG 2018 und im Zuge der Zuverlässigkeitsprüfung der betreffenden Unternehmer stattfinden.

1. **Konstellation 1**

Daraus lässt sich in einem ersten Schritt als **Fallkonstellation 1** ableiten: Stützt sich ein Auftraggeber für eine Ausschlussentscheidung auf den Umstand, dass gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 „hinreichend plausible Anhaltspunkte“ dafür bestehen, dass ein oder mehrere Unternehmer, die am Vergabeverfahren beteiligt sind, **aktuell Parteien einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung** sind oder ein sonstiges wettbewerbswidriges Verhalten gegenwärtig praktizieren, so ist mit guten Gründen davon auszugehen, dass dieser Zeitpunkt das „betreffende Ereignis“ darstellt, das die Dreijahresfrist des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 auslöst. Der Sachverhalt, der aus Sicht des Auftraggebers den Ausschlussgrund aktiviert, wird hier im laufenden Vergabeverfahren virulent – mag dies sein, weil sich die wettbewerbswidrige Abrede direkt auf dieses Vergabeverfahren selbst bezieht, oder mag es sein, dass das aktuelle wettbewerbliche Fehlverhalten andere Vergabeverfahren betrifft.³⁸ Zu diesem Zeitpunkt jedenfalls – also **bei Zuverlässigkeitsprüfung und Ausschlussentscheidung** – verfügt der Auftraggeber über Wahrnehmungen zur fehlenden Integrität bzw Unzuverlässigkeit der Unternehmer gemäß § 78 Abs 1 BVergG in vergaberechtlich relevanter Hinsicht, und er macht diesen Umstand zum Grund

³⁷ ErIRV 69 BlgNR 26. GP zu § 83.

³⁸ Siehe für diese Perspektive die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 15.

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

seiner Ausschlussentscheidung (bzw Ausscheidensentscheidung). Gelingt die „Selbstreinigung“ nicht, darf daher der Auftraggeber wegen des in diesem Vergabeverfahren sanktionierten Fehlverhaltens über maximal drei weitere Jahre hinweg die betreffenden Unternehmer gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 von der Teilnahme an weiteren Vergabeverfahren ausschließen.³⁹ Nach Ablauf dieser Zeit kommt ein Ausschluss aus diesem Grund – also wegen des in diesem Vergabeverfahren sanktionierten Fehlverhaltens – nicht mehr in Betracht.⁴⁰ Selbst eine nachfolgende behördliche/gerichtliche Entscheidung zur Sanktionierung des inkriminierten Verhaltens „verlängert“ diese Frist nicht.

2. Konstellation 2

Im Gegenzug stellt sich sodann die Frage, wie es zu beurteilen wäre, wenn der Auftraggeber die betreffenden Unternehmer zwar im Rahmen des Vergabeverfahrens einer **aktuell bestehenden wettbewerbswidrigen Abrede** verdächtigt, diese aber nicht ausgeschlossen werden, sondern letztendlich im Vergabeverfahren verbleiben. In einer solchen **Fallkonstellation 2** ist davon auszugehen, dass eine rechtsrelevante „Wahrnehmung“ des Auftraggebers dann vorliegt, wenn die Verwirklichung des Ausschlussgrundes vom Auftraggeber iSd § 83 Abs 1 BVergG

³⁹ Siehe bspw auch *Bittner*, ZVB 5/2019, 210 (214).

⁴⁰ Anders wäre es wohl zu sehen, wenn in späteren Vergabeverfahren die ursprünglich monierte wettbewerbswidrige Verhaltensweise nach wie vor aufrecht ist, das Fehlverhalten also noch nicht beendet wurde. Dann spricht viel dafür, dass aus Blickpunkt des nachfolgenden Vergabeverfahrens der Ausschlussatbestand neuerlich als verwirklicht anzusehen ist (weil ein gegenwärtiger Wettbewerbsverstoß vorliegt). Anderenfalls könnten die Unternehmer aus dem Fortbestand ihres Fehlverhaltens einen Rechtsvorteil erzielen, was dem Regelungszweck der Norm wohl konterkariert. Siehe in diesem Zusammenhang *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmam*n, BVergG 2018 § 78 Rz 14: Durch den Ausschluss soll sichergestellt werden, dass ein Unternehmer, der sich wettbewerbswidrige Vorteile gegenüber anderen Unternehmern verschafft, durch ein „derart unerwünschtes Verhalten nicht in vergaberechtlicher Hinsicht belohnt wird.“

2018 geprüft und bejaht, dem Unternehmer aber gemäß Abs 2 und 3 par cit eine erfolgreiche Selbstreinigung zuerkannt wird. Obwohl es nicht zum tatsächlichen Ausschluss kommt, hat der Auftraggeber zu diesem Zeitpunkt eine im vergaberechtlichen Kontext nachweisliche (im Vergabeakt dokumentationspflichtige)⁴¹ **Wahrnehmung über das Vorliegen eines ausschluss-relevanten Sachverhalts**, sodass davon auszugehen ist, dass die „Verjährung“ gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 auch diesfalls mit diesem Zeitpunkt als „betreffendes Ereignis“ beginnt.

