

# 1. DER LIEFERAUFTRAG

Bei der Marktgemeinde XY tritt der – in der Praxis entsprechend häufig vorkommende – Fall ein, dass für den in die Jahre gekommenen Kommunaltraktor, der mit entsprechender Winterausrüstung (Schneeschild, Streugerät) auch ganzjährig eingesetzt werden kann, eine Ersatzbeschaffung durchgeführt werden soll. Da der Markt für ein solches Fahrzeug umfangreich ist, möchte die Marktgemeinde die Ersatzbeschaffung sorgfältig und ohne zeitlichen Druck durchführen. Der Frühling hat gerade erst begonnen und die nächste Wintersaison ist noch mindestens neun bis zehn Monate entfernt. Die Summe „Erträge des Ergebnisvoranschlags“ des laufenden Haushaltsjahrs der Marktgemeinde beträgt € 21,000.000,–. Der Kommunaltraktor sollte wie das Vorgängermodell zusätzlich auch mit einer entsprechenden Winterausrüstung versehen werden können; die Marktgemeinde ist sich jedoch noch nicht sicher, ob man diese Zusatzausrüstung sofort oder erst später anschaffen sollte. Fragestellung: Wie würde, da die zeitlichen Parameter und der konkrete Bedarf der Marktgemeinde nunmehr feststehen, in einem solchen Fall das entsprechende Vergabeverfahren für die Lieferung des Kommunaltraktors und der Winterausrüstung aussehen?

## 1.1 Rechtliche Ausgangslage

### 1.1.1 Allgemeines

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Vergaberechts ist grundsätzlich ein Beschaffungsvorgang, da das Vergaberecht nur „die Beschaffung von Leistungen“ im öffentlichen Bereich und Sektorenbereich regelt.<sup>1</sup> Umfasst sind Beschaffungsvorgänge im weitesten Sinn; es muss sich um eine Einkaufssituation handeln, in der die öffentliche Hand als Nachfrager (im vergaberechtlichen Terminus: öffentlicher Auftraggeber) auftritt.

### 1.1.2 Örtlicher und persönlicher Geltungsbereich

Öffentlicher Auftraggeber in einem Vergabeverfahren ist stets jene juristische Person, die zivilrechtlicher Vertragspartner werden soll.<sup>2</sup> Die Marktgemeinde XY unterliegt gem § 4 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 als öffentliche Auftraggeberin bei ihren Beschaffungsvorgängen jedenfalls dem Regime des BVergG 2018.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Siehe § 1 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG 2018.

<sup>2</sup> ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 12 zum Vorgängergesetz BVergG 2006.

<sup>3</sup> Siehe dazu den eindeutigen Gesetzeswortlaut in § 4 Abs 1 Z 1 BVergG 2018: „*Dieses Bundesgesetz gilt [ . . . ] für Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern, das sind der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände [ . . . ]*“.

### 1.1.3 Sachlicher Geltungsbereich

Welche konkreten Beschaffungsvorgänge der Marktgemeinde XY in den sachlichen Geltungsbereich des BVergG 2018 fallen, ergibt sich – in Entsprechung der VergabeRL<sup>4</sup> – aus den Auftragsarten der §§ 5 bis 8 BVergG 2018. Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen:

- ▶ Bauaufträgen,
- ▶ Lieferaufträgen und
- ▶ Dienstleistungsaufträgen.

### 1.1.4 Lieferauftrag gemäß § 6 BVergG 2018

Die (Ersatz-)Beschaffung eines Kommunaltraktors stellt aus vergaberechtlicher Sicht einen sog Lieferauftrag dar. Lieferaufträge sind gem § 6 BVergG 2018 entgeltliche Verträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf von Waren, mit oder ohne Kaufoption, einschließlich von Nebenarbeiten wie das Verlegen und die Installation, ist. Vom Warenbegriff erfasst sind sämtliche Sachen, die einen Geldwert haben.<sup>5</sup> Auch die Beschaffung von nicht körperlich umfassten Sachen wie zB elektrischer Energie (Strom) oder Gas stellt einen Lieferauftrag dar. Zudem ist ein Eigentumsübergang keine notwendige Voraussetzung dafür, dass ein Lieferauftrag vorliegt (zB erfolgt bei Leasing-, Miet- oder Pachtverträgen kein Eigentumsübergang).<sup>6</sup>

