

## **Kurzgutachten**

zur Abstandnahme vom Ausschluss aus dem  
Vergabeverfahren gemäß § 78 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

## I. Ausgangslage und Fragestellung

Gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber von einem Ausschluss gemäß Abs 1 oder 2 par cit Abstand nehmen,

*„wenn auf die Beteiligung des Unternehmers in begründeten Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nicht verzichtet werden kann.“*

Diese Bestimmung erging in Umsetzung des Art 57 Abs 3 Satz 1 Vergabe-RL 2014/24/EU,<sup>1</sup> wonach die *„Mitgliedstaaten [...] ausnahmsweise aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses, wie z. B. der öffentlichen Gesundheit oder des Umweltschutzes, eine Ausnahme vom zwingenden Ausschluss [...] vorsehen [können].“*

Eine inhaltsgleiche Parallelregelung für den **Sektorenbereich** enthält § 249 Abs 6 BVergG 2018. Die nachfolgenden, für Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber getroffenen Aussagen können daher *mutatis mutandis* auf Sektorenauftraggeber übertragen werden.

Im gegebenen Zusammenhang stellen sich zwei, wesentliche **Auslegungsfragen**:

- (1.) Gelangt der Tatbestand des § 78 Abs 5 BVergG 2018 auch dann zur Anwendung, wenn Unternehmer am Vergabeverfahren teilnehmen, denen die Verwirklichung eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 angelastet wird?

- (2.) Welche Pflichten treffen die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen ihrer Entscheidung gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018?

Diesen beiden Fragestellungen ist im Weiteren getrennt nachzugehen, bevor eine gesamthafte Beurteilung erfolgt.

## II. Zum Vorliegen „zwingender Gründe des Allgemeininteresses“

§ 78 Abs 5 BVergG 2018 ist im Regulationssystem des § 78 BVergG 2018 als Ausnahme konzipiert.<sup>2</sup> Während die Absätze 1 und 2 par cit die Regel normieren („hat [...] auszuschließen“), ermöglicht Abs 5 das Absehen von diesem Ausschluss und damit ein Abgehen von der Regel durch den Auftraggeber. Diesen **Ausnahmecharakter** verdeutlicht § 78 Abs 5 BVergG 2018 *expressis verbis*, wenn auf das Vorliegen „begründeter Ausnahmefälle“ abgestellt wird.

Während der Wortlaut der Bestimmung dabei zunächst als Erfordernis einer doppelten Begründetheit („in *begründeten* Ausnahmefällen aus zwingenden *Gründen* des Allgemeininteresses“) gelesen werden könnte, ist mit dem Schrifttum davon auszugehen, dass das Tatbestandsmerkmal der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ die **Qualifikation als „begründeter Ausnahmefall“** bereits in sich birgt.<sup>3</sup> Die Wortfolge „in begrün-

---

<sup>1</sup> Siehe ErlRV 69 BlgNR 26. GP 96.

<sup>2</sup> ErlRV 69 BlgNR 26. GP 101. Siehe auch *Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg) Bundesvergabegesetz 2018<sup>3</sup> (2020) § 78 Rz 113; *Plotz*, Die neuen Ausschlussgründe des BVergG 2018, ZVB 11/2020 (409) 414. Zum – dieselbe Richtlinienbestimmung umsetzenden – § 123 Abs 5 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) BGBl I S 1081 idgF siehe auch *Kling in Immennga/Mestmäcker* (Hrsg) Wettbewerbsrecht<sup>6</sup> Bd 4 (2021) § 123 Rz 37.

<sup>3</sup> *Gölles in Gölles* (Hrsg) BVergG 2018 (2019) § 78 Rz 51. Siehe auch den Wortlaut des Art 57 Abs 3 Satz 1 Vergabe-RL 2014/24/EU: „Die Mitgliedstaaten können ausnahmsweise aus zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses...“.

