

I. Allgemeines

A. Hinführung zum Thema

Bund, Länder, Gemeinden sowie Anstalten und Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts iW (öffentlicher Sektor) benötigen wie jedes Unternehmen unterschiedliche Leistungen, welche sie nicht selbst produzieren, sondern am freien Markt beschaffen müssen. Im Rahmen dieser Beschaffungstätigkeit agieren die öffentlichen Einheiten nicht hoheitlich, sondern mittels privatrechtlicher Instrumente, wie bspw zivilrechtlicher Verträge. Diese nicht-hoheitlichen Tätigkeiten werden unter dem Begriff „*Privatwirtschaftsverwaltung*“¹⁾ zusammengefasst. Dem folgend werden die Regelungen des Vergaberechts, an welches der öffentliche Sektor bei der Beschaffung gebunden ist, auch als „*Sonderzivilrecht*“²⁾ angesehen.

Der Beschaffungsbedarf des öffentlichen Sektors ist ein beachtlicher Wirtschaftsfaktor. In Österreich beträgt das jährliche Beschaffungsvolumen des öffentlichen Sektors je nach Quelle 13,3%³⁾–20%⁴⁾ des BIP, das sind rund

¹⁾ In der Privatwirtschaftsverwaltung gelten die Gesetze nicht als Voraussetzung für das Tätigwerden (Legalitätsprinzip, Art 18 B-VG), sondern vielmehr als Schranke (siehe Punkt III.F.3.b)). Für Bund und Länder als Träger von Privatrechten vgl Art 17 B-VG. Die staatliche Auftragsvergabe zählt zur Privatwirtschaftsverwaltung: „*Die Tatsache, dass ein staatlicher Nachfragewunsch einerseits über den Markt mittels privatrechtlichen Vertrages befriedigt wird, der nachfragende Vertragspartner andererseits jedoch – im Regelfall der Nachfrage durch eine Gebietskörperschaft – ein öffentliche Aufgaben besorgender Verwaltungsträger ist, dessen Willensbildung sich als Akt des Verfassungs- und Verwaltungsrechts darstellt, weist die öffentliche Auftragsvergabe als Teil der Privatwirtschaftsverwaltung aus.*“ Aicher, Schlussbericht des Forschungsprojekts „Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters“ der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, in *Korinek/Rill* (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts, 203f. Vertiefend siehe auch *Burgi*, Funktionen und Ziele des Vergaberechts, ÖZW 2018/4, 165f. BVA 10. 2. 2010, N/0119-BVA/04/2009-31 = RPA 2010/3, 145–149 (*Etlinger*) = ZVB 2010/11, 409–413 (*Rosenkranz*). BVA 26. 1. 2004, 10N-125/03-14 = RPA 2004/2, 110ff (*Etlinger*) = ZVB 2004/5, 153ff (*Gutknecht*). BVA 5. 10. 1998, F-5/98-17. UVS OÖ 19. 2. 2002, VwSen-550049/3/Gf/Km, ua. *Gruber T./Gruber G.*, Drei Jahre Bundesverwaltungsgericht, ZVB 2017/2, 63. *Doralt*, Privatrechtliche Aspekte des Vergabegesetzentwurfes, in *Korinek/Rill* (Hrsg), Zur Reform des Vergaberechts, 90.

²⁾ ErläutRV BVergG 1993, Zur Kompetenzfrage, Punkt 5.2. 972 BlgNR 18. GP. BVA 21. 12. 2003, 17N-129/03-21.

³⁾ „[...] Demnach hat die EU-Kommission für 2015 ein Auftragsvolumen der öffentlichen Haushalte in Österreich für Bau-, Liefer- und Dienstleistungen – ohne Sektorenbeschaffung – von 45,2 Mrd. Euro errechnet. Das entspricht 13,3% des BIP.“ Parlamentskorrespondenz Nr 743 vom 19. 6. 2017, zum Verfassungsausschuss des NR, unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2017/PK0743/ (10. 8. 2019). *Clement/Walter*, im Auftrag des BMWFJ, Innovationsfördernde Öffentliche Beschaffung in