3. Konstellation 3

Eine andere zeitliche Abfolge liegt **Fallkonstellation 3** zugrunde. Hier gelangt dem Auftraggeber im Verlauf des Vergabeverfahrens zur Kenntnis, dass ein oder mehrere Unternehmer, die gegenwärtig am Vergabeverfahren beteiligt sind, **in der Vergangenheit Parteien einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung** waren oder ein sonstiges wettbewerbswidriges Verhalten gesetzt haben. Die Wahrnehmung des Auftraggebers über diesen Umstand findet in rechtsrelevanter Hinsicht ebenfalls im konkret laufenden Vergabeverfahren im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung der jeweiligen Unternehmer statt und ist – wie in den bisherigen genannten Fällen auch – vom Auftraggeber zu dokumentieren.

Sieht der Auftraggeber den Ausschlussstatbestand des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 als verwirklicht an,⁴² stellt sich jedoch – sofern die Selbstreinigung nicht gelingt – die Frage, ob angesichts der in

⁴¹ Siehe § 49 Abs 1 BVergG 2018 sowie EBRV 69 BlgNR 26, GO zu § 83 und *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg) BVergG 2018 § 83 Rz 21.

⁴² Lediglich hinzuweisen ist darauf, dass die Beteiligung an einem früheren Fall geheimer Absprachen nach der Rechtsprechung des EuGH unter Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit keineswegs *per se* ein Grund für den Ausschluss vom Vergabeverfahren ist. Siehe dazu mwN Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 15.

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

der Vergangenheit liegenden Verfehlung ein Ausschluss aus diesem Grund aufgrund der Dreijahresfrist des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 zeitlich noch möglich ist. Mit anderen Worten ist es aufgrund des zeitlichen Auseinanderfallens des inkriminierten unternehmerischen Verhaltens und der Zuverlässigkeitsprüfung im Vergabeverfahren entscheidend, welches das „betreffende Ereignis“ ist, das die „Verjährungsfrist“ auslöst.

Liegt im Zeitpunkt der Zuverlässigkeitsprüfung durch den Auftraggeber eine **behördliche/gerichtliche Entscheidung** hinsichtlich des von ihm als Ausschlussgrund wahrgenommenen wettbewerblichen Fehlverhaltens vor, ist der Rechtsprechung des EuGH folgend der Zeitpunkt der Erlassung dieser Entscheidung als maßgeblich anzusehen. In derartigen Konstellationen wird die „Ausschlussfrist“ also (erst) ab einem Zeitpunkt berechnet, der nach der Begehung des angelasteten Verhaltens liegt.⁴³ Sind seit Ergehen der Entscheidung mehr als drei Jahre vergangen, darf der Auftraggeber aus diesem Grund keine Ausschlussentscheidung mehr treffen.

Liegt **noch keine behördliche/gerichtliche Entscheidung** vor – für derartige Konstellationen fehlt es wie aufgezeigt an einschlägiger höchstgerichtlicher Rechtsprechung – kommen im Wesentlichen **drei Varianten** in Betracht: Abgestellt werden könnte für den Fristbeginn auf jenen Zeitpunkt, in dem das wettbewerbswidrige Verhalten begann, auf jenen Zeitpunkt, in dem es beendet wurde, oder auf jenen Zeitpunkt, in dem der Auftraggeber im Rahmen der Zuverlässigkeitsprüfung vom beanstandeten, bereits abgeschlossenen wettbewerbswidrigen Verhalten Kenntnis erlangte.

Gegen letztere Variante sprechen insbesondere zwei Einwände: Erstens legt schon der Wortlaut des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 nahe, dass es beim „betreffenden Ereignis“, das einen Ausschlussgrund im Sinne des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 verwirklicht, für den Fall eines in der Vergangenheit liegenden, wettbewerbsrelevanten unternehmerischen Fehlverhaltens⁴⁴ nicht auf den Moment ankommen kann, in dem der Auftraggeber sich mit diesem Verhalten im Kontext der Zuverlässigkeitsprüfung auseinandersetzt. Zweitens muss der Auftraggeber zwar im Zeitpunkt der Zuverlässigkeitsprüfung aus seiner Wahrnehmung heraus beurteilen, ob die Integrität bzw Zuverlässigkeit des betreffenden Unternehmers in Bezug auf das laufende Vergabeverfahren in einem Maße nachhaltig beeinträchtigt ist, dass ein Ausschlussgrund verwirklicht ist; damit wird aber nicht diese Beurteilung zum für die Fristberechnung gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 **relevanten Zeitpunkt**, sondern eben jener Zeitpunkt, zu welchem sich das inkriminierte Verhalten nach der Wahrnehmung des Auftraggebers tatsächlich verwirklicht hat. Diese Differenzierung geben auch die Erläuterungen in den Gesetzesmaterialien zu erkennen:

„Hinsichtlich § 78 Abs. 1 Z 4 [...] kommt es auf die Wahrnehmung des öffentlichen Auftraggebers an, die dem Unternehmer im Fall des Ausschlusses samt Darlegung des relevanten Zeitpunktes offenzulegen ist.“⁴⁵

Dass nämlich der Auftraggeber dem ausgeschlossenen Unternehmer den „relevanten Zeitpunkt“ offenzulegen hat, ergibt nur dann Sinn, wenn eben dieser relevante Zeitpunkt für die Fristbe-

⁴³ Dazu EuGH 24.08.2018, Rs C-124/17, *Vossloh Laeis*, Rz 37.

⁴⁴ Insofern ist die zuvor erörterte Fallkonstellation 1 anders gelagert, weil das vorgeworfene Verhalten im Zeitpunkt der Zuverlässigkeitsprüfung aufrecht ist bzw noch andauert.

⁴⁵ ErlRV 69 BlgNR 26. GP zu § 83.

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

rechnung **nicht ohnedies in der Ausschlussentscheidung** als solcher zu sehen ist.

Gegen obige Auslegungsvariante 1 könnte der Umstand sprechen, dass wettbewerbswidrige Verhaltensweisen wie insbesondere kartellrechtliche Absprachen regelmäßig von **fortdauerndem Charakter** sind, sich also nicht auf einen Tag der Zuwiderhandlung begrenzen lassen, sondern aus fortgesetzten Zuwiderhandlungen zusammensetzen und längerfristig praktiziert werden.⁴⁶ Würde die „Verjährung“ mit dem ersten Tag des wettbewerbswidrigen Verhaltens beginnen, wäre nicht auszuschließen, dass eine „Verjährung“ des Ausschlussgrundes eintritt, während das inkriminierte Verhalten womöglich tatsächlich noch fortbesteht. Dies aber stünde nicht nur mit dem Regelungsziel der §§ 78, 82 und 83 BVergG 2018 wohl in Widerspruch, sondern auch in einem Spannungsverhältnis zum tragenden Grundsatz des fairen Wettbewerbs im Sinne des § 20 Abs 1 BVergG 2018.⁴⁷

Damit bleibt Auslegungsvariante 2 als insofern unterstützenswerte Lesart, demnach der Fristenlauf des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 mit dem Tag beginnt, an dem die **wettbewerbswidrige Verhaltensweise beendet** wurde. Vergleichbar mit der etwa für den Ausschlussstatbestand des § 78 Abs 1 Z 9 BVergG 2018 (vorangegangene Vertragsbeendigung wegen mangelhafter Vertragserfüllung) in den Gesetzesmaterialien erörterten Sichtweise, wonach die Beendigung als ein-

⁴⁶ Zu fortgesetzten Delikten und Dauerdelikten im Kartellrecht siehe *Bauer/Müller*, Verjährung im Kartellrecht, ÖZK 1/2009, 23 (26). Vgl auch *Kaufmann* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg) Vergaberecht³ (2019) § 126 GWB Rz 16.

⁴⁷ Zum Fehlverhalten, das auf einen bestimmten Tag fällt, im Unterschied zum länger andauernden Fehlverhalten, siehe auch *Kaufmann* in *Pünder/Schellenberg* (Hrsg) Vergaberecht³ (2019) § 126 GWB Rz 16: Maßgeblich ist das Ende des vorwerfbaren Dauerverhaltens.

schlägiger Zeitpunkt anzusehen ist,⁴⁸ bildet die Beendigung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise der hier vertretenen Auslegungsvariante folgend auch nach § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 den **Schlusspunkt des vergaberechtlich relevanten** und unter dem Dach der Ausschlussgründe gemäß § 78 BVergG 2018 aufgreifbaren **Fehlverhaltens**. In diesem Sinne sprechen daher gute Gründe dafür, jenen Zeitpunkt, an dem die tatsächliche Verwirklichung des „betreffenden Ereignisses“ geendet hat, als maßgeblich für den Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 anzusehen.