### 1.1.5 Wege aus dem Vergaberecht (Ausnahmen vom Anwendungsbereich)

Durch §§ 9 f BVergG 2018 werden zahlreiche Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Gesetzes festgelegt. Unabhängig vom für den Sektorenbereich geltenden Ausnahmekatalog<sup>7</sup> sind die („allgemeinen“) Ausnahmen grundsätzlich abschließend geregelt.<sup>8</sup> Sofern sich ein öffentlicher Auftraggeber auf diese Ausnahmetatbestände stützen möchte, gilt zu beachten, dass diese Bestimmungen – wie auch jene hinsichtlich der europäischen Grundfreiheiten – grundsätzlich eng auszulegen sind. Der Gesetzgeber verlangt weiters, dass der öffentliche Auftraggeber das Vorliegen einer Ausnahme vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 nachweisen muss, wenn er sich auf Ausnahmetatbestände stützt.<sup>9</sup> Weiters sind die für die Ausnahme maßgebenden Gründe entsprechend schriftlich festzuhalten/zu dokumentieren (§ 9 Abs 2, § 10 Abs 6 BVergG 2018).

<sup>4</sup> RL 2014/24/EU des EP und des Rats vom 26. 2. 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG Text von Bedeutung für den EWR, ABl L 94/65.

<sup>5</sup> Vgl *Liebmann*, Vergaberecht in der Gemeinde, in *Pabel* (Hrsg), Das österreichische Gemeinderecht (2020), Rz 77.

<sup>6</sup> ErläutRV 69, BlgNR 26. GP 29.

<sup>7</sup> Siehe §§ 178 f BVergG 2018.

<sup>8</sup> *Liebmann* in *Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht Rz 86.

<sup>9</sup> EuGH 20. 3. 2018, C-187/16, *Österreichische Staatsdruckerei*; aber auch EuGH 11. 1. 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, EuGH 6. 12. 2017, C-408/16, *Compania Nationala de Administrare a Infrastructurii Rutiere SA*; EuGH 8. 4. 2008, C-337/05, *Bell Agusta*.

Der Ankauf eines Kommunaltraktors ist im Ausnahmekatalog des § 9 BVergG 2018 nicht geregelt, sodass sich die Marktgemeinde XY bei ihrem Beschaffungsvorgang nicht auf eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 berufen kann.

## 1.2 Lieferaufträge der Gemeinde

### 1.2.1 Markterkundungen im Vorfeld

Wie in jeder anderen Sparte unterliegt auch der Markt der Kommunalfahrzeuge einer ständigen Veränderung, sowohl was potentielle Marktteilnehmer als auch die am Markt erhältlichen Leistungen betrifft. Um notwendige weitere verfahrensrechtliche Schritte setzen zu können (Berechnung des geschätzten Auftragswerts, Wahl des Vergabeverfahrens, Festlegung der Leistungsanforderungen etc), könnte die Gemeinde XY sich vor Einleitung eines Vergabeverfahrens einen entsprechenden Überblick über den Markt verschaffen.

Auf der Grundlage von § 24 BVergG 2018 sind solche Markterkundungen auch zulässig, und öffentliche Auftraggeber können potentiell interessierte Unternehmer über ihre Pläne und Anforderungen informieren. Zudem können im Zuge einer Markterkundung bereits Informationen über das geplante Vergabeverfahren (zB Problembeschreibungen, Zeitpläne) offengelegt werden.<sup>10</sup>

Der öffentliche Auftraggeber darf gem § 24 dritter Satz BVergG 2018 die eingeholten Informationen für die Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens nutzen, sofern dadurch der Wettbewerb nicht verzerrt oder gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen wird. Zu diesen Grundsätzen zählt gem § 20 BVergG 2018 – neben anderen – die Gleichbehandlung der Bieter und die Transparenz.