40 Mrd–57 Mrd Euro. Für die gesamte EU bezifferte die EK das Beschaffungsvolumen des öffentlichen Sektors für das Jahr 2017 und 2018 mit 14% des EU-BIP, das sind rund 2,1 Billionen (!) Euro.⁵⁾ Die folgende Übersicht gibt Auskunft über das von der EK geschätzte Auftragsvolumen des öffentlichen Sektors der gesamten EU und der im TED⁶⁾ (OSB) veröffentlichten Aufträge:

| Jahr | Beschaffungsvolumen/Jahr EU-MS in Mrd ⁷⁾ | Beschaffungsvolumen/Jahr von EU-MS in TED veröffentlicht in Mrd ⁸⁾ | Beschaffungsvolumen/Jahr von EU-MS in TED veröffentlicht in % ⁹⁾ | Auftragsbekanntmachungen in TED ¹⁰⁾ |
|------|---|---|---|--|
| 2017 | 2.049,80 Euro | 545,40 Euro | 26,61 % | 199.728 |
| 2016 | 2.008,40 Euro | 521,76 Euro | 25,98% | 168.331 |

Österreich, 2 (30. 3. 2018). EK, Public Procurement Indicators 2015, unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/20679> (30. 3. 2018), 1, 8. 14%: EK, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentlichen Auftragsvergabe in und für Europa. Com (2017) 572 final, unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-572-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (23. 9. 2019), 2.

⁴⁾ 20%: *Gast/Wachter/Kahl/Autengruber*, CHG Justizstudie 2015 zum Vergaberecht in Österreich und im Speziellen in Tirol, 1. 19,4%: EK, Höherer Gegenwert für Steuerzahler, unter: http://ec.europa.eu/internal_market/publications/docs/public-procurement_de.pdf (14. 7. 2015), 1.

⁵⁾ EK, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa. Com (2017) 572 final, unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-572-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (23. 9. 2019), 2. EK, Single Market Scoreboard, Reporting Period 2018, unter: https://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/_docs/2019/performance_per_policy_area/public_procurement_en.pdf (1. 12. 2019). 1,9 Billionen Euro ohne SektorenAG: EK, Themenblatt zum Europäischen Semester, Öffentliches Auftragswesen, 1. Siehe auch FN 3.

⁶⁾ Zur Erläuterung siehe FN 16.

⁷⁾ Exklusive Volumen aus Aufträgen von SektorenAG aus den Bereichen der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und einige Konzessionen („*excluding utilities and some concessions, depending on the type of the concession awarded*“). Statistikwerte soweit nicht anders vermerkt: EK, Public Procurement Indicators 2017, unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003/attachments/1/translations/en/renditions/native>. Table 1, 2, S 8 f (7. 12. 2019).

⁸⁾ Inklusive Volumen aller RL. Statistikwerte soweit nicht anders vermerkt: EK, Public Procurement Indicators 2017, unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003/attachments/1/translations/en/renditions/native>. Table 3, S 10 (7. 12. 2019).

⁹⁾ Diese Werte wurden erzielt indem Spalte 2 und Spalte 3 in ein Verhältnis gesetzt wurden. Da sich die in Spalte 2 und Spalte 3 berücksichtigten Beschaffungsbereiche nicht decken, stellt der errechnete Wert nur einen Anhaltspunkt zur Veranschaulichung und kein exaktes Ergebnis dar.

¹⁰⁾ Inklusive Volumen aller RL. Statistikwerte soweit nicht anders vermerkt: EK, Public Procurement Indicators 2017, unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/38003/attachments/1/translations/en/renditions/native>. Table 3, S 10 (7. 12. 2019). Näheres zu TED siehe FN 16.

A. Hinführung zum Thema

| Jahr | Beschaffungsvolumen/Jahr EU-MS in Mrd | Beschaffungsvolumen/Jahr von EU-MS in TED veröffentlicht in Mrd | Beschaffungsvolumen/Jahr von EU-MS in TED veröffentlicht in % | Auftragsbekanntmachungen in TED |
|------|---------------------------------------|---|---|---------------------------------|
| 2015 | 2.026,50 Euro ¹¹⁾ | 452,31 Euro ¹²⁾ | 22,32% | 162.384 |
| 2014 | 1.941,20 Euro ¹³⁾ | 412,97 Euro ¹⁴⁾ | 21,27% | 158.152 |

Tabelle 1: Übersicht über veröffentlichte Vergabeverfahren im TED

Es ist auffallend, dass im Betrachtungszeitraum 2014–2017 als Annäherungswert¹⁵⁾ durchschnittlich rund 76% des Beschaffungsvolumens nicht im TED¹⁶⁾ veröffentlicht wurden. Damit wurde dieses Volumen entweder im nationalen Veröffentlichungsmedium für den USB¹⁷⁾ oder als Direktvergabe gar

¹¹⁾ Alternativer Wert: 2.015,30 Mrd Euro. *EK*, Public Procurement Indicators 2015, unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/20679>, 10f (30. 3. 2018). *EK*, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa. Com (2017) 572 final, unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-572-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (23. 9. 2019), 3.