Zur Abstandnahme vom Ausschluss aus dem Vergabeverfahren gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018

deten Ausnahmefällen“ untermauert insofern zwar den Ausnahmecharakter der Vorschrift, begründet für sich aber keine zusätzlich zum Vorliegen „zwingender Gründe des Allgemeininteresses“ hinzutretende inhaltliche Anforderung.<sup>4</sup>

Die Gesetzesmaterialien verweisen darauf, dass § 78 Abs 5 BVergG 2018 als Ausnahmebestimmung „**eng auszulegen**“ ist.<sup>5</sup> Die Beurteilung, wann ein zwingender Grund des Allgemeininteresses anzunehmen ist, soll demnach einem „hohen Maßstab“ folgen.<sup>6</sup> Eine Definition dessen, was dem Begriff „zwingender Grund des Allgemeininteresses“ in diesem Zusammenhang unterfällt, ist dem BVergG 2018 allerdings nicht zu entnehmen. Dementsprechend handelt es sich um einen **unbestimmten Rechtsbegriff**,<sup>7</sup> der jeweils fallbezogen der Auslegung bedarf und entsprechende Interpretationsspielräume eröffnet.

Dies verdeutlicht die europäische Rechtslage. Art 57 Abs 3 Satz 1 Vergabe-RL 2014/24/EU spricht von „**zwingenden Gründen des öffentlichen Interesses**“ und führt dafür – in nicht abschließender Aufzählung (arg: „wie z. B.“) – exemplarisch die öffentliche Gesundheit oder den Umweltschutz an. In der Literatur werden angesichts dessen übereinstimmend auch darüberhinausgehende Bereiche des öffentlichen Interesses – wie etwa öffentliche Ordnung und Sicherheit, Schutz bei Naturkatastro-

---

<sup>4</sup> Ähnlich *Gölles* in *Gölles* BVergG 2018 § 78 Rz 55.

<sup>5</sup> ErlRV 69 BlgNR 26. GP 101; *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 78 Rz 113; *Gölles* BVergG 2018 § 78 Rz 55; *Plotz*, ZVB 11/2020 (409) 414; *Deutschmann/Heid* in *Heid et al* (Hrsg) BVergG 2018 (2019) § 78 Rz 55; siehe weiters *Kling* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB § 123 Rz 37.

<sup>6</sup> ErlRV 69 BlgNR 26. GP 101; *Plotz*, ZVB 82/2020 (409) 414.

<sup>7</sup> Vgl *Kling* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB § 123 Rz 40.

phen, Sicherstellung der notwendigen Grundversorgung der Bevölkerung – als begrifflich erfasst angesehen.<sup>8</sup>

Dass als „zwingender Grund des Allgemeininteresses“ daher eine ganze **Bandbreite an möglichen Rechtfertigungsgründen** in Betracht kommen kann, belegt auch die Rechtsprechung des EuGH, in der „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ als maßgebliche Gründe zur Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten des Binnenmarktes näher konturiert wurden.<sup>9</sup> Als taugliche Rechtfertigungsgründe anerkannt wurden vom Gerichtshof zB:<sup>10</sup> öffentliche Ordnung, öffentliche Sicherheit, Sicherheit der Bevölkerung, öffentliche Gesundheit, Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts des Systems der sozialen Sicherheit, Schutz der Verbraucher und Arbeitnehmer, Lauterkeit des Handelsverkehrs, Betrugsbekämpfung, Schutz der Umwelt, Schutz des geistigen Eigentums, Ziele der Sozialpolitik und Kulturpolitik etc.

Diese Auflistung der sogenannten „ungeschriebenen“<sup>11</sup> (weil in der Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten entwickelten) Rechtfertigungsgründe belegt nicht nur die bunte Vielfalt der in Frage kommenden Rechtfertigungsgründe. Sie zeigt auch auf, dass beim – unionsrechtlich geprägten und damit **autonom zu interpretierenden** – Begriff der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 nicht von einem

---

<sup>8</sup> Siehe zB *Gölles in Gölles BVergG 2018 § 78 Rz 51*; *Killmann*, Bemerkungen zum verpflichtenden Ausschluss aufgrund strafrechtlicher Verurteilung - die europarechtliche Vorgabe, ZVB 5/2006, 134 (139).

<sup>9</sup> Im Englischen ist von „overriding reasons relating to the public interest“ die Rede – diese Terminologie findet sich auch in der englischen Sprachfassung des Art 57 Abs 3 Satz 1 Vergabe-RL 2014/24/EU, sodass „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ und „zwingende Gründe des öffentlichen Interesses“ insofern inhaltlich gleichzuhalten sind. Von diesem Verständnis geprägt war offensichtlich auch die innerstaatliche Umsetzung des Art 57 Abs 3 Satz 1 Vergabe-RL 2014/24/EU im BVergG 2018.