Die Wahrung des Grundsatzes der Transparenz iZm der Markterkundung stellt an den öffentlichen Auftraggeber jedoch grundsätzlich die Anforderung, offenzulegen, welche im Zuge der Markterkundung erlangten Informationen in die Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens eingeflossen sind und woher diese Informationen stammen, damit (dann im Vergabeverfahren) teilnehmende Unternehmen in der Lage sind, zu beurteilen, ob durch die Markterkundung die Gleichbehandlung der Bieter gewahrt wurde, um gegebenenfalls begründete Rechtsschutzanträge zu stellen.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> ZB stellt ein „Letter of Intent“, in dem lediglich der Fahrplan über die Errichtung eines Gebäudes enthalten ist, aber noch keine Konkretisierung der gewünschten Leistung, eine Absichtserklärung und (noch) kein Vergabeverfahren dar; VwGH 2. 10. 2012, 2010/04/0124).

<sup>11</sup> VwGH 1. 3. 2022, Ra 2019/04/0139.

## 1. Der Lieferauftrag

Eine durchgeführte Markterkundung der Marktgemeinde XY hat ergeben, dass man bei der Ersatzbeschaffung eines neuen Kommunaltraktors mit Zusatzausrüstung für den Winterdienst mit einem Preis von ca € 130.000,- bis € 210.000,- (exkl USt) je nach Typ und Ausstattung rechnen muss.

### 1.2.2 Vermeidung von Interessenskonflikten

Variante zum Sachverhalt – Vergaberechtlicher Interessenkonflikt: In der Marktgemeinde XY soll Herr T als Vertragsbediensteter der allgemeinen Verwaltung mit der Durchführung des Vergabeverfahrens betraut werden. Neben seinem Dienst in der Marktgemeinde XY ist er im Rahmen einer Nebenbeschäftigung auch bei der örtlichen Zweigniederlassung der Firma JD beschäftigt. Die Marktgemeinde XY beabsichtigt natürlich, auch diese Firma bei der Vergabe zu berücksichtigen. Welche Probleme würden sich aufgrund dieser Konstellation ergeben?

Lösung Variante: Beim in Frage kommenden Gemeindebediensteten T könnten – ungeachtet der allenfalls gegebenen dienstrechtlichen Befangenheit – auch vergaberechtliche Interessenkonflikte vorliegen. Die Marktgemeinde XY als öffentliche Auftraggeberin hat gem § 26 Abs 1 BVergG 2018 geeignete Maßnahmen zur wirksamen Verhinderung, Aufdeckung und Behebung von sich bei der Durchführung von Vergabeverfahren ergebenden Interessenkonflikten zu treffen, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden und eine Gleichbehandlung aller Unternehmer zu gewährleisten.

Ein vergaberechtlicher Interessenkonflikt liegt insb dann vor, wenn Mitarbeiter eines öffentlichen Auftraggebers oder einer vergebenden Stelle, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, direkt oder indirekt ein finanzielles, wirtschaftliches oder sonstiges persönliches Interesse haben, das ihre Unparteilichkeit und Unabhängigkeit im Rahmen des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte (§ 26 Abs 2 BVergG 2018). Die Bezugnahme auf „Mitarbeiter“ in § 26 Abs 2 BVergG 2018 ist – den Gesetzeserläuterungen entsprechend – weit auszulegen; erfasst werden damit nicht nur Personen, die in einem privat- oder öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zum Auftraggeber stehen, sondern auch sonstige Organe und Personen des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremiums.<sup>12</sup>

Seitens der Marktgemeinde XY wären daher proaktive Maßnahmen zur Vermeidung eines Interessenkonflikts zu setzen. Denkbar wäre etwa – ungeachtet der Möglichkeit der Betrauung einer externen Stelle (sog Vergebende Stelle, siehe § 2

<sup>12</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 60.