¹²⁾ Alternativer Wert: 450,21 Mrd Euro. *EK*, Public Procurement Indicators 2015, unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/20679>, 10 (30. 3. 2018).

¹³⁾ Alternativer Wert: 1.931,50 Mrd Euro. *EK*, Public Procurement Indicators 2014, unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15421/attachments/1/translations/en/renditions/native> (13. 10. 2018), 7f.

¹⁴⁾ Alternativer Wert: 421,33 Mrd Euro. *EK*, Public Procurement Indicators 2015, unter: <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/20679> (30. 3. 2018), 10.

¹⁵⁾ Die Daten der obigen Tabelle wurden den jährlichen Berichten der *EK* zum Monitoring der öffentlichen Beschaffung entnommen. Leider bestehen dort Unschärfen, da in den geschätzten Beschaffungsvolumina (Spalte 2) jene von SektorenAG nicht berücksichtigt sind, bei den Veröffentlichungsvolumina (Spalte 3) allerdings schon. Dies bedeutet, dass das Beschaffungsvolumen der EU-MS tatsächlich höher ist, womit noch weniger an Beschaffungsvolumen über TED bekanntgemacht worden ist, als die Statistik ausweist. Für eine Orientierung sind die Zahlen jedenfalls ausreichend.

¹⁶⁾ TED ist die Online-Version des „Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union“ (Reihe S) für das europäische öffentliche Auftragswesen. TED ist also eine Datenbank, in der alle im ABl EU, Reihe S veröffentlichten Aufträge einsehbar sind. Das TED und die dazugehörigen Standardformulare dienen insb der *EK* als Instrument für statistische Auswertungen über die öffentliche Auftragsvergabe. *EK*, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa. Com (2017) 572 final, unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-572-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (23. 9. 2019), 13.

¹⁷⁾ Im regionalen Bereich (Tirol) konnte die hohe Dichte an Vergabeverfahren im USB durch eine 2015 unter 38 AG durchgeführte Studie bestätigt werden: Aufträge werden von Gemeinden zu 67%, von SektorenAG zu 80% und Einrichtungen des öffentlichen Rechts zu 60% im USB vergeben. Dabei haben die teilnehmenden AG zu 81% Bauaufträge, 73% Lieferaufträge und zu 78% Dienstleistungsaufträge vergeben. *Gast/Autengruber*, Wie probat ist das Vergaberecht?, RPA 2016/1, 7.

nicht veröffentlicht. Dahingehend ortete die EK im Jahr 2017 bei grenzüberschreitenden Auftragsvergaben von rund 23% noch Verbesserungspotential.¹⁸⁾

Als Bedarfsträger verfügt der öffentliche Sektor in speziellen Bereichen (Kranken- & Pflegebereich, Infrastruktur, ...) nahezu über ein Nachfragemonopol. Um angesichts des beachtlichen Beschaffungsbedarfs einen fairen und lautereren Wettbewerb, aber auch eine effiziente Beschaffung sicherzustellen, regelt das Vergaberecht die Beschaffungsvorgänge des öffentlichen Sektors (siehe Punkt II.B). Gleichzeitig beschränkt das Vergaberecht aber die Privatautonomie der öffentlichen Hand, da es ihr vorgibt, wie sie zu handeln hat (siehe Punkt III.F.3.b)).¹⁹⁾

Konkret bedeutet dies, dass das Vergaberecht Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände²⁰⁾, sowie unter bestimmten Umständen Einrichtungen²¹⁾ mit öffentlicher Beteiligung und Verbände aus den eben genannten Gebietskörperschaften,²²⁾ bei der Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen²³⁾ oder Wettbewerben an strenge Regeln bindet. Ähnliche Regeln gelten für SektorenAG²⁴⁾ und den Verteidigungs- und Sicherheitsbereich²⁵⁾. Dem Vergaberecht unterworfenen Rechtssubjekte werden öffentliche Auftraggeber²⁶⁾ genannt.²⁷⁾ Gem

¹⁸⁾ EK, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa. Com (2017) 572 final, unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-572-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (23. 9. 2019), 3. *Fruhmann*, Das Vergaberegime des EG-Vertrags in ZVB 2006/10, 261. FN 8.

