

Kammel | Koloseus (Hrsg)

Vertragsrecht | Vertragsgestaltung

BREITENFELD

Verträge des Vergaberechts

+ mybooklink

Breitenfeld
Verträge des Vergaberechts

Herzlichen Glückwunsch

zu Ihrem E-Book

mit mybooklink-Funktion!

Ihr Vorteil: Gesetze und Judikatur sind mit den Ihnen vertrauten Rechtsdatenbanken direkt verknüpft. Darunter etwa RIS, EUR-Lex, Lexis360 und viele mehr.

Wie funktioniert's?

- E-Book (mit mybooklink-Icon) kaufen
- Rechnung per E-Mail senden an mybooklink@facultas.at und Freischaltcode per E-Mail erhalten
- Auf [mybooklink](#) registrieren, Freischaltcode eingeben und los geht's!

Für Rückfragen wenden Sie sich bitte an mybooklink@facultas.at.

Reihe Vertragsrecht | Vertragsgestaltung

Armin J. Kammel/Konrad Koloseus

Verträge des Vergaberechts

Prof. Dr. Michael Breitenfeld

Rechtsanwalt in Wien

Zitervorschlag: *Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts

Bibliografische Information Der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation
in der Deutschen Nationalbibliografie;
detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über
<http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Copyright © 2021 Facultas Verlags- und Buchhandels AG
facultas, 1050 Wien, Österreich
Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und der
Verbreitung sowie der Übersetzung, sind vorbehalten.

Satz: Hannes Strobl, Satz·Grafik·Design, Neunkirchen
Druck: Facultas Verlags- und Buchhandels AG

ISBN 978-3-7089-2203-4
eISBN 978-3-99111-460-4

Vorwort

Das Vergaberecht regelt das Beschaffungswesen der öffentlichen Hand im gesamten Bereich der Europäischen Union und ist damit in den Mitgliedstaaten von enormer ökonomischer Bedeutung, weshalb es auch als relativ junges Rechtsgebiet einen wichtigen Stellenwert im öffentlichen Wirtschaftsrecht erlangt hat.

Charakteristisch für diese Rechtsmaterie ist, dass am Ende eines (erfolgreichen) vergaberechtlichen Beschaffungsvorganges der Abschluss eines Vertrages zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Auftragnehmer steht, wodurch die vertragsrechtliche Bedeutung des Vergaberechts untermauert wird.

Zur Frage, wie die ausgeschriebenen Verträge auszugestalten sind, geben die einschlägigen Normen ein enges Korsett vor. Aber auch die verwendeten Ausschreibungsunterlagen wirken in weiterer Folge auf den abzuschließenden Vertrag ein und sind daher von vertragsrechtlicher Bedeutung.

Aufgrund der Vielfalt der vergaberechtlich zu beschaffenden Leistungen und damit auch der erforderlichen Verträge ist eine abschließende Darstellung der maßgeblichen Vertragstypen im Rahmen dieses Praxisleitfadens nicht möglich. Ziel der folgenden Darstellungen ist es aber, die vergaberechtlichen Fragestellungen herauszuarbeiten, die auf die Vertragsgestaltung besonders stark einwirken.

Das Hauptaugenmerk wurde bei der Erarbeitung der gegenständlichen Abhandlung auf die Praxisrelevanz ihres Inhalts gelegt.