Während der Auftraggeber im Fall eines Ausschlusses offenzulegen hat, inwiefern und **zu welchem Zeitpunkt er den Ausschlussgrund als verwirklicht ansieht**, muss umgekehrt dem Unternehmer die Möglichkeit zukommen, allenfalls davon abweichend einen anderen maßgeblichen Zeitpunkt der Beendigung des inkriminierten Verhaltens darzutun.⁴⁹

4. Konstellation 4

Parallel dazu ist **Fallkonstellation 4** zu beurteilen, wenn – auch hier ohne Vorliegen einer behördlichen/gerichtlichen Entscheidung – bei einem schon beendeten wettbewerbsrechtlich relevanten Verhalten die Verwirklichung des Ausschlussgrundes vom Auftraggeber zwar geprüft und bejaht wird (§ 83 Abs 1 BVergG 2018), dem Unternehmer aber eine **erfolgreiche Selbstreinigung** gelingt (§ 83 Abs 2 und 3 BVergG 2018). Obwohl tatsächlich kein Ausschluss stattfindet, verfügt der Auf-

⁴⁸ ErlRV 69 BlgNR 26. GP 111 (zu § 83).

⁴⁹ Siehe ErlRV 69 BlgNR 26. GP 111. Wesentlich ist, dass dem Unternehmer die effektive Möglichkeit zukommen muss, sich vor Ergehen der Ausschlussentscheidung des Auftraggeber (Ausscheiden des Angebots gemäß § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018) wirksam auf Abhilfemaßnahmen im Sinne des § 83 Abs 2 BVergG 2018 berufen zu können und diese vom Auftraggeber prüfen zu lassen. Siehe für diese Anforderung EuGH 14.01.2021, C- 387/19, *RTS*, Rz 29.

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

traggeber hier über eine **nachweisliche** – allenfalls durch die vom Unternehmer vorgelegten Unterlagen näher spezifizierte – **Wahrnehmung** über einen ausschlussrelevanten Sachverhalt aufgrund eines in der Vergangenheit liegenden Fehlverhaltens.

Das für den Fristbeginn gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 entscheidende, „betreffende Ereignis“ ist dann aber konsequenterweise nicht anders als Fall einer Ausschlussentscheidung des Auftraggebers aus diesem Grund ebenfalls mit dem **Zeitpunkt der Beendigung des inkriminierten Verhaltens** festzumachen.

5. Hervorkommen späterer wettbewerbswidriger Verhaltensweisen

Sämtliche der genannten Fallkonstellationen haben es gemeinsam, dass der Unternehmer gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 „**bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes**“ höchstens für den Zeitraum von drei Jahren „**ab dem betreffenden Ereignis**“ von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden darf. Gerade bei großen und komplexen Ermittlungsverfahren kommt es immer wieder vor, dass **neue wettbewerbswidrige Verhaltensweisen** wie zB einzelne kartellrechtsrelevante Absprachen hervorkommen, die gleichwohl in einem größeren thematischen Zusammenhang stehen und bisweilen auch eng ineinander verflochten sind. Dahingehend ist für den Beginn des Fristenlaufes klärungsbedürftig, ob von jeweils neuen relevanten Ereignissen oder einem einzigen, insgesamt zusammengehörigen, Ereignis auszugehen ist.

In Ermangelung einer expliziten gesetzlichen Regelung ist anknüpfend an obige Erwägungen aus dem Telos von § 78 Abs 1 Z 4

iVm § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 zu schließen, dass anhand dieses Ausschlussstatbestandes ein wettbewerblich verpöntes, im Kontext der öffentlichen Auftragsvergabe besonders relevantes, negatives Verhalten der Unternehmer durch Ausschluss aus dem Vergabeverfahren aufgegriffen werden soll.⁵⁰ Dafür kommt es – nach dem in § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 statuierten Maßstab, ob „**hinreichend plausible Anhaltspunkte**“ für das Vorliegen wettbewerbswidriger Abreden vorliegen – aus Perspektive des jeweiligen Auftraggebers nach bisheriger Auffassung im Kern darauf an, dass dieser mit Blickpunkt auf das konkrete Vergabeverfahren zur Überzeugung gelangt, dass die notwendige Integrität und Zuverlässigkeit des betreffenden Unternehmers beeinträchtigt ist.⁵¹ Nimmt man diese Überlegung als Ausrichtungspunkt, ist daher bei etwaigen „nachträglich“, also nach bereits verwirklichtem Ausschlussgrund bzw nach bereits erfolgtem Ausschluss in demselben thematischen Kontext, hervorkommenden wettbewerbsrechtlich verpönten Verhaltensweisen jeweils zu beurteilen, ob mit Blick auf die gebotene Integrität und Zuverlässigkeit des Unternehmers und aus Perspektive des jeweiligen Vergabeverfahrens damit **ein neuerlicher Ausschlussgrund verwirklicht würde** – der sodann im Sinne eines neuen „betreffenden Ereignisses“ eine neuerliche Ausschlussfrist auslösen könnte.