¹⁹⁾ Siehe auch FN 1.

²⁰⁾ § 4 Abs 2 Z 1 BVergG.

²¹⁾ Kammern, Sozialversicherungen, ASFINAG, etc. Diese Gebilde werden als Einrichtungen des öffentlichen Rechts bezeichnet. Siehe auch FN 26. § 4 Abs 1 Z 2 BVergG. BVA 17. 2. 2004, 08N-10/04-27. BVA 2. 5. 2013, N/0025-BVA/12/2013-14 = ZVB 2013/6, 227–230 (*Prünster*).

²²⁾ § 4 Abs 2 Z 3 BVergG.

²³⁾ Seit der europäischen Novellierung des Vergaberechts im Jahr 2014 besteht eine eigene RL über die Konzessionsvergabe (RL 2014/23/EU).

²⁴⁾ §§ 166ff BVergG.

²⁵⁾ BVergG über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich (BVergGVS 2012), BGBl I 2012/10.

²⁶⁾ § 4 Abs 1 BVergG. Bei den öffentlichen AG wird zwischen institutionellen und funktionellen unterschieden. Zu den institutionellen AG zählen der Staat und seine nachgeordneten Gebietskörperschaften. Die funktionellen AG bezeichnen alle Einrichtungen des öffentlichen Rechts. *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, Europarecht, Rz 1890ff. EuGH 10. 9. 2013, C-526/11, *Ärzttekammer Westfalen-Lippe* = RPA 2013/6, 325–329 (*Helmreich*) = RPA 2013/6, 368–369 (*Reisner*).

Die vorliegende Arbeit unterscheidet nicht speziell zwischen öffentlichem Auftraggeber (§ 2 Z 5 BVergG) und vergebender Stelle (§ 2 Z 42 BVergG), sondern verwendet generell den Begriff „öffentlicher Auftraggeber“.

²⁷⁾ Im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich werden sie (noch) als „Auftraggeber“ bezeichnet. § 4 BVergGVS.

Anhang III der vorhergehenden VergabeRL 2004/18/EG galten in Österreich als Einrichtungen des öffentlichen Rechts „[a]lle Einrichtungen ohne industriellen oder kommerziellen Charakter, die der Finanzkontrolle des Rechnungshofes unterliegen.“²⁸⁾ Österreich besaß 2010 nach eigenen Angaben 5.000 Einrichtungen, welche als öffentliche Auftraggeber in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fielen.²⁹⁾ Zum Vergleich gab es 2012 bspw in der Bundesrepublik Deutschland bis zu 20.000 Einrichtungen³⁰⁾, die dem Vergaberecht unterworfen waren.

Die allgemeine VergabeRL 2014/24/EU, die VergabeRL für SektorenAG 2014/25/EU sowie die RMRL 89/665/EWG sind in Österreich mit dem BVergG 2018 in 382 Paragraphen und 21 Anhänge umgesetzt worden. Die EK empfiehlt den MS Umsetzungsmaßnahmen von europäischen Rechtsakten in nationales Recht einfach, klar und unaufwendig zu gestalten und eine überschießende Regulierung „Gold-Plating“ zu vermeiden.³¹⁾ RL-Umsetzungsvorschriften sollen die beabsichtigte Wirkung erzielen ohne dabei Unternehmern, Bürgern oder der Verwaltung unnötige Lasten aufzubürden.³²⁾ Darüber hinaus ermutigt die EK die MS dazu, das öffentliche Beschaffungswesen nicht als administrative Pflicht zu betrachten, sondern als strategisches Instrument, mit dessen Hilfe öffentliche Gelder effizienter eingesetzt werden können.³³⁾

²⁸⁾ Bereits in Anhang XVI des EWR-Abkommens aus dem Jahr 1994 ist in dessen Anlage 1 und 3 bzgl der Körperschaften des öffentlichen Rechts der inhaltsgleiche Satz niedergeschrieben: „Alle Körperschaften ohne industriellen oder kommerziellen Charakter, die der Finanzkontrolle des Rechnungshofs unterstehen.“

²⁹⁾ EK, Annual Public Procurement Implementation Review 2012, unter: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document_en.pdf (15. 7. 2015), 19.