Wien, im Oktober 2021

Michael Breitenfeld

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Vorwort | 5 |
| Abkürzungsverzeichnis | 11 |
| I. Grundlagen des Vergaberechts..... | 13 |
| A. Europarechtliche Grundlagen..... | 13 |
| B. Ziel und Zweck des Vergaberechts..... | 15 |
| C. Historische Entwicklung | 16 |
| D. Grundsätze von Vergabeverfahren | 18 |
| 1. Wettbewerbsgrundsatz..... | 19 |
| 2. Gleichbehandlung | 20 |
| 3. Transparenzgebot..... | 22 |
| 4. Eignung | 23 |
| 5. Angemessene Preise | 23 |
| 6. Verhältnismäßigkeit..... | 23 |
| 7. Wirtschaftlichkeit..... | 24 |
| 8. Nachhaltigkeit | 24 |
| II. Anwendungsbereich | 25 |
| A. Örtlicher Geltungsbereich | 25 |
| B. Persönlicher Geltungsbereich | 25 |
| 1. Öffentliche Auftraggeber..... | 25 |
| a) Gebietskörperschaften | 26 |
| b) Einrichtungen des öffentlichen Rechts..... | 27 |
| aa) Allgemeininteresse..... | 28 |
| bb) Nichtgewerblichkeit..... | 30 |
| cc) Gründungszweck | 32 |
| dd) Rechtsfähigkeit..... | 34 |
| ee) Beherrschung durch den Staat | 36 |
| 2. Sektorenauftraggeber | 39 |
| a) Öffentliche Unternehmen | 40 |
| b) Private Unternehmen | 42 |
| c) Sektorentätigkeiten | 43 |
| aa) Gas, Wärme und Elektrizität | 43 |
| bb) Wasser | 44 |
| cc) Verkehrsleistungen..... | 45 |
| dd) Postdienste | 46 |
| ee) Förderung von Erdöl und Gas und Exploration oder Förderung vonKohle oder anderen festen Brennstoffen | 46 |
| ff) Häfen und Flughäfen | 46 |
| C. Sachlicher Geltungsbereich | 47 |
| 1. Vergaberechtlicher Entgeltbegriff..... | 48 |
| 2. Exkurs: Interkommunale Zusammenarbeit | 48 |

| | | |
|-------------|--|-----------|
| D. | Auftragsarten | 49 |
| 1. | Baufträge | 50 |
| 2. | Lieferaufträge | 51 |
| 3. | Dienstleistungsaufträge | 52 |
| 4. | Abgrenzungsregelungen | 54 |
| a) | Abgrenzung von Lieferaufträgen und Dienstleistungs- aufträgen | 54 |
| b) | Abgrenzung von Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI und anderen Dienstleistungsaufträgen | 54 |
| c) | Abgrenzung von Lieferaufträgen und Bauaufträgen | 55 |
| 5. | E-Vergabe | 55 |
| 6. | Öffentlich-öffentliche Verhältnisse | 56 |
| a) | In-house-Vergabe | 56 |
| b) | Öffentliche-Kooperation | 57 |
| c) | Aufträge an verbundene Unternehmen | 58 |
| 7. | Ausnahmen vom Anwendungsbereich | 58 |
| E. | Kriterien | 64 |
| 1. | Allgemeines | 64 |
| 2. | Eignungskriterien | 65 |
| a) | Ausschlusskriterien | 66 |
| aa) | Absehen vom Ausschluss | 71 |
| bb) | Nachweis des Nicht-Vorliegens von Ausschlussgründen | 72 |
| cc) | Vorarbeitenproblematik | 72 |
| dd) | Interessenskonflikte | 73 |
| ee) | Vertragswidrigkeiten | 73 |
| b) | Die berufliche Befugnis | 74 |
| c) | Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit | 75 |
| d) | Technische Leistungsfähigkeit | 75 |
| e) | Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung | 78 |
| 3. | Auswahlkriterien | 79 |
| 4. | Zuschlagskriterien | 80 |
| a) | Das Billigstbieter- und Bestbieterprinzip | 80 |
| aa) | Billigstbieterprinzip | 80 |
| bb) | Bestbieterprinzip | 81 |
| b) | Die zulässigen Zuschlagskriterien | 82 |
| c) | Die monetären und nicht monetären Zuschlagskriterien | 83 |
| III. | Planung und Ablauf von Vergabeverfahren | 84 |
| A. | Schwellenwerte | 84 |
| B. | Berechnung des geschätzten Auftragswertes | 85 |
| C. | Ausschreibungsunterlagen | 85 |
| 1. | Leistungsbeschreibung | 87 |
| a) | Konstruktive Leistungsbeschreibung | 87 |
| b) | Funktionale Leistungsbeschreibung | 88 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 2. | Leistungsvertrag | 89 |
| 3. | Haupt-, Varianten-, Alternativ- und Abänderungsangebote | 90 |
| a) | Hauptangebote | 90 |
| b) | Variantenangebote | 90 |
| c) | Alternativangebote | 91 |
| d) | Abänderungsangebote | 93 |
| 4. | Subunternehmer | 94 |
| D. | Vergabeverfahren | 95 |
| 1. | Einstufiges Vergabeverfahren | 97 |
| 2. | Zweistufiges Vergabeverfahren | 97 |
| 3. | Arten der Vergabeverfahren | 98 |
| a) | Offenes Verfahren | 98 |
| b) | Nicht offenes Verfahren | 100 |
| aa) | Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung | 101 |
| bb) | Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung | 102 |
| c) | Verhandlungsverfahren | 103 |
| aa) | Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung | 105 |
| bb) | Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung | 106 |
| d) | Rahmenvereinbarung | 107 |
| e) | Dynamisches Beschaffungssystem | 108 |
| f) | Wettbewerblicher Dialog | 109 |
| g) | Direktvergabe | 110 |
| h) | Elektronische Auktion | 110 |
| 4. | Zuschlagsverfahren | 111 |
| a) | Zuschlagsentscheidung | 111 |
| b) | Zuschlagserteilung | 113 |
| 5. | Widerruf des Vergabeverfahrens | 114 |
| IV. | Beschaffung von Straßenfahrzeugen | 117 |
| A. | Einführung | 117 |
| B. | Geltungsbereich | 117 |
| C. | Quoten | 118 |
| V. | Standardisierte Vertragsbestimmungen | 120 |
| A. | Allgemeines | 120 |
| B. | Die Bedeutung der ÖNORMEN | 121 |
| 1. | Allgemeines | 121 |
| 2. | ÖNORM B 2110 | 121 |
| C. | AVB-IT | 122 |

