

 SpringerWienNewYork

Springers Kurzlehrbücher
der Rechtswissenschaft

Michael Holoubek

Claudia Fuchs

Kerstin Holzinger

Vergaberecht

2., aktualisierte Auflage

2012

SpringerWienNewYork

Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek
Ass.-Prof. Dr. Claudia Fuchs, LL.M.
Institut für Österreichisches und Europäisches Öffentliches Recht
Wirtschaftsuniversität Wien, Österreich

Dr. Kerstin Holzinger
Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.
Die dadurch begründeten Rechte, insbesondere die der Übersetzung, des Nachdruckes, der Entnahme von Abbildungen, der Funksendung, der Wiedergabe auf photomechanischem oder ähnlichem Wege und der Speicherung in Datenverarbeitungsanlagen, bleiben, auch bei nur auszugsweiser Verwertung, vorbehalten.

© 2012 Springer-Verlag/Wien
Printed in Germany

SpringerWienNewYork ist ein Unternehmen von
Springer Science + Business Media
springer.at

Die Wiedergabe von Gebrauchsnamen, Handelsnamen, Warenbezeichnungen usw. in diesem Buch berechtigt auch ohne besondere Kennzeichnung nicht zu der Annahme, dass solche Namen im Sinne der Warenzeichen- und Markenschutz-Gesetzgebung als frei zu betrachten wären und daher von jedermann benutzt werden dürfen.

Satz: Jung Crossmedia Publishing GmbH, 35633 Lahnau, Deutschland
Druck: Strauss GmbH, 69509 Mörlenbach, Deutschland

Gedruckt auf säurefreiem, chlorfrei gebleichtem Papier

SPIN: 80018787

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.

ISSN 0723-5097
ISBN 978-3-211-36815-2 SpringerWienNewYork

ISBN 978-3-7091-0432-3 2. Auflage SpringerWienNewYork

Vorwort

„Das Vergaberecht hat eine rasante Entwicklung hin zu einem zentralen Gebiet des öffentlichen Wirtschaftsrechts erlebt“; so haben wir am Beginn des Vorworts zur ersten Auflage geschrieben, und dass der rasche Veränderungsprozess ungebrochen weitergeht. Das hat sich nicht geändert. Das Lehrbuch war daher an die Entwicklungen auf europäischer wie innerstaatlicher Ebene in Rechtssetzung und Rechtsprechung anzupassen. Das gab Gelegenheit, auch sonst nachzuschärfen, zu verdeutlichen und zu ergänzen.

Nach wie vor gilt unseres Erachtens, was wir im Vorwort zu ersten Auflage festgehalten haben: Die Notwendigkeit des Vergaberechts wie seine grundlegenden Strukturen stehen außer Streit. Doch insbesondere die Ausdehnung des Vergaberechts mit seinen spezifisch ökonomischen Zielsetzungen in Bereiche öffentlicher Leistungserbringung und Leistungssicherung außerhalb des Kernbereichs klassischer Beschaffungsvorgänge birgt die Gefahr, dass das Vergaberecht dort seine legitimierende Rationalität verliert.

Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, sich der tragenden Zielsetzungen des Vergaberechts zu vergewissern: Was kann es warum leisten und wofür ist es das geeignete rechtliche Instrument? Zur Beantwortung dieser Fragen soll der vorliegende Grundriss mit seinem Ziel einer systematischen Einführung in das österreichische und europäische Vergaberecht beitragen. Wiederum haben wir uns bemüht, die hinter den Einzelregelungen stehenden grundsätzlichen ökonomischen und politischen Zielsetzungen des Vergaberechts deutlich zu machen. Fälle und Beispiele sollen das Zusammenwirken der Zielsetzungen und Instrumente des Vergaberechts vom konkreten Einzelfall her vermitteln.

Bei all denen, die uns Hinweise zur Verbesserung des Buches gegeben haben, bedanken wir uns herzlich. Auch diese Auflage schuldet *Martina Weinhandl* Dank für das Fundament, das sie mit gelegt hat. *Peter Sander* war abermals maßgeblich an der grafischen Aufbereitung beteiligt. Das als Verein organisierte Institut für Österreichisches und

Europäisches Wirtschaftsrecht hat auch diese zweite Auflage unterstützt.