³⁰⁾ 15.000–20.000 nach eigenen Angaben der Bundesrepublik Deutschland, in EK, Annual Public Procurement Implementation Review 2012, unter http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/implementation/20121011-staff-working-document_en.pdf (15. 7. 2015), 19.

³¹⁾ EK, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, die Europäische Zentralbank, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss den Ausschuss der Regionen und die Europäische Investitionsbank. Eine Investitionsoffensive für Europa. Com (2014) 903 final/2, unter: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2014/DE/1-2014-903-DE-F2-1.PDF> (1. 3. 2019), 15.

³²⁾ EK, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Bessere Governance für den Binnenmarkt. Com(2012) 259 final, unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52012DC0259&from=DE> (1. 3. 2019), 7.

³³⁾ EK, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa. Com (2017) 572 final, unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-572-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (23. 9. 2019), 6f.

Dennoch gilt das öffentliche Auftragswesen nach Meinung der MS als komplex und administrativ aufwendig.³⁴⁾ Dies attestierte auch *Sachs*, zu diesem Zeitpunkt Vorsitzender des BVA, bereits dem BVergG 2002 und nahm dabei auf „*gewiefte Vergabejuristen*“ Bezug, die auch ihre Probleme mit dem Gesetz hätten.³⁵⁾ Demgegenüber gibt die *EK* zu bedenken, dass ein großer Teil der öffentlichen Einkäufer einen geringen Grad an Professionalisierung³⁶⁾ aufweise: „83% der in der öffentlichen Auftragsvergabe verschwendeten Ressourcen gehen auf eine mangelnde Professionalisierung und fehlende Anreize [...] zurück“³⁷⁾.

Liegt der Wert der zu beschaffenden Leistung über (derzeit)³⁸⁾ 100.000,00 Euro, ist regelmäßig ein formelles Vergabeverfahren durchzuführen. Dabei sind die einlangenden Angebote mittels Zuschlagskriterien zu bewerten, um das geeignetste Angebot zu ermitteln. Zuschlagskriterien bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots (Bestangebotsprinzip) sind nicht diskriminierende und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehende Kriterien, nach denen das geeignetste Angebot ausgewählt wird (§ 2 Z 22 lit d sublit aa BVergG). Die Angebotsbewertung darf nur aus-

³⁴⁾ Studie, *Bandiera/Prat/Valetti*, 2008, in *EK*, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa. Com (2017) 572 final, unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-572-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (23. 9. 2019), 7, 11.

Auf Bundeslandebene empfanden 46% der befragten Tiroler AG das Vergaberecht als „zu komplex“ und 38% als „komplex“; *Gast/Wachter/Kahl/Autengruber*, CHG Justizstudie 2015 zum Vergaberecht in Österreich und im Speziellen in Tirol, 8f.

³⁵⁾ *Sachs*, Das neue Bundesvergabeamt, in *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002, 329.

³⁶⁾ Diesbzgl hat die *EK* Maßnahmen zur Steigerung der Professionalität vorgeschlagen. Von der *EK* wird ua eine allgemeine Verbesserung des gesamten Spektrums der beruflichen Fähigkeiten und Kompetenzen, der Kenntnisse und Erfahrungen der Personen, die Aufgaben im Zusammenhang mit der öffentlichen Auftragsvergabe durchführen oder daran beteiligt sind, angestrebt. Durch mehr Professionalisierung der öffentlichen Beschaffung können wirtschaftliche Vorteile von über 80 Mrd Euro erzielt werden. *EK*, Empfehlung zur Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe. Errichtung einer Architektur für die Professionalisierung der öffentlichen Auftragsvergabe. C(2017) 6654 final, unter: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/3/2017/DE/C-2017-6654-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (1. 3. 2019). Insb 3.

³⁷⁾ Die übrigen 17% sind auf Korruption zurückzuführen. Studie, *Bandiera/Prat/Valetti*, 2008, in *EK*, Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen. Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa. Com (2017) 572 final, unter: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/DE/COM-2017-572-F1-DE-MAIN-PART-1.PDF> (23. 9. 2019), 7, 11.