<sup>10</sup> Ausgehend von EuGH, Rs 120/78, *Cassis de Dijon*.

<sup>11</sup> Dazu allgemein *Jaeger*, Materielles Europarecht<sup>2</sup> (2020) 85 f.

Zur Abstandnahme vom Ausschluss aus dem Vergabeverfahren gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018

allzu engen und auch keineswegs von einem inhaltlich abschließenden, sondern einem insgesamt **offenen Begriffsverständnis** auszugehen ist.

Subsumiert werden kann unter den Begriff der „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ insbesondere auch der Verzicht auf den Ausschluss einzelner Unternehmer zum Zweck der **Sicherstellung von Wettbewerb**.<sup>12</sup> Konsequenterweise hält *Clemens Mayr* in einer aktuellen Kommentierung zu § 78 Abs 5 BVergG 2018 fest:

*„Der Wortlaut der Bestimmung erlaubt es auch, vom Ausschluss mehrerer Unternehmer abzusehen, damit ein **Wettbewerb unter mehreren Unternehmern stattfinden kann.**“<sup>13</sup>*

Diese Sichtweise wird gestützt durch die Rechtsprechung des VwGH. So wurde in einem Erkenntnis zur Frage einer (ausnahmsweisen) Teilnahme eines insolventen Unternehmers am Vergabeverfahren darauf verwiesen, dass darzulegen gewesen wäre, „weshalb die **Teilnahme der Bieterin zur Sicherstellung des Wettbewerbs unabdingbar**“ war.<sup>14</sup>

Ein maßgeblicher Grund des Allgemeininteresses, der in derartigen Konstellationen die Anwendbarkeit des § 78 Abs 5 BVergG 2018 begründet, kann mithin in der Herstellung und Gewährleistung einer **Wettbewerbssituation im Vergabeverfahren** gesehen werden. Diese Wettbewerbssituation wiederum bildet – der grundlegenden Funktionsweise des Vergaberechts entspre-

---

<sup>12</sup> So auch *Killmann*, ZVB 5/2006 ZVB 39/2006, 134 (139).

<sup>13</sup> *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018 § 78 Rz 113.

chend<sup>15</sup> – die Voraussetzung dafür, auf Basis eines funktionierenden Vergabewettbewerbs wettbewerbsfähige Preise zu generieren. In Konsequenz dessen wurde in der Literatur bereits vor geraumer Zeit die Auffassung vertreten, dass „*ein Grund des Allgemeininteresses [...] vorliegt, wenn es auf Grund des Ausschlusses aller möglichen Mitbewerber wegen strafrechtlicher Verurteilungen zu einem einzigen Angebot kommt, also geradezu eine Monopolsituation geschaffen wird. Der zwingende Grund könnte in der Schaffung der Wettbewerbssituation liegen, insbesondere wenn die Gefahr besteht, dass kein wettbewerbsfähiger Preis mehr angeboten würde.*“<sup>16</sup>

Maßgeblich für die Interpretation des Begriffs „**zwingender Grund** des Allgemeininteresses“ ist bei all dem stets, dass der Ausnahmecharakter der Norm nicht unterwandert und das Auslegungsergebnis dem Telos der Bestimmung gerecht wird.<sup>17</sup> Im Lichte dessen kommt es nicht nur auf das Vorliegen einer grundsätzlichen Zielsetzung des Allgemeininteresses an, sondern auch auf die außergewöhnliche Bedeutung dieses Allgemeininteresses („zwingender Grund“), die es erforderlich macht, vom Ausschluss einzelner Unternehmer aus dem Vergabeverfahren konkret abzusehen. Beispielhaft nennen die Gesetzesmaterialien zum BVergG 2018 die dringende Notwendigkeit zur Beschaffung von Impfstoff, der jedoch in ausreichender Menge nur bei einem Unternehmer lagernd ist, der wegen Bestechung verurteilt wurde.<sup>18</sup> Es muss also der vom Auftraggeber verfolgte Grund des Allge-

---

<sup>14</sup> VwGH 9. 9. 2015, Ro 2014/04/0062.