Michael Holoubek/Claudia Fuchs/Kerstin Holzinger

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XI
I. Grundfragen und Struktur des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe	1
A. Beschaffungswesen und Vergaberecht	1
B. Der Staat als Nachfrager am Markt	2
C. Notwendigkeit rechtlicher Vorgaben für die öffentliche Auftragsvergabe	3
1. Effizienzargumente	4
2. Rechtsschutzargumente	7
3. Zusammenspiel von Effizienz- und Rechtsschutzargumenten	9
D. Funktionsweise und Zielsetzungen des Vergabeverfahrens	10
E. Wirtschaftliche Bedeutung	11
F. Was sind „öffentliche Aufträge“?	13
G. Öffentliche Auftragsvergabe als privatwirtschaftliche Tätigkeit des Staates	15
II. Die öffentliche Auftragsvergabe im Europäischen Kontext	19
A. Grundlagen	19
B. Primärrechtliche Vorgaben	20
1. Allgemeines	20
2. Die Rechtsgrundlagen des AEUV	21
3. Die aus dem EU-Primärrecht abgeleiteten Grundanforderungen für Auftragsvergaben	24
C. Harmonisierung des Vergaberechts durch Vergaberichtlinien	26
D. Richtlinien über das Verfahren der Auftragsvergabe	27
E. Rechtsmittelrichtlinien	28
F. Persönlicher Geltungsbereich der Vergaberichtlinien	30
G. Konsequenzen für das österreichische Recht	31
III. Völkerrechtliche Grundlagen	33
A. Agreement on Government Procurement (GPA)	33
B. Weitere völkerrechtliche Rechtsgrundlagen	34

IV. Das österreichische Vergaberecht	37
A. Kompetenzrechtliche Grundlagen	37
B. Das BVergG 2006	40
1. Persönlicher Geltungsbereich	43
a) Entwicklung des Auftraggeberbegriffs	45
b) Klassische öffentliche Auftraggeber	47
c) Einrichtungen (des) öffentlichen Rechts	48
(1) (Teil-)Rechtsfähigkeit	50
(2) Im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art	50
(a) Aufgaben im Allgemeininteresse	50
(b) Aufgaben nicht gewerblicher Art	52
(c) Besonderer Gründungszweck	56
(3) Staatliche Beherrschung	57
(a) Überwiegende staatliche Finanzierung	58
(b) Leitungsaufsicht	60
(c) Zusammensetzung der Organe	61
(d) Zusammenspiel der Beherrschungskriterien	62
d) Sektorenauftraggeber	62
(1) Tätigkeitsbezogene Auftraggeberdefinition	64
(2) Auftragbertypen	66
(3) Doppelnatur öffentlicher Auftraggeber	67
e) Sonstige Auftraggeber	68
2. Der sachliche Geltungsbereich	69
a) Umfassender Geltungsbereich	73
b) Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge	75
c) Gemischte Aufträge	78
d) Entgeltlichkeit	80
e) Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen	81
f) Vergabe von Konzessionsverträgen	82
(1) Baukonzessionsverträge	82
(2) Dienstleistungskonzessionsverträge	83
(3) Anwendungsfelder	86
g) Ausnahmen vom Geltungsbereich	87
h) Inhouse-Vergaben	89
(1) „Kontrolle wie über eigene Dienststellen“	91
(2) „Tätigkeit im Wesentlichen für den öffentlichen Auftraggeber“	99
i) Schwellenwerte	100
V. Das Vergabeverfahren nach dem BVergG	103
A. Grundsätze des Vergabeverfahrens	103
1. Freier, fairer und lauterer Wettbewerb	105
2. Gleichbehandlungsgebot	107
3. Transparenzgebot	108
4. Vorarbeiten	109
5. Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer	111
6. Vergabe zu angemessenen Preisen	112

7. Tatsächliche Absicht zur Auftragsvergabe	112
8. Berücksichtigung „vergabefremder“ Kriterien	114
B. Arten und Wahl der Vergabeverfahren	116
1. Vergabeverfahrensarten	116
2. Ein- und zweistufige Vergabeverfahren	117
3. Offenes Verfahren	119
4. Nicht offenes Verfahren	121
a) Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung	121
b) Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung	123
5. Verhandlungsverfahren	123
a) Struktur und Wahl des Verhandlungsverfahrens	124
b) Exkurs: Geistige Dienstleistungen	127
6. Rahmenvereinbarung	128
7. Dynamisches Beschaffungssystem	129
8. Wettbewerblicher Dialog	130
9. Direktvergabe	132
10. Elektronische Auktion	134
11. Wettbewerb	135
C. Überblick: Wahl der Vergabeverfahrensart	136
1. Wahlmöglichkeiten im OSB (vereinfachte Zusammenfassung)	136
2. Zusätzliche Wahlmöglichkeiten im USB (vereinfachte Zusammenfassung)	137
D. Grundstruktur des Ablaufs eines Vergabeverfahrens	138
1. Bekanntmachung	138
2. Ausschreibung der Leistung und Ausschreibungsunterlagen	139
a) Leistungsbeschreibung	140
b) Bestimmungen über den Leistungsvertrag	141
c) Anforderungen an die Eignung der Bieter	141
d) Alternativ, Abänderungs- und Variantenangebot	142
e) Subunternehmerleistungen	143
f) Angebotsfrist – Teilnahmefrist – Zuschlagsfrist	144
g) Zuschlagsprinzip und Zuschlagskriterien	145
h) Vadium	146
i) Bindung an die Ausschreibungsunterlagen und Berichtigung	146
j) Übersicht: Notwendiger Inhalt der Ausschreibungsunterlagen	147
k) Übermittlung von Unterlagen	147
3. Das Angebot	148
a) Allgemeines	148
b) Angebote von Arbeits- und Bietergemeinschaften	149
4. Entgegennahme und Öffnung der Angebote	150
5. Eignungsprüfung	151
a) Prüfung der Befugnis	152
b) Prüfung der Zuverlässigkeit und Ausschlussgründe	153
c) Prüfung der Leistungsfähigkeit (fachliche Eignung)	154
d) Eigenerklärung	155
6. Angebotsprüfung	157
a) Angemessenheit der Preise, vertiefte Angebotsprüfung	157
b) Behebbar und unbehebbar Angebotsmängel	158
c) Ausscheiden von Angeboten	159