³⁸⁾ Der gesetzlich vorgesehene Schwellenwert beträgt 50.000,00 Euro (§ 46 Abs 2 BVergG), welcher seit 2009 aufgrund der Finanz- und Wirtschaftskrise durch jeweils ein- oder zweijährig geltende „Schwellenwertverordnungen“ auf 100.000,00 Euro angehoben wird.

nahmsweise ausschließlich anhand des Preises als einziges Zuschlagskriterium erfolgen.³⁹⁾

Bei der Bestbieterermittlung wird teilweise eine Bewertungskommission eingesetzt, die durch ihre Bewertungstätigkeit großen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens hat. Obwohl das BVergG 2018 viele Bereiche sehr genau regelt und die Bewertungskommission in der Vergabepaxis gerne eingesetzt wird, ist das Vergaberecht dahingehend äußerst unbestimmt.

B. Kernthema der Untersuchungen

Die vorliegende Untersuchung geht einem vergaberechtlichen Instrument des AG zur Bewertung von Angeboten nach. Dieses Instrument scheint immer wieder unter dem Schlagwort „*Bewertungskommission*“ auf (siehe auch Punkt I.E.1).

Vor Veröffentlichung eines Vergabeverfahrens muss der AG Überlegungen treffen, wie er die einlangenden Angebote mittels relativ frei wählbaren Zuschlagskriterien bewerten möchte. Die Zuschlagskriterien können dabei entweder von objektiver (zB Länge, Gewicht, Farbe, Preis, ...) oder subjektiver (zB Ästhetik, ergonomischer Eindruck, persönliches Auftreten, ...) Natur sein.

Objektive Zuschlagskriterien, welche Angebote mittels objektiver Messgrößen bewerten, sind allerdings nicht immer ausreichend, um den Bedürfnissen des AG gerecht zu werden. Bspw sind objektive Messgrößen für die Bewertung einer Werbekampagne überwiegend ungeeignet: Aufgrund der Angebotsunterlagen ist es mathematisch wohl kaum messbar, ob das gewünschte Zielpublikum mit der angebotenen Werbekampagne angesprochen wird, die Kampagne jung und dynamisch wirkt oder sich in die bisherige Kampagnenlandschaft des AG nahtlos einfügt. Genau dort, wo objektive Bewertungskriterien den Bedürfnissen des AG nicht oder nur schwer gerecht werden, benötigt es Zuschlagskriterien, die einem subjektiven Eindruck zugänglich sind.

Der Erfüllungsgrad von subjektiven Zuschlagskriterien wird durch subjektive Eindrücke von natürlichen Personen fachkundig festgestellt. Sind mehrere Personen zur subjektiven Bewertung eines Angebots berufen, werden diese oftmals in einer Bewertungskommission zusammengefasst. Die Bewertungskommission im vergaberechtlichen Sinne ist also auf den ersten Blick eine Gruppe von fachkundigen Personen, welche die eingelangten Angebote mittels subjektiver Zuschlagskriterien anhand ihrer subjektiven Eindrücke qualitativ bewertet. Damit nimmt die Bewertungskommission bei der Auswahl des Zuschlagsempfängers zweifellos eine maßgebliche Rolle ein.

Obwohl die Regelungen des BVergG 2018 über weite Strecken sehr engmaschig sind, hat der Gesetzgeber bei den Regelungen zur Angebotsbewertung

³⁹⁾ Der Preis kann nur dann das einzige Zuschlagskriterium sein, wenn der Auftragsgegenstand hinreichend genau bestimmt ist, womit die Qualität kein maßgeblicher Bewertungsgegenstand sein kann. ErläutRV BVergG 2018 zu § 91 Abs 4. 69 BlgNR 26. GP.

(und damit auch der Bewertungskommission) dem AG durch Nicht-Regelung einen großzügigen Freiraum belassen. Dieser Freiraum ist auf die Nicht-Regelung des Bewertungsvorgangs in den VergabeRL auf europäischer Ebene zurückzuführen. Die maßgebliche Regelung zum Bewertungsvorgang (und damit auch zur Bewertungskommission) findet sich in § 142 Abs 1 BVergG. Diese ist allerdings eine generelle Anweisung, dass Angebote anhand der Festlegungen in Ausschreibungsunterlagen zu bewerten sind, aber keine konkrete Festlegung, wie eine Angebotsbewertung im Allgemeinen oder durch eine Bewertungskommission (siehe Punkt III.C.1) im Besonderen durchzuführen ist:

„Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben, ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.“⁴⁰⁾