Z 42 BVergG 2018) mit der Durchführung des Vergabeverfahrens – die vorübergehende Verwendung des Bediensteten T in einem anderen Dienstzweig der Gemeinde und gleichzeitige Bestellung eines Vertreters für die Dauer des bevorstehenden Vergabeverfahrens. Dies erscheint jedenfalls geboten, denn Bieter (und damit auch die Firma JD des Herrn T) sind vom Vergabeverfahren als Rechtsfolge des Vorliegens eines Interessenkonflikts auszuschließen, sofern der Interessenkonflikt nicht durch weniger einschneidende Maßnahmen verhindert werden kann (siehe § 78 Abs 1 Z 7 BVergG 2018).

### 1.2.3 Berechnung des geschätzten Auftragswerts

#### 1.2.3.1 Allgemeines zum geschätzten Auftragswert

Die Wahl des entsprechenden Vergabeverfahrens hängt von der Berechnung des geschätzten Auftragswerts ab. Grundlage für diese Berechnung und für die weitere Einordnung des Vorhabens ist bei allen Auftragsarten der – sachkundig, objektiv und nachvollziehbar<sup>13</sup> – geschätzte Gesamtwert (netto) aller zum Vorhaben gehörigen Leistungen einschließlich aller Optionen und etwaiger Vertragsverlängerungen, die in der Ausschreibung ausdrücklich vorgesehen werden sollen (vgl § 13 Abs 1 BVergG 2018). Der „sachkundig“ zu schätzende Auftragswert ist jener Wert, den ein umsichtiger, sach- und fachkundiger öffentlicher Auftraggeber, unter Umständen nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments (zB durch Prüfung verschiedener Firmenkataloge) und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung, bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistung veranschlagen würde.<sup>14</sup>

Bei der Schätzung handelt es sich um eine Prognose, die plausibel sein muss und sich gegebenenfalls auch aus einer Markterkundung nach § 24 BVergG 2018 ergibt.<sup>15</sup> Aufgrund dieser ex ante Betrachtung sind lediglich Umstände zu berücksichtigen, die bei Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt waren. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist der Auftraggeber an seine Schätzung gebunden, unabhängig davon, dass sich zu einem späteren Zeitpunkt, aus welchen Gründen auch immer, ein anderer Auftragswert ergibt.<sup>16</sup>

#### 1.2.3.2 Der vergaberechtliche Vorhabensbegriff und das Verbot des Auftragsplits

Zur Beurteilung, ob ein für die Berechnung des geschätzten Auftragswerts maßgebliches einheitliches Vergabevorhaben iSd § 13 BVergG 2018 vorliegt, ist der Rsp des EuGH und den Mat zufolge von einer – in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht – funktionel-

<sup>13</sup> Vgl auch § 13 Abs 3 BVergG 2018.

<sup>14</sup> *Fruhmann*, BVergG 2018 (2018) § 13, 153.

<sup>15</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 48.

<sup>16</sup> VwGH 20. 4. 2016, Ro 2014/04/0071; vgl ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 101.

## 1. Der Lieferauftrag

len Betrachtungsweise auszugehen.<sup>17</sup> Dies erfordert die Einbeziehung unterschiedlicher Gesichtspunkte wie den örtlichen Zusammenhang, den gemeinsamen Zweck, die gemeinsame Planung oder das Vorliegen von Aufträgen aus gleichen Fachgebieten. Darüber hinaus ist als weiterer Gesichtspunkt zu berücksichtigen, ob die in Frage stehenden Auftragsvergaben einen wirtschaftlichen Zusammenhang aufweisen. Die Beurteilung der Zugehörigkeit von Aufträgen zu einem (einheitlichen) Vorhaben iSd § 13 Abs 1 BVergG 2018 ist demzufolge im Einzelfall der Vergabe eines Auftrags ausgehend von den jeweiligen tatsächlichen Umständen, die einen allfälligen wirtschaftlichen und technischen Zusammenhang begründen, vorzunehmen.<sup>18</sup>