7. Zuschlagsverfahren	160
a) Auswahl des Best- oder Billigstbieters	160
b) Zuschlagsentscheidung	163
c) Zuschlagserteilung	163
8. Widerruf der Ausschreibung	164
9. Reform des BVergG (Vereinfachungen für den Unterschwellenbereich)	168
VI. Besonderheiten für Auftragsvergaben in den Sektoren	169
A. Auftragsvergabe an verbundene Unternehmen	169
B. Wahl des Vergabeverfahrens	170
C. Freistellung vom Anwendungsbereich	170
VII. Rechtsschutz	173
A. Allgemeines	173
B. Innerstaatlicher Rechtsschutz	175
1. Rechtsschutzverfahren vor dem Bundesvergabeamt	178
a) Nachprüfungsverfahren	180
(1) Gesondert und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen	181
(2) Anfechtungsfristen und Präklusion	182
(3) Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags	184
(4) Parteistellung	185
(5) Entscheidung des BVA	185
b) Vorläufiger Rechtsschutz	186
c) Feststellungsverfahren	188
d) Nichtigserklärung von Verträgen und „alternative Sanktionen“	191
(1) Ex-tunc Nichtigkeit und Aufhebung von Verträgen	191
(2) (Teilweises) „Absehen“ von der Nichtigkeit/Aufhebung	192
(3) „Alternative Sanktionen“	193
e) Gebühren	193
f) Landesrechtliche Besonderheiten	195
g) Vergabekontrollbehörden in den Ländern	195
2. Rechtsschutz durch Zivilgerichte	196
a) Schadenersatzverfahren	196
b) Wettbewerbsrecht	199
C. Rechtsschutz durch Europäische Instanzen	201
1. Europäische Kommission	201
2. Europäischer Gerichtshof	202
VIII. Vergaberechtsschutzgesetze der Länder	203
IX. Weiterführende Hinweise	205
A. Literatur zum Vergaberecht	205
B. Vergaberecht online	206
Stichwortverzeichnis	207

Abkürzungsverzeichnis

ABl	Amtsblatt
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Aktiengesellschaft
Anm	Anmerkung
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bio	Billion
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BlgNR	Beilagen des Nationalrates
BMVG	Betriebliches Mitarbeitervorsorgegesetz
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG	Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I 2006/17 idF BGBl I 15/2010
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz
B-VKK	Bundes-Vergabekontrollkommission
BWG	Bankwesengesetz
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dh	das heißt
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag der Europäischen Gemeinschaft
EGVG	Einführungsgesetz zu den Verwaltungsverfahrensgesetzen
ElWOG	Elektrizitätswirtschafts- und organisationsgesetz
Erk	Erkenntnis
etc	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
f	folgend
ff	folgende
NÖGKK	Niederösterreichische Gebietskrankenkasse
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GP	Gesetzgebungsperiode
GPA	Agreement on Government Procurement
Hrsg	Herausgeber
hL	herrschende Lehre
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
idF	in der Fassung
ieS	im engeren Sinn
insb	insbesondere
iSd	im Sinne der/des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JBl	Juristische Blätter
KG	Kommanditgesellschaft
LGBl	Landesgesetzblatt
LH	Landeshauptmann
LReg	Landesregierung
MA	Magistratsabteilung
Mat	Materialien
maW	mit anderen Worten
Mio	Million(en)
Mrd	Milliarden
nv	nicht veröffentlicht
OGH	Oberster Gerichtshof
OG	Offene Gesellschaft
ÖNORM	Österreichische Norm
ORF	Österreichischer Rundfunk
OSB	Oberschwellenbereich
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PPP	Public Private Partnership
RdW	Recht der Wirtschaft
RIS	Rechtsinformationssystem
RL	Richtlinie
RPA	Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe
Rs	Rechtssache
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randziffer
s	siehe
Slg	Sammlung
st	ständig(e)
SZR	Sonderziehungsrecht
TKG	Telekommunikationsgesetz
ua	unter anderem; und andere
UMTS	Universal Mobile Telecommunication System
USB	Unterschwellenbereich
USt	Umsatzsteuer
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb

v	von, vom
va	vor allem
verb	verbunden(e)
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse des VfGH
vgl	vergleiche
VKS	Vergabekontrollsenat
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WTO	World Trade Organization, Welthandelsorganisation
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
ZVB	Zeitschrift für Vergaberecht und Beschaffungspraxis