Aufgrund der gesetzlichen Nicht-Regelung, aber der großen praktischen Relevanz der Bewertungskommission, haben sich Rsp und Lehre damit beholfen § 134 BVergG, welcher die Anforderungen an die mit der Prüfung der Angebote betrauten Personen regelt, für die Bewertungskommission zu beleihen und fruchtbar zu machen (siehe Punkt III.C.2). § 134 BVergG lautet:

„Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.“⁴¹⁾

Dabei ist bemerkenswert, dass der im Rahmen der Angebotsprüfung verwendete Begriff „Beurteilen“ im Zusammenhang des BVergG nicht mit dem Begriff „Bewerten“ (im Rahmen der Bewertung von Angeboten anhand der Zuschlagskriterien) vermischt werden sollte, da sich „Beurteilen“ auf die Angebotsprüfung und nicht auf die Angebotsbewertung bezieht (siehe Punkt III.C.2.c)).

Aufgrund dieses Freiraums bei der Angebotsbewertung bzw gegebener Nicht-Regelung sehen sich AG regelmäßig mit der gerichtlichen Bekämpfung von Ausschreibungsunterlagen oder Zuschlagsentscheidungen konfrontiert, da Bieter der Meinung sind, dass der AG bzw die Bewertungskommission vergaberechtswidrig gehandelt hat oder Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen zur Angebotsbewertung nicht so sind, wie sie sein sollten oder aber gänzlich fehlen.

Die berufenen Vergabekontrolleinrichtungen stellten daher in hunderten Einzelfallentscheidungen anhand unterschiedlichster Anlassfallkonstellationen und unterschiedlichster Beschwerdepunkte Stück für Stück fest, welches Vorgehen bei der Angebotsbewertung, insb die Bewertungskommission betreffend, rechtskonform oder aber rechtswidrig ist. Diese, für den AG an eine „trail and error“ erinnernde Situation wird zudem verschärft, da sich ergangene Ent-

⁴⁰⁾ § 142 Abs 1 BVergG, „Wahl des Angebots für den Zuschlag“.

⁴¹⁾ § 134 BVergG.

scheidungen bei ähnlicher Fallkonstellation auf gleicher Ebene teilweise widersprechen.⁴²⁾ Sich widersprechende Entscheidungen sind ua auf die zersplitterte Rechtsprechungskompetenz von 10 Nachprüfungseinrichtungen in erster Instanz zurückzuführen (siehe Punkt I.E.4).

Die Entscheidungen zum Vergaberecht sind auf unterschiedlichen Ebenen (Bundes-, Bundesländer- sowie europäische Ebene) verstreut und durch unterschiedliche Rsp-Organe (VKS, UVS, LVwG, BVA, B-VKK, BVwG, VwGH, OGH, VfGH, EuG, EuGH, ...) ergangen. Jede der ergangenen Entscheidungen trägt im konkreten Entscheidungskontext und jeweils punktuell zur Erhellung der Thematik „*Bewertungskommission*“ bei.

Der vom Gesetzgeber großzügig belassene Freiraum zur Bewertungskommission hat durch die große Anzahl an Einzelfallentscheidungen auf unterschiedlichen Ebenen zu einer, für alle Beteiligten, nahezu unüberschaubaren Rechtssituation an „*Case Law*“ bzw Richterrecht⁴³⁾ und wohl zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit in der Vergabepaxis geführt.

C. Ziel der Untersuchungen

Der Autor würde die österreichische Forschung auf dem Gebiet des Vergaberechts als sehr aktiv einschätzen, da Handbücher, Kommentare und regelmäßig erscheinende Fachzeitschriften samt Urteilsbesprechungen vorhanden sind. Umso verwunderlicher ist es, dass bislang kein Werk vorliegt, das sich mit der vergaberechtlichen Bewertungskommission in einem umfassenderen Rahmen beschäftigt.

Die vorliegende Untersuchung greift die geschilderte Problematik zur Bewertungskommission auf und versucht der vorhandenen Rechtsunsicherheit mit der Zeichnung eines möglichst umfassenden Bildes der vergaberechtlichen Bewertungskommission zu begegnen.

⁴²⁾ Siehe auch *Grygiel*, Ausscheiden von Angeboten wegen angebotsbezogener Mängel – eine Judikaturanalyse, 206.

⁴³⁾ Richterrecht ist immer einzelfallbezogen und genießt keinen Vertrauensschutz, auch wenn das Richterrecht stRsp ist, da ihm jegliche Gesetzeskraft fehlt. *Kerschner*, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen, 42.