Gewichtige Gründe, die für die Zusammenfassung von Aufträgen sprechen, sind

- ▶ die Gleichzeitigkeit der Einleitung der Vergabeverfahren,
- ▶ die Ähnlichkeit der Bekanntmachungen,
- ▶ die Einheitlichkeit des Gebiets, in dem diese Verfahren eingeleitet worden sind, und
- ▶ die Koordinierung durch eine einzige Einrichtung.<sup>19</sup>

Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf darüber hinaus gem § 13 Abs 5 BVergG 2018 nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung des BVergG 2018 (insb die Bekanntmachungsvorschriften und die Vorschriften zur Wahl des Vergabeverfahrens) zu umgehen. Jede Form von Auftragsaufteilung, die nicht durch objektive Gründe gerechtfertigt ist, ist untersagt (Verbot des AuftragsSplittens).<sup>20</sup>

Entsprechend der im Zuge der Markterkundung der Marktgemeinde XY ermittelten Werte für das Fahrzeug und die Winterausrüstung könnte man versucht sein, beide Aufträge (Fahrzeug einerseits und Winterausrüstung andererseits) als getrennte Aufträge anzusehen (zB mit dem in der Praxis häufig vorkommenden Argument „Der Winter ist noch so weit entfernt“). Allerdings wäre unter Zugrundelegung der eben genannten Kriterien beides zusammen als ein Vorhaben zu werten und wäre eine entsprechende Aufteilung nicht durch entsprechende objektive Gründe zu rechtfertigen, zumal es ja gerade Intention der Marktgemeinde XY ist, auch eine Winterausrüstung anzuschaffen und bei entsprechender Separierung das Fahrzeug und/oder die Winterausrüstung allenfalls „direkt“ – und somit im Rahmen einer vergaberechtlichen Umgehung – vergeben werden könnte. Nachdem die Marktgemeinde XY die Berechnung des geschätzten Auftragswerts entsprechend durchgeführt und dokumentiert hat, wird ein Wert von € 135.000,– ermittelt.

<sup>17</sup> VwGH 23. 5. 2014, 2013/04/0025, mVa EuGH 15. 3. 2012, C-574/10, *Kommission/Deutschland*, Rn 36 ff; ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 47.

<sup>18</sup> Vgl EuGH 5. 10. 2000, C-16/98, *Kommission/Frankreich*, Rn 64 und 65; *Lehner/Oppel*, Geschätzter Auftragswert, ZVB 2014/119.

<sup>19</sup> VwGH 20. 4. 2016, Ro 2014/04/0071.

<sup>20</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 48.

### 1.2.4 Einleitung des Vergabeverfahrens im engeren Sinn (gemeindeinterne Zuständigkeiten anhand des Beispiels Stmk GemO)

Die Marktgemeinde XY kann als Gebietskörperschaft lediglich durch ihre Organe (und iWf durch ihre Organwalter) rechtswirksam handeln.<sup>21</sup> Die Zuständigkeiten der für den vorliegenden Beschaffungsvorgang maßgeblichen Gemeindeorgane (Gemeindevorstand, Gemeinderat) ergibt sich aus den §§ 43 ff Stmk GemO.<sup>22</sup> Bereits vorab sei erwähnt, dass die Anschaffung eines neuen Kommunaltraktors ein Sachverhalt ist, der keine Zuständigkeit des Bgm nach § 45 Stmk GemO nach sich zieht. Insb zählt dies nicht zur Besorgung der „laufenden Verwaltung“ des Bgm (§ 45 Abs 2 lit c Stmk GemO), da dem (vorliegenden) Beschaffungsvorgang jedenfalls eine weittragende finanzielle, wirtschaftliche und (allenfalls) politische Bedeutung zukommt und der Beschaffungsvorgang keine regelmäßig vorkommende Verwaltungsaufgabe darstellt.<sup>23</sup>