| | |
|---|------------|
| VI. Praktische Anmerkungen | 123 |
| A. Häufige Fehler | 123 |
| B. Tipps zur Vertragsgestaltung | 123 |
| Anhang 1: Beispiele Ausschreibungsunterlagen | 125 |
| Anhang 2: Checkliste Angebotsöffnung | 148 |
| Anhang 3: Begriffsbestimmungen BVergG 2018 | 149 |
| Stichwortverzeichnis | 159 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------------|--|
| Abs | Absatz |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| | AGAuftraggeber |
| arg | argumento (folgt aus) |
| Art | Artikel |
| ASP | Application Service Provider |
| ASVG | Allgemeines Sozialversicherungsgesetz |
| AuslBG | Ausländerbeschäftigungsgesetz |
| AVB-IT | Allgemeine Vertragsbedingungen der Republik Österreich für IT-Leistungen |
| BBG | Bundesbeschaffung GmbH |
| bbl | baurechtliche blätter |
| BGBL | Bundesgesetzblatt |
| BlgNR | Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates |
| BOS | Behörden und Organisationen mit Sicherheitsaufgaben |
| BVA | Bundesvergabeamt |
| BVergG 2006 | Bundesvergabebegezet 2006 |
| BVergGVS | Bundesvergabebegezet Verteidigung und Sicherheit |
| BVergGKonz 2018 | Bundesvergabebegezet Konzessionen 2018 |
| B-VG | Bundes-Verfassungsgesetz |
| B-VKK | Bundes-Vergabekontrollkommission |
| BVwG | Bundesverwaltungsgericht |
| bzw | beziehungsweise |
| CVD | clean vehicles directive |
| dh | das heißt |
| E | Entscheidung |
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft |
| ErläutRV | Erläuterungen zur Regierungsvorlage |
| EU | Europäische Union |
| EuG | Europäisches Gericht erster Instanz |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| f | und der, die folgende |
| ff | und der, die folgenden |
| GES | Zeitschrift für Gesellschaftsrecht und angrenzendes Steuerrecht |
| GewO | Gewerbeordnung |
| GmbH | Gesellschaft mit beschränkter Haftung |
| GP | Gesetzgebungsperiode |
| GWB | (deutsches) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen iSd im Sinn des, der |

| | |
|---------|---|
| iSv | im Sinn von |
| iVm | in Verbindung mit |
| LS | Leitsatz |
| LVwG | Landesverwaltungsgericht |
| ME | Ministerialentwurf |
| Nr | Nummer |
| ÖBB | Österreichische Bundesbahnen |
| OGH | Oberster Gerichtshof |
| OLG | Oberlandesgericht |
| ORF | Österreichischer Rundfunk |
| Pkt | Punkt |
| RdM | Recht der Medizin |
| RdN | Randnummer |
| RdU | Recht der Umwelt |
| RdW | Österreichisches Recht der Wirtschaft |
| RL | Richtlinie |
| Rn | Randnummer |
| RPA | Zeitschrift für Vergaberecht |
| Rs | Rechtssache |
| RV | Regierungsvorlage |
| Rz | Randzahl |
| SA | Schlussanträge |
| SFBG | Straßenfahrzeug-Beschaffungsgesetz |
| Slg | Sammlung |
| ua | und andere(s), unter anderem |
| udgl | und dergleichen |
| UVS | Unabhängiger Verwaltungssenat |
| VfGH | Verfassungsgerichtshof |
| vgl | vergleiche |
| vH | von Hundert |
| VIL-Slg | Vergabe-Infoletter-Sammlung |
| VKS | Vergabekontrollsenat |
| VwGH | Verwaltungsgerichtshof |
| wbl | wirtschaftsrechtliche blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht |
| WKO | Wirtschaftskammer Österreich |
| zB | zum Beispiel |
| ZER | Zeitschrift für Europarecht |
| ZfV | Zeitschrift für Verwaltung |
| ZfVB | Die administrativrechtlichen Entscheidungen des VwGH und die verwaltungsrechtlich relevanten Entscheidungen des VfGH in lückenloser Folge (Beilage zur ZfV) |
| ZVB | Zeitschrift für Vergaberecht und Bauvertragsrecht |