In der Rechtsprechung der österreichischen und europäischen Vergabekontrolle fehlt es auch dazu an einschlägigen Aussagen. Allerdings wird in der Literatur vertreten, dass trotz des „Zeitlimits“ des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 für einen Ausschluss auf

⁵⁰ Zur Wettbewerbsrelevanz siehe auch *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 78 Rz 14 (FN 30), der zutreffend darauf hinweist, dass § 78 Abs 1 BVergG 2018 dem Grundsatz des fairen Wettbewerbs dient.

⁵¹ Siehe dazu die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01, 15 f. Vgl weiters EuGH 14.01.2021, C-387/19, *RTS*, Rz 29, wo die Bedeutung betont

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

Vorfälle zurückgegriffen werden darf, die länger als drei Jahre zurückliegen, wenn **zumindest ein Vorfall nicht länger als drei Jahre** zurückliegt. Während das jüngste (innerhalb der Frist liegende) Fehlverhalten damit sozusagen die Zuverlässigkeitsprüfung eröffnet und den Ausschlussgrund grundsätzlich aktiviert, soll unter Gesichtspunkten der gesamthaft bestehenden Zuverlässigkeit und Integrität des Unternehmers eine unterstützende Heranziehung auch des bereits länger zurückliegenden Fehlverhaltens stattfinden.⁵² Vertreten wird daher dazu im Schrifttum im Ergebnis, dass

„bei zumindest einem Vorfall innerhalb des Zeitlimits von drei [...] Jahren für die Beurteilung der Zuverlässigkeit unterstützend auch auf Vorfälle zurückgegriffen werden darf, die länger zurückliegen.“⁵³

Überträgt man diese Überlegungen zur **Verschaffung eines gesamthaften Bildes des unternehmerischen Verhaltens** auf die vorliegende Fragestellung, müsste wohl in ähnlicher Weise bedacht werden, dass es dem Auftraggeber im Zuge der Zuverlässigkeitsprüfung nicht von Grund auf verwehrt ist, bei einzelnen, neu hervorkommenden wettbewerbsrechtlich verpönten Verhaltensweisen, trotzdem sie einen bereits für eine Ausschlussentscheidung zum Anlass genommenen größeren, thematischen Kontext betreffen, zu prüfen und entsprechend zu bewerten, ob die gebotene Integrität und Zuverlässigkeit des Unternehmers aus Perspektive des jeweiligen Vergabeverfahrens (noch schärfer) beeinträchtigt ist (als ursprünglich angenommen).

wird, die der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers im Interesse der Sicherstellung eines wirksamen Wettbewerbs zukommt.

⁵² So auch *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 83 Rz 24.

⁵³ *Oppel*, ZVB 2017, 318 (321).

Wenn der Auftraggeber damit aber in einem vereinzelt nachträglich hervorkommenden wettbewerbsrechtlichen Fehlverhalten womöglich zum Schluss kommen könnte, dass allein dadurch (schon) der Ausschlussstatbestand des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 für sich erfüllt ist, dann kann zumindest eine Auslegung nicht ausgeschlossen werden, wonach hierin für den Fristenlauf des § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 auch ein **eigenständiges (neues) „betreffendes Ereignis“** gesehen werden kann.

E. Verfassungsrechtliche Erwägungen

Die hier erzielten Ergebnisse werden durch eine verfassungs- und unionsrechtskonforme Betrachtung bestätigt.

Dies ergibt sich auf nationaler Ebene mit Blick auf die Umsetzungsspielräume des nationalen Gesetzgebers. Unterliegt doch der Vergabegesetzgeber bei der Umsetzung von Unionsrecht, soweit entsprechende Spielräume eröffnet sind – also keine vollständige Determinierung durch den fraglichen Sekundärrechtsakt vorliegt – einer „**doppelten Bindung**“, nicht nur an die unionsrechtlichen Vorgaben, sondern auch an jene des österreichischen Verfassungsrechts.⁵⁴

Zu diesen Vorgaben zählen, wie der VfGH gerade mit Blick auf die Umsetzung vergaberechtlicher Maßgaben festgehalten hat, insbesondere die Bestimmtheitsanforderungen, die aus dem in **Art 18 Abs 1 B-VG** niedergelegten Legalitätsprinzip erfließen.⁵⁵ Von entscheidender Bedeutung ist dabei mit der Rechtsprechung des VfGH, dass der *„Inhalt [der Rechtsvorschrift] soweit bestimmbar ist, daß der Rechtsunterworfenen sein Verhalten danach*

⁵⁴ Grundlegend VfSlg 14.863/1997; *Ranacher/Sonntag* in *Kahl/Khazadeh/Schmid* (Hrsg) Bundesverfassungsrecht (2021) B-VG Art 18 Rz 13; *Öhlinger/Potacs*, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) 121 ff mwN. Vgl auch die Darstellung bei *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² (2019) 108.