<sup>15</sup> Zum Wettbewerb als Vergabegrundsatz ausführlich *Fuchs*, Vergaberecht und Wettbewerb, ÖZW 4/2020 148 (148 ff); *Fuchs*, Öffentliche Vergabe, in *Kirchhof/Korte/Magen* (Hrsg), Öffentliches Wettbewerbsrecht 477 (521 ff). Vgl auch *Holoubek*, Vergaberecht als Steuerungsinstrument, ÖZW 4/2020, 202 (206 ff).

<sup>16</sup> *Killmann*, ZVB 5/2006, 134 (139).

<sup>17</sup> *Kling* in *Immenga/Mestmäcker*, GWB § 123 Rz 37 spricht als Auslegungsmaxime den *effet utile* an, also die praktische Wirksamkeit der Ausnahmebestimmung.

meininteresses von derartigem Gewicht sein, dass auf die Teilnahme an sich auszuschließender Unternehmer am Vergabeverfahren nicht verzichtet werden kann.<sup>19</sup> Können dringend benötigte (und unaufschiebbare) Leistungen nur von einem Unternehmer erbracht werden, bei dem jedoch ein Ausschlussgrund vorliegt, wird regelmäßig von einem zwingenden Grund des Allgemeininteresses ausgegangen.<sup>20</sup>

Für die Frage, welche Maßstäbe an den „zwingenden“ Charakter des Rechtfertigungsgrundes anzulegen sind, ist freilich auch in Betracht zu ziehen, dass die Regelung des § 78 Abs 5 BVergG 2018 (anders als die Ausnahmen gemäß Abs 3 und 4 leg cit) **sämtliche Ausschlussgründe** des § 78 Abs 1 und 2 BVergG 2018 umschließt und sich damit auf ein breites Spektrum an unterschiedlich gewichtigen (und dementsprechend, wie sogleich zu zeigen ist, unterschiedlich zu gewichtenden) Ausschlussstatbeständen bezieht. Vom Ausnahmetatbestand des Abs 5 betroffen sein können rechtskräftig strafgesetzlich – etwa wegen Betrug, Untreue, Geldwäscherei – verurteilte Unternehmer ebenso wie Konstellationen, in denen der Auftraggeber zwar womöglich über Indizien für das Vorliegen wettbewerbswidriger Absprachen verfügt, eine wettbewerbsbehördliche Entscheidung aber (noch) nicht vorliegt.<sup>21</sup>

Angesichts der Diversität des so erfassten Katalogs und der unterschiedlichen Gravität des durch den jeweiligen Ausschlussgrund sanktionierten unternehmerischen Fehlverhaltens wird im

---

<sup>18</sup> ErIRV 69 BlgNR 26. GP 101.

<sup>19</sup> *Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam*, BVergG 2018, § 78 Rz 113.

<sup>20</sup> *Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmam*, BVergG 2018, § 78 Rz 113.

<sup>21</sup> Vgl VwGH 10.10.2016, Ra 2016/04/0104.

Schrifttum zutreffend hervorgehoben, dass das „Gewicht“ des Ausschlussgrundes „in einem **angemessenen Verhältnis** zu den das Absehen vom Ausschluss rechtfertigenden Gründen stehen muss.“<sup>22</sup> Dementsprechend wird – so *Clemens Mayr* – ein

*„Absehen vom Ausschluss bei Vorliegen mehrerer rechtskräftiger Verurteilungen gemäß § 78 Abs 1 Z 1 schwerer zu rechtfertigen sein als bei einer einmaligen schweren beruflichen Verfehlung im Sinne des § 78 Abs 1 Z 5.“*<sup>23</sup>

Mit Blick auf den so formulierten Standard stehen die Strenge des an den notwendig gegebenen „zwingenden Grund des Allgemeininteresses“ anzulegenden Maßstab und die Schwere des angelasteten Fehlverhaltens also in einem direkt proportionalen Verhältnis.

Dieser – dem Vergaberecht insgesamt, aber auch der Regelungssystematik des § 78 Abs 5 BVergG 2018 inhärenten – Anforderung der **Verhältnismäßigkeit** folgend, ist entsprechend zu differenzieren: Während, wie dies die Gesetzesmaterialien nahelegen,<sup>24</sup> die dringende Notwendigkeit zur Beschaffung von Impfstoff, der in ausreichender Menge nur bei einem Unternehmer lagernd ist, es zu rechtfertigen vermag, (sogar) von einem Ausschluss des wegen Bestechung verurteilten Unternehmers abzu-  
sehen, muss ein derartig strenger Maßstab an die Rechtfertigungsgründe für das Absehen vom Ausschluss bei vermeintlichen wettbewerbswidrigen Absprachen gemäß § 78 Abs 1 Z 4 (oder auch einmaligen beruflichen Verfehlungen gemäß Z 5 par cit) BVergG 2018 nicht notwendig herangetragen werden.