I. Grundlagen des Vergaberechts

A. Europarechtliche Grundlagen

Der Schaffung eines nationalen Vergaberechts gingen zahlreiche europarechtliche Rechtsakte voraus, die von den Mitgliedstaaten umzusetzen waren. Nichtsdestotrotz gibt es im Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), welcher mit Wirkung 1.12.2009 die Gründungsverträge der Europäischen Gemeinschaften (EGV) ablöste und eine wesentliche Quelle europarechtlicher Normen darstellt, keine speziellen Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Art 179 AEUV erwähnt den Begriff des „öffentlichen Auftragswesens“, ohne diesen jedoch näher zu erläutern. Aus dem AEUV ergeben sich allerdings die europarechtlichen Grundfreiheiten.¹ Das sind die

- **Warenverkehrsfreiheit gemäß Art 34 AEUV (ex-Art 28 EGV)**
- Die Warenverkehrsfreiheit ist der Überbegriff zu Zollunion und Warenverkehrsfreiheit im engeren Sinne. Auf Grund der Warenverkehrsfreiheit sind insbesondere alle mengenmäßigen Aus- und Einfuhrbeschränkungen von Waren sowie Binnenzölle oder sonstige derartige Gebühren im EU-Binnenraum verboten.
- **Niederlassungsfreiheit gemäß Art 49 AEUV (ex-Art 43 EGV)**
- Die Niederlassungsfreiheit stellt die Freiheit des Selbstständigen dar, eine wirtschaftliche Tätigkeit in einem beliebigen Mitgliedstaat aufzunehmen.
- **Dienstleistungsfreiheit gemäß Art 56 AEUV (ex-Art 49 EGV)**
- Aus der Dienstleistungsfreiheit ergibt sich das Recht eines jeden EU-Bürgers oder einer juristischen Person im EU-Raum, in einem anderen Mitgliedstaat der EU Dienstleistungstätigkeiten zu erbringen oder solche Leistungen in Anspruch zu nehmen.
- sowie das **Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit gemäß Art 18 AEUV (ex-Art 12 EGV)**
- Dieses Verbot wird auch als das Gebot der Inländergleichbehandlung bezeichnet. Es besagt, dass Staatsangehörige bzw Waren anderer Mitgliedstaaten nicht schlechter behandelt werden dürfen als inländische Staatsbürger bzw Waren.

Diese Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot sind unmittelbar anwendbar² und auch bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu beachten.

¹ Arndt/Fischer/Fetzer, Europarecht, 115 ff.

² Berger in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 7.

Beispiel aus der Judikatur

„Nach ständiger Rechtsprechung verlangen ferner das sich aus dem AEU-Vertrag ergebende Diskriminierungsverbot und insbesondere die Grundfreiheiten nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des Erbringers von Bauleistungen bzw. des Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Leistungserbringers, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist und dort rechtmäßig vergleichbare Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (vgl. in diesem Sinne Urteil des Gerichtshofs vom 25. Juli 1991, *Säger*, C-76/90, Slg. 1991, I-4221, Randnr. 12).“ (EuG 29.5.2013, Rs T-384/10, *Spanien/Kommission*)³

Nach dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union im Jahr 1995 waren zahlreiche europarechtliche Richtlinien mit Regelungsinhalten über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen⁴ in nationales Recht umzusetzen.

Dadurch kam es einerseits zu einer allmählichen Harmonisierung der einzelnen nationalen Vergabegesetze (beispielsweise das österreichische BVergG 2006 oder das deutsche Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB]) in Europa, andererseits wurden dadurch die Möglichkeiten und Freiheiten nationaler Gesetzgeber bei der Schaffung und inhaltlichen Ausgestaltung vergaberechtlicher Regelungen beschränkt.