*einrichten kann.*⁵⁶ Gerade aber die zuvor verworfenen Auslegungsalternativen würden dem Rechtsunterworfenen keinerlei Orientierung bieten, um „*sein Verhalten danach einzurichten*“. Zunächst bliebe in Abwesenheit konkreter Markierungspunkte wie den hier herausgearbeiteten gänzlich ungeklärt, was als fristauslösendes Ereignis zu werten ist und wie dieses in die Außenwelt zu treten hat. Hier treten die bereits vor dem Hintergrund der einfachgesetzlichen Folie entwickelten Fragestellungen erneut in einer verfassungsrechtlichen Dimension auf den Plan: Sollte es allein auf die subjektive Wahrnehmung (Einschätzung/Kenntniserlangung eines Organwalters) des Auftraggebers ankommen? Und worauf ist diese Wahrnehmung zu beziehen? Verhält sie sich relativ zum jeweiligen Vergabeverfahren oder kann mit jeder neuerlichen Kenntniserlangung über vorvergangene Umstände eine vergangene Verfehlung über die Wahrnehmung des Auftraggebers reaktiviert werden? Zeitigt dann aber auch jede neue Wahrnehmung überkommener Umstände einen neuen Fristenlauf oder ist die Fristberechnung pauschal vorzunehmen? Schließlich: Soll der Fristenlauf von Neuem beginnen, wenn eine nachfolgende behördliche Entscheidung eine frühere Wahrnehmung des fraglichen Sachverhalts flankiert?

Keine der genannten Fragen, die allesamt noch der verbindlichen Klärung durch die (höchstgerichtliche) Rechtsprechung harren, wäre ohne den systematischen Auslegungsweg, der zuvor besprochen wurde, mit der notwendigen Sicherheit beantwortbar. Die Konsequenz wäre dementsprechend, der Vorschrift zuzusinnen, **verdichtete Rechtsunsicherheit** nicht nur billigend in Kauf zu nehmen, sondern regelrecht zu provozieren. Ein solches

⁵⁵ VfSlg 13.460/1993.

Ergebnis stünde nicht nur in Widerspruch zu den Vorgaben des Bestimmtheitsgebots, sondern auch zu jenen des Gleichheitssatzes gemäß **Art 7 B-VG**, mit dem die objektiv-rechtlichen Vorgaben des Legalitätsprinzips in eine grundrechtliche Dimension übersetzt werden.⁵⁷

Mit Blick auf den **Gleichheitssatz** sind dabei zwei Problem-
punkte evident:

Zunächst ist der Widerspruch zu den allgemeinen Anforderungen des Gleichheitssatzes in seiner „arithmetischen“ Ausprägung augenfällig. Nach stRsp „*gebietet [der Gleichheitssatz] dem Gesetzgeber, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln und setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er es verbietet, andere als sachlich begründbare Differenzierungen zwischen den Normadressaten zu schaffen*“.⁵⁸ Verfassungsrechtlich unzulässig ist dementsprechend insbesondere, **ohne sachliche Rechtfertigung** dieselben Konsequenzen an Ausgangspunkte zu knüpfen, die im relevanten Vergleichsmerkmal verschieden sind.⁵⁹ Dem zuvor aufgezeigten Wertungswiderspruch steht jedoch keine sachliche Rechtfertigung gegenüber, die erforderlich wäre, eine Gleich- bzw gar eine Schlechterstellung von Verfehlungen gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 mit bzw gegenüber den typischerweise gravierenderen Verfehlungen gemäß § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 zu rechtfertigen. Vielmehr muss das **Auseinanderfallen „rechtlicher“ und „faktischer“ Verjährung** samt der daraus erwachsenden Konsequenz einer doppelt streng gezo-

⁵⁶ VfSlg 13.460/1993. Vgl nur *Muzak*, B-VG Art 18 B-VG Rz 8.

⁵⁷ Dazu nur *Bezemek*, Allgemeine Handlungsfreiheit im System der österreichischen Bundesverfassung, *Austrian Law Journal* 2016, 109.

⁵⁸ VfSlg 20.229/2017. Vgl dazu nur aus der neueren Kommentarliteratur *Khakzadeh* in *Kahl/Khakzadeh/Schmid* B-VG Art 17 Rz 15 mwH auf die Rsp.