---

<sup>22</sup> *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018, § 78 Rz 113.

<sup>23</sup> *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018, § 78 in FN 79.

<sup>24</sup> ErlRV 69 BlgNR 26. GP 101.

Daraus ergibt sich, dass insbesondere für die Fälle des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 ein Absehen vom Ausschluss (auch) dann in Betracht kommt, wenn der **Nicht-Ausschluss aus Gründen der Wettbewerbssicherung bzw Wettbewerbsherstellung erforderlich** ist.<sup>25</sup> Verbliebe aufgrund breiter Verwirklichung von Ausschlussstatbeständen auf Seiten der Unternehmer kein Angebot im Vergabeverfahren oder verblieben derart wenige Angebote, mit der Konsequenz, dass im Vergabeverfahren keine Wettbewerbssituation (kein echter Bieterwettbewerb) mehr gegeben ist, kann in der darin bestehenden Problematik, dass keine wettbewerbsfähigen Preise gebildet werden können, ein **tauglicher Grund** gesehen werden, vom Ausschluss Abstand zu nehmen.<sup>26</sup>

In besonderem Maße hat das zu gelten, würde ein Ausschlussgrund etwa **sämtliche relevanten Akteure eines gesamten Wirtschaftssegments** wie der Bauwirtschaft betreffen. Diesfalls wäre über eine qualifizierte Periode ein relevanter Preiswettbewerb im so abgesteckten Bereich schon dem Grunde nach in Frage gestellt. Die Konsequenzen wären sowohl gesamtwirtschaftlich empfindlich als auch mit Blick auf die Realisierungsmöglichkeiten von Infrastrukturprojekten drastisch. Dementsprechend groß ist in derartigen Konstellationen das Gewicht, das im Zuge der Verhältnismäßigkeitsprüfung in die Waagschale zu legen ist und dementsprechend wesentliche Argumente lassen sich dann für ein Absehen vom Ausschluss gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 ins Treffen führen.

---

<sup>25</sup> Vgl auch *Kling in Immenga/Mestmäcker*, GWB § 123 Rz 40.

<sup>26</sup> Zum Schutz des Wettbewerbs als Auftrag und Ziel des Vergaberechts siehe *Fuchs*, ÖZW 4/2020, 148 (149 ff).

### III. Anforderungen an die Entscheidung des Auftraggebers

Ob der Auftraggeber vom Ausschluss eines Unternehmers gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 Abstand nimmt, liegt nach dem Wortlaut der Bestimmung in seinem **Ermessen** (arg: „kann“).<sup>27</sup> Die dem Auftraggeber vermittelten Beurteilungs- und Entscheidungsspielräume dürfen allerdings weder als Freiräume für Willkür missverstanden werden, noch handelt es sich um Entscheidungen, die im Belieben des Auftraggebers stünden.

Stets sind Auftraggeber bei der Ausübung der ihnen nach dem BVergG 2018 zukommenden Entscheidungsspielräume an die **allgemeinen Vergabegrundsätze** der Gewährleistung von Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit, Transparenz, Wettbewerb und Wirtschaftlichkeit gebunden (§ 20 Abs 1 BVergG 2018).<sup>28</sup> Diese allgemeinen Grundsätze sind daher auch als **Leitlinien zur Auslegung** der aus § 78 Abs 5 BVergG 2018 erwachsenden Spielräume heranzuziehen.<sup>29</sup> Überdies stellen sie **justiziable** – und damit verwaltungsgerichtlich nachprüfbar – **Beurteilungsmaßstäbe** für das Verhalten (Tun oder Unterlassen) des Auftraggebers dar, sodass die Rechtmäßigkeit der betreffenden Auftraggeberentscheidung am Maßstab der allgemeinen Vergabegrundsätze vor den **Verwaltungsgerichten**

---

<sup>27</sup> *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 78 Rz 55 spricht in diesem Zusammenhang von einer „Ermächtigung“ des Auftraggebers.