Der Gesetzgeber hat durch unpräzise, von politischen Kompromissen gezeichnete unbestimmte/offene oder generalklauselhafte Gesetzesbegriffe sowie Gesetzesbestimmungen zur Erstarkeung des Richterrechts beigetragen. Diese Tendenz ist kritisch zu betrachten und rückt die Frage nach der demokratischen Legitimationsgrundlage des Richterrechts ins Blickfeld, denn das Spannungsfeld im Bereich der verfassungsrechtlichen Prinzipien Gewaltenteilung ist offensichtlich. Die Entscheidungsträger im Gesetzesentstehungsprozess sind in einer Demokratie demokratisch legitimiert. Durch unzureichend bestimmte Gesetze kommen die demokratisch legitimierten Organe ihrer Verantwortung nur unzureichend nach, womit richterlicher Auslegungs- und „Sanierungsbedarf“ der Gesetze entsteht. Richter sind zwar unabhängig (weisungsfrei), aber demokratisch nicht legitimiert. *Kerschner*, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen, 32, 42, 44. *Oppel*, Einzelfragen und BVergG-Novelle 2015, ZVB 2016/6, 263.

Die Untersuchung will die Vergaberechtsforschung zur Bewertungskommission festigen, erweitern und gesichertes Wissen kompilatorisch darstellen, aber auch kritisch hinterfragen sowie weiterentwickeln. Für bestehende Fragen will die Untersuchung Lösungen anbieten und zugleich Ausgangspunkt oder Stütze für weitere Forschungsarbeiten sein.

Die Untersuchung will va AG und Bieter ein Leitfaden für die Vergabepraxis sein, um Fehler zu vermeiden, aber auch um ihre vergaberechtlich gewährleisteten Rechte schützen zu können. Dadurch soll die praktische Abwicklung für alle Beteiligten einfacher und kostengünstiger werden und die Untersuchung einen Beitrag zur Rechtssicherheit im Vergaberecht leisten.

D. Vorgehensweise und Methode

Die Untersuchung bemüht sich möglichst viele Aspekte der Bewertungskommission zu behandeln. Dazu wird va die zur Bewertungskommission bescheiden vorhandene österreichische Lit aufgearbeitet. Die ergangene Rsp auf österreichischer und europäischer Ebene zur Bewertungskommission bildet eine zentrale Stütze der Untersuchung. In der vorliegenden Untersuchung sind einschlägige Entscheidungen weitestgehend bis Sommer 2019 berücksichtigt. Für Untersuchungsbereiche, zu denen bislang weder Lit noch Rsp vorliegt, werden die Grundsätze des europarechtlichen Primärrechts (AEUV) als fundamentale Grundsätze des Vergaberechts herangezogen, um daraus Leitlinien für die Bewertungskommission abzuleiten.

Die Untersuchung ist nicht nur für eine vergaberechtlich fortgeschrittene Leserschaft konzipiert. Obwohl sie ein vergaberechtliches Detailthema behandelt, setzt sie kein fortgeschrittenes Vergaberechtswissen voraus, sondern liefert dieses (regelmäßig in Fußnoten) mit. Die Untersuchung hat Auftragsvergaben iSd allgemeinen VergabeRL (2014/24/EU), also im klassischen Bereich,⁴⁴ vor Augen. Die dargelegten Lösungsansätze werden allerdings regelmäßig auch für AG anderer Bereiche (Sektoren, Konzessionen, Verteidigung und Sicherheit;) zutreffend sein. Der Autor bearbeitet die Thematik va aus Sicht eines AG, wobei auch die Sicht der Bieter, va bei der Bekämpfung von Mängeln eines Vergabeverfahrens, berücksichtigt wird.

Die problemfeldübergreifende Lesbarkeit der Untersuchung soll durch eine Vielzahl von Querverweisen ermöglicht werden. Für eine allenfalls tiefergehende Recherche hat der Autor die Fußnote regelmäßig unmittelbar mit dem betroffenen Schlagwort im Fließtext verknüpft, anstatt diese gesammelt am Satz- oder Absatzende zu bündeln. So soll der Leserschaft eine punktgenaue Recherche ermöglicht werden.

Die Untersuchung ist folgendermaßen strukturiert:

⁴⁴) Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge von AG, für die keine Spezialgesetze (Sektorenbereich, Verteidigungs- und Sicherheitsbereich) bestehen.