Gem § 44 Abs 1 lit c Stmk GemO hat der Gemeindevorstand die Befugnis, Bau-, Liefer-, und Dienstleistungsaufträge zu vergeben – dies allerdings mit der Maßgabe, dass der Auftrag im Voranschlag berücksichtigt worden ist („im Rahmen des Voranschlages“) und die Kosten im Einzelfall (bei regelmäßig wiederkehrenden Vergaben die jährlichen Kosten) ein Prozent (im Falle der Übertragung nach § 43 Abs 2 Z 2 Stmk GemO drei Prozent) der Summe „Erträge des Ergebnisvoranschlages Gesamthaushalt“ des laufenden Haushaltsjahrs nicht übersteigen. Bei einem Überschreiten der 3%-Grenze ist automatisch immer eine Zuständigkeit des Gemeinderats gegeben.

Sofern in der Marktgemeinde XY keine Übertragung nach § 43 Abs 2 Z 2 Stmk GemO vorgenommen wurde und die Zuständigkeit des Gemeindevorstands durch die Ein-Prozent-Grenze gedeckelt bleibt (vorliegendenfalls € 210.000,-), ist von der Zuständigkeit des Gemeindevorstands der Marktgemeinde XY dergestalt auszugehen, dass er nicht nur das Vergabeverfahren durch Beschluss beenden muss, sondern implizit auch initiieren kann. Der Gemeinderat bleibt vorliegend allerdings für die Schaffung der entsprechenden Voranschlagsstelle und für die Bereitstellung der nötigen finanziellen Mittel zuständig.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> *Stolzlechner*, Art 117 B-VG, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (3. Lfg 2004) Rz 1.

<sup>22</sup> G vom 14. 6. 1967, mit dem für die Gemeinden des Landes Steiermark mit Ausnahme der Städte mit eigenem Statut eine Gemeindeordnung erlassen wird (Steiermärkische Gemeindeordnung 1967 – Stmk GemO) LGBl 1967/115 idF LGBl 2021/118.

<sup>23</sup> Zur laufenden Verwaltung des Bgm vgl zB *D. Neger*, Kompetenz des Bürgermeisters in Ausübung der laufenden Verwaltung der Gemeinde. Was darf der Bürgermeister – was darf er nicht? RFG 2018, 76 ff.

<sup>24</sup> Siehe zB § 79 Abs 3 Stmk GemO zu außer- und überplanmäßigen Mittelverwendungen sowie § 78 Stmk GemO zu Nachtragsvoranschlägen.

Rechtlich nicht möglich ist die Einleitung eines Vergabeverfahrens durch einen Fachausschuss iSd § 28 Stmk GemO, da Ausschüsse lediglich Entscheidungen der anderen – mit Außenwirkung ausgestatteten – Organe vorbereiten bzw vorliegend lediglich Hilfsorgan wären.<sup>25</sup> Im Rahmen ihrer Zuständigkeit können jedoch den Ausschüssen einzelne Aufgaben des Vergabeverfahrens im Innenbereich (zB Mithilfe bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses, Auswertung der Markterkundung usw) übertragen werden.

### 1.3 Weitere Planung und Ablauf des Vergabeverfahrens

#### 1.3.1 Schwellenwerte

Die sog Schwellenwerte sind Kenngrößen, mit denen ein Vergabeverfahren je nach Art des Auftrags dem Oberschwellen- (OSB) oder dem Unterschwellenbereich (USB) zugeordnet wird. Diese sind grundsätzlich in § 12 BVergG 2018 geregelt. Daneben bestehen im USB vereinzelt sog Subschwellenwerte, die vereinfachte Verfahren zulassen (zB nicht offene Verfahren oder Direktvergabe gem §§ 43 ff BVergG 2018). Weitere Erleichterungen werden durch die SchwellenwertVO 2023<sup>26</sup> etabliert, die insb die Direktvergabe bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 100.000,– ermöglicht.<sup>27</sup> Die EU erlässt zur Unterscheidung von OSB und USB in zeitlichen Abständen VO mit entsprechenden Wertgrenzen.<sup>28</sup> Die derzeit für alle Gebietskörperschaften als öffentliche Auftraggeber geltenden Werte lauten wie folgt:

- ▶ Bauaufträge: € 5,538.000,–
- ▶ Liefer- und Dienstleistungsaufträge: € 221.000,–
- ▶ Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich: € 443.000,–

Bedeutend ist, dass der Auftraggeber im USB im Wesentlichen aus einer größeren Anzahl an zur Verfügung stehenden Vergabeverfahren wählen kann, und dadurch lässt sich, sofern ein „geringerer“ geschätzter Auftragswert gegeben ist, das Vergabeverfahren flexibler gestalten. Weiters verkürzen sich im USB auch zahlreiche Fristen. Bekanntmachungen sind im USB in der Regel nur im Inland zu veröffentlichen.<sup>29</sup>

#### 1.3.2 Wahl der Vergabeverfahrensart

Nachdem die Berechnung des geschätzten Auftragswerts entsprechend durchgeführt und dokumentiert wurde, errechnet die Marktgemeinde XY einen Wert von € 135.000,–. Da die Wahl der Direktvergabe und des nicht offenen Verfahrens

<sup>25</sup> Vgl VfSlg 19.345/2011.

<sup>26</sup> V der BM für Justiz betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2018 festgesetzten Schwellenwerten (Schwellenwertverordnung 2023), BGBl II 2023/405.

<sup>27</sup> Die SchwellenwertVO 2023 trat mit 7. 2. 2023 in Kraft. Die zunächst bis Ende Dezember 2023 befristete Schwellenwertverordnung 2023 wurde um zwei weitere Jahre, sohin bis 31. 12. 2025, verlängert (BGBl II 2023/405).

<sup>28</sup> Sog EU-SchwellenwertVO – derzeit VO (EU) 2021/1950 bis 1953.

<sup>29</sup> Vgl auch *Liebmann in Pabel* (Hrsg), Gemeinderecht Rz 111.

aufgrund der Subschwellenwerte in § 43 Z 2 BVergG 2018 iVm § 1 Z 1 SchwellenwerteVO sowie § 46 Abs 2 BVergG 2018 iVm § 1 Z 3 SchwellenwerteVO ausgeschlossen ist, würde sich für die Marktgemeinde XY anbieten, ein offenes Verfahren oder ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung iSd § 33 BVergG 2018 durchzuführen.

Das offene Verfahren hat aufgrund seiner einstufigen, vergleichsweise „anwenderfreundlichen“ Ausgestaltung in der Praxis große Bedeutung erlangt. Die Wahl des offenen Verfahrens bietet sich *va* dann an, wenn keine besonderen Gründe für eine notwendige Vorauswahl von Bewerbern sprechen und die Leistung von vornherein so eindeutig beschrieben werden kann, dass die Angebote vergleichbar sind und unmittelbar durch Zuschlag ein Leistungsvertrag (im Ausgangsbeispiel: ein Liefervertrag) zustande kommen kann. Zu beachten ist auch, dass der Auftraggeber – um die Gleichbehandlung aller Bieter zu wahren – im offenen Verfahren nicht mit dem Bieter über eine Angebotsänderung verhandeln darf (Verhandlungsverbot nach § 112 Abs 3 BVergG 2018). Im Gegensatz zum offenen Verfahren ist das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung (bzw auch das Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung) aufgrund seiner Zweistufigkeit „komplexer“ als das offene Verfahren.

Das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung erlaubt es allerdings, dass hinsichtlich des Bieterkreises seitens des öffentlichen Auftraggebers eine gewisse Einschränkung vorgenommen werden kann. So kann anhand von Eignungs- und Auswahlkriterien in der ersten Verfahrensstufe (Teilnahmephase) von vornherein sichergestellt werden, dass nicht jeder beliebige Unternehmer, sondern nur entsprechend geeignete Bewerber in der zweiten Stufe (Angebotsphase) am Vergabeverfahren als Bieter teilnehmen können.