<sup>28</sup> *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht<sup>5</sup> (2020) 95 ff; *Holoubek/Fuchs/Ziniel*, Vergaberecht, in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht<sup>4</sup> (2019) 841 (898 ff); *Fuchs*, Öffentliche Vergabe, in *Kirchhof/Korte/Magen* (Hrsg), Öffentliches Wettbewerbsrecht 477 (499 ff) zu § 97 Abs 1 und 2 GWB.

releviert werden kann.<sup>30</sup> Gerade dann, wenn eine gegenüber einem Wirtschaftsteilnehmer beschwerende Maßnahme wie eine Ausschlussentscheidung getroffen werden soll, kommt den Grundsätzen der Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit, ergänzt um den Grundsatz der **Wahrung der Verteidigungsrechte**, nach der Judikatur des EuGH eine hervorgehobene Rolle zu.<sup>31</sup>

Daraus ergibt sich zum Ersten, dass bei der Handhabung des Ausnahmetatbestandes gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 ein **gleichmäßiges Vorgehen** gewahrt werden muss. Einzelne Unternehmer dürfen nicht anderen gegenüber ohne sachlichen Grund benachteiligt werden, etwa indem bei vergleichbarer Ausgangslage eine Ungleichbehandlung in der Frage des Absehens vom Ausschluss erfolgt.

Zum Zweiten ist der Auftraggeber zu **Objektivität und Verhältnismäßigkeit** verpflichtet. Dies verlangt es dem Auftraggeber ab,

- (1.) die Frage des Vorliegens zwingender Gründe des Allgemeininteresses **objektiv und nachvollziehbar** zu prüfen,
- (2.) anhand objektiv begründeter Erwägungen zu beurteilen, welches **Gewicht** diesen Gründen des Allgemeininteresses im Vergleich zur Gravität des angelasteten unternehmerischen Fehlverhaltens zukommt, und

---

<sup>29</sup> ErlRV 69 BlgNR 26. GP 52. Zur Bedeutung der Grundsätze als Leitlinien siehe auch *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 11/2002, 297 sowie *Casati in Göllers*, BVergG 2018 § 20 Rz 2.

<sup>30</sup> ErlRV 69 BlgNR 26. GP 52.

- (3.) nachvollziehbar **abzuwägen und darzustellen**, ob und warum oder warum nicht einem Ausschluss des Unternehmers vom Vergabeverfahren der Vorrang gegenüber den Gesichtspunkten des Allgemeininteresses einzuräumen ist.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die in § 78 Abs 5 BVergG 2018 maßgeblichen „zwingenden Gründe des Allgemeininteresses“ – anders als beim Absehen vom Ausschluss gemäß § 78 Abs 3 BVergG 2018, demzufolge bei Insolvenzen oder Liquidation vom Ausschluss abgesehen werden kann, wenn die Leistungsfähigkeit des Unternehmers für die Durchführung des Auftrages ausreicht – auf Umstände verweisen, die **objektive Interessen der Gesamtbevölkerung** betreffen und etwa auch allgemeine Folgewirkungen für die Wirtschaft zeitigen können.

Insofern treten als Schutzgegenstand des § 78 Abs 5 BVergG 2018 Merkmale hervor, die – anders als dies im Kontext des § 78 Abs 3 BVergG 2018 geartet ist – in ihrer Bedeutung **über das konkrete Vergabeverfahren hinausreichen** und einen objektiv-abstrakten Charakter aufweisen. Ob ein Grund des Allgemeininteresses vorliegt, der derart bedeutsam ist, dass vom Ausschluss des Unternehmers aus dem Vergabeverfahren abzusehen ist, obliegt folglich nicht der rein subjektiven Bewertung des Auftraggebers, sondern erfordert eine **objektive Beurteilung**, die durch die **Verwaltungsgerichte nachprüfbar** ist.<sup>32</sup> Daraus wiederum folgt unter Aspekten der Verhältnismäßigkeit, dass die über § 78 Abs 5 BVergG 2018 vermittelten **Spielräume des Auftraggebers** sich besonders dann und dort **verengen**, wenn und wo feststeht, dass die Relevanz der maßgeblichen Gründe

---

<sup>31</sup> So EuGH 14.01.2021, C-387/19, *RTS*, Rz 34.