⁵⁹ Vgl etwa VfSlg 19.590/2011. Dazu etwa bereits die Darstellung bei *Bezemek*, Gleichheitssatz, in *Heißl* (Hrsg), *Handbuch Menschenrechte* (2009) Rz 12/22 ff sowie mwH auf die Rsp *Muzak*, StGG Art 2 Rz 21.

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

genen Grenze als in sich unsachliche Konstruktion erscheinen, die eine ihr zu Grunde liegenden Norm mit Verfassungswidrigkeit belasten müsste.

Sodann sind die zuvor verworfenen Auslegungsvarianten auch aus Perspektive des aus dem Gleichheitssatz erfließenden **Sachlichkeitsgebots** als bedenklich anzusehen: Bindet der Gleichheitssatz doch nach stRsp den Gesetzgeber „*auch insofern, als er verbietet sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen*“.⁶⁰ Würde dem Gesetz zugesonnen, dem Auftraggeber (durch im Wesentlichen bloß subjektive, objektiv-rechtlich nicht nachprüfbare „Wahrnehmungen“) grundlegend die Dispositionshoheit über den Beginn des Fristenlaufs zuzuerkennen, wäre damit – mit Blick auf die dem innewohnenden Konsequenzen – gemessen an der Zielsetzung des Regelungsregimes, namentlich „*Grundsätze der Gleichbehandlung und des Wettbewerbs im Vergabeverfahren sicherzustellen und die Integrität, Zuverlässigkeit und Befähigung des künftigen Auftragnehmers zur Erfüllung des Auftrags zu gewährleisten*“⁶¹, eine ebenso einseitige wie (letztlich) **arbiträre** – und damit sachlich nicht begründbare – **Regelung** geschaffen.

Die betreffenden Argumentationsstränge müssten auch in freiheitsrechtlicher Perspektive – konkret mit Blick auf die Anforderungen der Erwerbsfreiheit gemäß **Art 6 StGG** – grundrechtliche Spannungsfelder erzeugen. Soweit nach stRsp „*die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen auf Grund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes nur dann zulässig [sind], wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu*

⁶⁰ VfSlg 19.623/2012. Näher zu den Anforderungen im Einzelnen *Bezemek*, Grundrechte in der Rechtsprechung der Höchstgerichte (2016) 341 ff.

rechtfertigen sind“ „verdoppelt [sich] insofern [der] Grundrechtsschutz“⁶² im Lichte der soeben getätigten Ausführungen.⁶³

Schließlich ist der nationale Umsetzungsgesetzgeber gemäß Art 51 GRC bei der „Durchführung des Rechts der Union“ an die Maßgaben der **Europäischen Grundrechtecharta** gebunden.⁶⁴ Die vorgenannten Punkte lassen sich daher *mutatis mutandis* auch mit Blick auf die einschlägigen Gewährleistungen der GRC (konkret insbesondere die in Art 15 gewährleistete Berufsfreiheit, die in Art 16 gewährleistete unternehmerische Freiheit und die in Art 20 niedergelegten Gleichheitsanforderungen) reitieren.

Vor diesem Hintergrund bekräftigt sowohl eine verfassungs- als auch eine unionsrechtskonforme Interpretation das **zuvor entwickelte Auslegungsergebnis** hinsichtlich des Beginns des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018.

IV. Ergebnis

Zusammengefasst sprechen die diskutierten Fallkonstellationen daher für das folgende Verständnis eines **grundsätzlichen Systems für die Frage des Fristenlaufes**:

⁶¹ Siehe dazu die Mitteilung der Kommission vom 18.03.2021, 2021/C 91/01 14.

⁶² *Holoubek* in *Korinek/Holoubek/Bezemek/Fuchs/Martin/Zellenberg* (Hrsg) Bundesverfassungsrecht (14. Lfg 2018) B-VG Art 7 Abs 1 Satz 1 und 2 Rz 183 mit näheren Ausführungen zum Verhältnis von Gleichheitssatz und Erwerbsfreiheit.

⁶³ Hinzu treten weiter erschwerende Überlegungen, die die Verhältnismäßigkeit einer solchen Regelung mit massiven Zweifeln belasten: in Ermangelung eines einheitlichen fristauslösenden und -beendigenden Zeitpunkts, böte sich angesichts der wirtschaftlichen Tragweite des langfristigen Ausschlusses von öffentlichen Aufträgen für die Unternehmer die nachgerade unzumutbare Situation, sich stets aufs Neue (unter entsprechender Kostenbelastung) an Vergabeverfahren zu beteiligen, um die zeitliche Wahrnehmung der Auftraggeber zu bestimmen, sowie ob die Frist aus seiner Perspektive bereits abgelaufen ist. Ein einheitliches Register, in dem dergleichen transparent für verzeichnet und für den Unternehmer nachvollziehbar wäre, fehlt ebenso wie entsprechende Objektivitätssicherung oder die Sicherstellung einer effektiven verwaltungsgerichtlichen Nachkontrolle.