Auf Grund der unterschiedlichen Standards im Rechtsschutz der Mitgliedstaaten wurden auch Richtlinien erlassen, die den Rechtsschutz und die Rechtsdurchsetzung im Zusammenhang mit subjektiven Rechten des Vergaberechts regeln.

Während die europarechtlichen Richtlinien zum Vergaberecht lediglich im Oberschwellenbereich (der geschätzte Auftragswert liegt über den in § 12 BVergG 2018 normierten Schwellenwerten) zur Anwendung kommen, sind die europarechtlichen Grundfreiheiten sowie das strenge europarechtliche Diskriminierungsverbot sowohl auf den Unterschwellenbereich (der geschätzte Auftragswert liegt unter den in § 12 BVergG 2018 normierten Schwellenwerten) als auch auf Vorgänge, die in der Regel nicht dem Vergaberegime unterliegen (nichtprioritäre Dienstleistungen – beispielsweise Eisenbahnen, Gaststätten und Beherbergungsgewerbe, Rechtsberatung –, Vorgänge, auf die ein Ausnahmetatbestand des BVergG 2018 anzuwenden ist – beispielsweise Finanzdienstleistungen, Arbeitsverträge, Aufträge über den Kauf, die Entwicklung oder Produktion von Programmen, die zur Ausstrahlung durch Fernseh- oder Rundfunkanstalten bestimmt sind), anzuwenden.

³ EuG 29.5.2013, Rs T-384/10, *Spanien/Kommission*; *Reisner*, EuG: Was vergaberechtlich zusammen gehört, darf der Auftraggeber nicht trennen, RPA 2013, 287 (295) = RPA 2013, 287 (*Reisner*).

⁴ Beispielsweise RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe sowie RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.

Relevanz der vergaberechtlichen Judikatur

Angesichts der skizzierten europarechtlichen Grundlagen kommt es auch im österreichischen Vergaberecht durch die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zu einer starken Weiterentwicklung.

Da dies auch auf die österreichischen Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, den Verfassungsgerichtshof (**VfGH**) und den Verwaltungsgerichtshof (**VwGH**), sowie die nationalen Vergabekontrollbehörden (**Bundesverwaltungsgericht – BVwG**, **Landesverwaltungsgerichte – LVwG**) und in manchen Teilbereichen des Vergaberechts sogar auf den Obersten Gerichtshof (**OGH**) zutrifft, ist es für den Anwender des Vergaberechts in der Praxis von zentraler Bedeutung, die (aktuelle) Judikatur sowie die Entscheidungen dieser Gerichte zu kennen und zu beachten.

Praxistipp

Aktuelle Judikatur zum Vergaberecht finden Sie beispielsweise auf der Homepage über die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unter curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de, im Rechtsinformationssystem des Bundeskanzleramtes unter www.ris.bka.gv.at, auf der Homepage des Bundesverwaltungsgerichts unter www.bvwg.gv.at und auf den Homepages diverser Landesverwaltungsgerichte der Bundesländer.⁵

B. Ziel und Zweck des Vergaberechts

Die „öffentliche Hand“ tritt am freien Markt nach wie vor anders auf als private Wirtschaftstreibende. Sie ist immer noch ein übermächtiger Vertragspartner, der über einen großen Anteil der Auftragsvolumina am Markt verfügen kann. Durch das Vergaberecht sollen öffentliche Auftraggeber *„zur sparsamen und nicht diskriminierenden Vergabe und damit Verwendung öffentlicher Mittel verpflichtet“* werden.⁶ Daher sind rechtliche Rahmenbedingungen, Normen und Regeln über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen für einen gut funktionierenden Staatshaushalt essentiell.

Letztlich ist zu berücksichtigen, dass die öffentliche Hand tendenziell korruptionsanfällig wäre, sofern ihr Handlungsspielraum nicht durch gesetzliche Spielregeln und Normen beschränkt würde.

Aus § 1 Abs 1 BVergG 2018 ergibt sich, dass durch das Vergaberecht Beschaffungsvorgänge (Waren und Dienstleistungen) durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber geregelt werden sollen.

Die Bestimmung lautet wie folgt:

§ 1 (1) Dieses Bundesgesetz regelt insbesondere

1. die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und

⁵ Zum Beispiel: www.verwaltungsgericht.wien.gv.at; www.lvwg.noel.gv.at.

⁶ VfGH 9.3.2007, G 174/06.