<sup>32</sup> Etwa im Zuge der Prüfung einer bekämpften Ausscheidensentscheidung gemäß § 2 Z 15 BVergG 2018.

des Allgemeininteresses, die für eine weitere Teilnahme der Unternehmer am Vergabeverfahren sprechen, im Vergleich zur Gravität des angelasteten unternehmerischen Fehlverhaltens höher zu gewichten ist.

Schließlich ist bei Handhabung des Ausnahmetatbestandes gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 vom Auftraggeber darauf Rücksicht zu nehmen, dass das Vergaberecht die **Herstellung eines echten Wettbewerbs** auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe zum Zweck hat.<sup>33</sup> Interpretationsspielräume sind dem vergaberechtlichen Grundsatz des Wettbewerbs entsprechend so zur Anwendung zu bringen, dass ein funktionsfähiger Vergabewettbewerb tatsächlich gewährleistet ist. Damit in Verbindung steht der **Grundsatz der Wirtschaftlichkeit**, der auf ein allgemeines wirtschaftliches Effizienzprinzip verweist (siehe insbesondere der Grundsatz der Vergabe zu „angemessenen Preisen“) und dafür Sorge trägt, dass Mitteleinsatz (Vergabeverfahren) und Ergebnis (beschaffte Leistung) in einem optimalen Verhältnis stehen.<sup>34</sup>

Beruht sich der Auftraggeber auf das Vorliegen des Ausnahmetatbestands des § 78 Abs 5 BVergG 2018, hat er nach allgemeinem Verständnis auch darzutun, warum er die Voraussetzungen dafür als gegeben erachtet.<sup>35</sup> Es ergibt sich daraus ein Gebot zur **Darlegung der tragenden Gründe der Entscheidung**. Dieses greift mit Blick auf die erörterten, rechtlichen Bindungen des Auftraggebers zwecks Sicherung der Effektivität des Vergaberechtsschutzes gerade auch dann, wenn der öffentliche Auftrag-

---

<sup>33</sup> Siehe zur Rechtsprechung des EuGH die ErlRV 69 BlgNR 26. GP 52.

<sup>34</sup> ErlRV 69 BlgNR 26. GP 52.

<sup>35</sup> *Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018, § 78 Rz 113.

geber den Ausnahmetatbestand des § 78 Abs 5 BVergG 2018 verneint und stattdessen eine Ausschlussentscheidung ergeht.

#### IV. Ergebnis

Die eingangs gestellten Fragen lassen sich zusammengefasst wie folgt beantworten:

- (1.) Der Tatbestand des **§ 78 Abs 5 BVergG 2018** findet auch auf jene Fälle Anwendung, in denen Unternehmer am Vergabeverfahren teilnehmen, denen ein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018 angelastet wird. Ein Absehen vom Ausschluss kommt dabei gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 sowohl in Betracht, wenn etwa dringend benötigte (und unaufschiebbare) Leistungen benötigt werden, als auch dann, wenn der Nicht-Ausschluss aus Gründen der **Wettbewerbssicherung**, vor allem zur Herstellung eines adäquaten Preiswettbewerbs, erforderlich ist.
- (2.) Die den Auftraggebern gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018 zukommenden **Entscheidungsspielräume** sind nicht unbegrenzt. Der Auftraggeber hat die ihm zukommende Entscheidung diskriminierungsfrei und anhand der Maßgaben von **Objektivität und Verhältnismäßigkeit** zu treffen. Seine Spielräume verengen sich mit steigender Relevanz der maßgeblichen Gründe des Allgemeininteresses, die für eine weitere Teilnahme der Unternehmer am Vergabeverfahren sprechen. Insbesondere ist der Auftraggeber bei Ausübung seines Beurteilungsspielraums dazu verhalten, die dem Vergaberecht zugrunde liegende Zielsetzung der **Herstellung eines echten Wettbe-**

Zur Abstandnahme vom Ausschluss aus dem Vergabeverfahren gemäß § 78 Abs 5 BVergG 2018

**werbs** größtmöglich zu verwirklichen. Der Auftraggeber hat im Fall einer dennoch erfolgten Ausschlussentscheidung zu begründen, warum er die Voraussetzungen des § 78 Abs 5 BVergG 2018 nicht als erfüllt erachtet. Diese Entscheidung wiederum unterliegt der nachprüfenden Kontrolle der Verwaltungsgerichte.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'André' followed by a stylized flourish.A handwritten signature in black ink, appearing to read 'U. L.' followed by a stylized flourish.