1. Grundsätzlicher Ankerpunkt der Regelung betreffend die Dreijahresfrist gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 ist das **jeweils konkrete Vergabeverfahren**, an dem sich ein vermeintlich in ein Kartell involviertes Unternehmen beteiligt. Jeder öffentliche Auftraggeber ist bei Durchführung der Zuverlässigkeitsprüfung vergaberechtlich verpflichtet, eigenständige Prüfschritte hinsichtlich des Vorliegens eines Ausschlussstatbestandes durchzuführen (§ 83 Abs 1 BVergG 2018). Jegliche in dieser Hinsicht vergaberechtlich relevante **„Wahrnehmung“ zur zeitlichen Verortung des angelasteten Fehlverhaltens** kann daher nur im Zuge einer vergaberechtlichen Zuverlässigkeitsprüfung stattfinden.
2. Reagiert der Auftraggeber mit der Entscheidung über den Ausschluss eines Unternehmers auf ein unmittelbar das Vergabeverfahren betreffendes oder sonst **aktuell bestehendes wettbewerbsrechtliches Fehlverhalten**, ist mit guten Gründen (und mit gewissen Einschränkungen bei fortdauerndem Bestand des Fehlverhaltens) in dieser **Ausschlussentscheidung das fristauslösende „betreffende Ereignis“** gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 zu sehen. Dies kann zur Folge haben, dass – wie bei anderen Ausschlussstatbeständen auch – womöglich aufgrund unterschiedlicher Zeitpunkte des Ausschlusses aus verschiedenen Vergabeverfahren die Dreijahresfrist aufgrund desselben Wettbewerbsverstößes eines Unternehmers zu unterschiedlichen Zeitpunkten zu laufen beginnt bzw abläuft. Insofern kommt es

⁶⁴ Vgl nur EuGH 27. März 2014, C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH* Rz 46. Näher dazu etwa *Holoubek/Oswald* in *Holoubek/Lienbacher* (Hrsg) GRC² (2019) Art 51 Rz 16 ff, 20.

systemimmanent zu einer „**relativen Verjährung**“, die abhängig von den jeweiligen einzelnen Vergabeverfahren (bzw den betreffenden öffentlichen Auftraggebern) stattfindet.

3. Reagiert der Auftraggeber mit der Entscheidung über den Ausschluss eines Unternehmers auf ein bereits **beendetes wettbewerbsrechtliches Fehlverhalten**, ist das fristauslösende „betreffende Ereignis“ gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 (sofern noch keine behördliche/gerichtliche Entscheidung bezüglich Feststellung des wettbewerbswidrigen Verhaltens vorliegt) mit guten Gründen im **Zeitpunkt der Beendigung der wettbewerbswidrigen Verhaltensweise** zu sehen. Der Auftraggeber hat seine diesbezüglichen Wahrnehmungen zu dokumentieren, dem Unternehmer offenzulegen und ihn dazu zu hören.
4. Mit guten Gründen ist das für den Fristbeginn gemäß § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018 entscheidende, „betreffende Ereignis“ bei bereits beendetem wettbewerblichem Fehlverhalten aber auch dann – nicht anders als Fall eines Ausschlusses – mit dem **Zeitpunkt der Beendigung des inkriminierten Verhaltens** festzumachen, wenn dem Unternehmer gemäß § 83 Abs 2 und 3 BVergG 2018 eine **erfolgreiche Selbstreinigung** gelungen ist. Denn auch diesfalls hat der Auftraggeber eine vergaberechtlich relevante „**Wahrnehmung**“ **hinsichtlich des Vorliegens eines Ausschlussstatbestandes** (siehe § 83 Abs 1 BVergG 2018), auf deren Basis dem Unternehmer überhaupt die Selbstreinigung zu ermöglichen war.
5. Sobald eine behördliche oder gerichtliche Entscheidung vor, die das wettbewerbswidrige Verhalten feststellt, sorgt diese nach Ablauf der Dreijahresfrist für eine „**ab-**

Zum Beginn des Fristenlaufes gemäß § 83 Abs 5 BVergG 2018

solute Verjährung“, die allen Auftraggebern in sämtlichen künftigen Vergabeverfahren gegenüber wirkt.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'André F'.A handwritten signature in black ink, appearing to be 'H L'.