**Achtung!** Anders als beim zweistufigen Verfahren (zB nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung) gibt es im einstufigen Verfahren (zB offenes Verfahren) zwar Eignungs-, aber keine Auswahlkriterien!

Da der Leistungsgegenstand im Fall der Marktgemeinde XY (Kommunaltraktor samt Winterausrüstung) eindeutig beschrieben werden kann und auch ohne Verhandlungen eine Vergleichbarkeit von Angeboten gegeben ist, entscheidet sich diese letztlich dafür, ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich für die Vergabe des gegenständlichen Lieferauftrags durchzuführen.

### 1.3.3 Die Ausschreibung der zu beschaffenden Leistung – die Ausschreibungsunterlagen

Beschaffungsvorhaben unterliegen nach §§ 50 ff BVergG 2018 bestimmten Bekanntmachungspflichten. Im Unterschwellenbereich ist die beabsichtigte Auftragsvergabe jedenfalls national bekannt zu machen, sodass die Bekanntmachung grundsätzlich auf die na-

tionalen Publikationsmedien beschränkt bleibt. Die öffentliche Bekanntmachung soll gewährleisten, dass jedes Unternehmen (theoretisch) die Möglichkeit erhält, Aufträge von der öffentlichen Hand zu erlangen. Beim offenen Verfahren wird eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Nach § 64 Abs 1 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber Bekanntmachungen im Unterschwellenbereich zu veröffentlichen, indem er die Metadaten der Kerndaten von Vergabeverfahren auf [www.data.gv.at/](http://www.data.gv.at/) bereitstellt und darin auf die Kerndaten für Bekanntmachungen verweist. Weitere Bekanntmachungen in sonstigen geeigneten Publikationsmedien stehen dem öffentlichen Auftraggeber frei (§ 64 Abs 3 BVergG 2018).

Der Mindestinhalt von Bekanntmachungen im USB wird in Anhang XX zum BVergG 2018 geregelt. Aus der Bekanntmachung hat insb hervorzugehen, wer Auftraggeber ist und welcher Kategorie der Auftraggeber zuzurechnen ist. Nach § 2 Z 7 BVergG 2018 handelt es sich bei der Ausschreibung um die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmern gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bedingungen erhalten möchte (Bekanntmachung sowie Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen).

Die Ausschreibung stellt demnach den zentralen Bestandteil eines jeden Vergabeverfahrens dar. In den Ausschreibungsunterlagen sollen die gewünschten Leistungen in technischer, kaufmännischer und rechtlicher Hinsicht umschrieben und auch die Bedingungen für die Leistungserbringung definiert werden. Die Ausschreibungsunterlagen bestehen daher im Wesentlichen aus der Leistungsbeschreibung und aus den Bestimmungen über den Leistungsvertrag. Der genaue Inhalt der Ausschreibungsunterlagen richtet sich jeweils nach der zu beschaffenden Leistung. Das BVergG 2018 enthält jedoch in §§ 88 ff detaillierte Bestimmungen für die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen, welche je nach Verfahrensart variieren (s insb § 91 BVergG 2018, welcher den „Inhalt der Ausschreibungsunterlagen“ regelt).

### 1.3.3.1 Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung soll eine hinreichende Information der Bieter, deren Gleichbehandlung und Schutz vor willkürlichen Entscheidungen des Auftraggebers sowie die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen.<sup>30</sup> Die Art der Leistungsbeschreibung kann nach § 103 Abs 1 BVergG 2018 wahlweise konstruktiv oder funktional erfolgen.

Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung ist die Leistung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist (§§ 103 Abs 2, 104 Abs 1 BVergG 2018).

Bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung ist die Leistung als Aufgabenstellung hingegen durch Festlegung von Leistungs- und Funktionsanforderungen zu beschreiben (§ 103 Abs 3 BVergG 2018). Eine funktionale Leistungsbeschreibung bietet sich va in je-

---

<sup>30</sup> Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht<sup>5</sup> 140.