

**Lieferaufträge  
Fragen Auftrags-  
vergabe**  
Th. Mayer/Th. Neger/  
Doriath

# RFG

## Recht & Finanzen für Gemeinden

### Schwerpunkt

#### Photovoltaikanlagen

##### Eignungszonen für PV-Anlagen

Paul Kerschbaummayr

##### PV-Anlagen der ÖBB – Kompetenzen

Viktor Malhotra

### Aktuelles

#### Steuer-Radar

### Beiträge

#### RaumO iZm leerstehenden Zweitwohnsitzen

Daniela Kraschowetz

#### Neuerungen des Petitionsrechts

Mirjam Zeitfogel

#### Enteignung im Starkstromwegerecht

Manuel Reiter

#### Unfall auf Erlebnisweg – Wegehalterhaftung

Silvia Riederer

# Aktuelle Praxisfragen für Gemeinden bei kommunalen Auftragsvergaben – Lieferaufträge (Teil 1)

## Der Beitrag schnell gelesen

Die Marktgemeinde XY benötigt einen Ersatz für den in die Jahre gekommenen Kommunaltraktor. Sie weiß von vergangenen Beschaffungsvorgängen, dass sie hiebei die Bestimmungen des Vergaberechts zu beachten hat. IdZ treten in der Marktgemeinde XY folgende Fragen auf:

- ▶ Handelt es sich bei der Beschaffung des Kommunaltraktors überhaupt um einen Vorgang, welcher dem Vergaberecht unterliegt?
- ▶ Wer ist in der Gemeinde für die Vergabe eines solchen Auftrags zuständig?
- ▶ Kann die Gemeinde auf Unternehmen in der Region zugehen oder muss sie sich gar europaweit auf die Suche nach potentiellen Auftragnehmern begeben?

Diese und weitere praxisrelevante Fragen iZm kommunalen Auftragsvergaben für Lieferaufträge werden in diesem Beitrag behandelt.

## Vergaberecht

Art 14 b B-VG; §§ 1, 4, 6, 9 ff, 12, 13, 24, 26, 33, 43 ff, 88, 112, 178 f BVergG 2018; §§ 28, 43 ff, 59, 78 f Stmk GemO  
EuGH 20. 3. 2018, C-187/16; EuGH 11. 1. 2005, C-26/03; EuGH 6. 12. 2017, C-408/16; EuGH 8. 4. 2008, C-337/05; VwGH 2. 10. 2012, 2010/04/0124-6; VwGH 1. 3. 2022, Ra 2019/04/0139

**RFG 2023/17**



Mag. Dr. THOMAS MAYER ist Referent in der Abteilung 7 – Gemeinden, Wahlen und ländlicher Wegebau des Amts der Steiermärkischen Landesregierung.

RA Dr. THOMAS NEGER ist Rechtsanwalt und Partner in der Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

RAA Mag.ª LISA MARIE DORIATH ist Rechtsanwaltsanwältin in der Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

## Inhaltsübersicht:

- A. Allgemeine Einführung in das Vergaberecht
- B. Sachverhaltsbeispiel
- C. Rechtliche Ausgangslage
  1. Allgemeines
  2. Örtlicher und persönlicher Geltungsbereich
  3. Sachlicher Geltungsbereich
  4. Lieferauftrag gem § 6 BVergG 2018
  5. Wege aus dem Vergaberecht (Ausnahmen vom Anwendungsbereich)
- D. Lieferaufträge der Gemeinde
  1. Markterkundungen im Vorfeld
  2. Vermeidung von Interessenkonflikten
  3. Berechnung des geschätzten Auftragswerts
    - a) Allgemeines zum geschätzten Auftragswert
    - b) Der vergaberechtliche Vorhabensbegriff und das Verbot des Auftragsplittens
  4. Einleitung des Vergabeverfahrens im engeren Sinn (gemeindeinterne Zuständigkeiten anhand des Beispiels Stmk GemO)

## A. Allgemeine Einführung in das Vergaberecht

Das Vergaberecht regelt die Beschaffung von Bauleistungen, Waren/Lieferleistungen und Dienstleistungen (Vergabe von öffentlichen Aufträgen) durch die öffentliche Hand. Zur Besorgung

ihrer (öffentlichen) Aufgaben benötigen der Staat (Bund, Länder, Gemeinden) sowie sonstige (öffentliche) Einrichtungen in großem Umfang Waren und Leistungen in verschiedensten Ausprägungsformen. Dieser Bedarf kann nur beschränkt durch „staatliche Eigenleistungen“ gedeckt werden. Durch öffentliche Auftragsvergaben treten der Staat und weitere, ihm zurechenbare Einrichtungen marktmäßig als Nachfrager („Einkäufer“) auf und beziehen Waren und Leistungen von Teilnehmern des „allgemeinen Markts“.

Öffentlichen Auftraggebern kommt in der Regel eine „übermächtige“ Marktstellung zu. Durch das Vergaberecht wird ein formalisiertes Verfahren für die Beschaffungen der öffentlichen Hand vorgegeben. Dadurch soll eine objektive, transparente und vorhersehbare Marktteilnahme öffentlicher Auftraggeber iSe fairen Wettbewerbs sowie ein möglichst effizienter Einsatz der staatlichen Mittel erreicht werden. Zudem werden den Marktteilnehmern (Bietern) Rechtsschutzinstrumente zur Verfügung gestellt.

Zu beachten ist, dass Verkäufe bzw sonstige Leistungserbringungen der öffentlichen Hand grundsätzlich nicht dem Regime des Vergaberechts unterliegen (auch keine analoge Anwendbarkeit). Hier spielt jedoch oftmals das Beihilferecht eine Rolle.<sup>1</sup>

Die gesetzliche Regelung des Vergabewesens erfolgt in Österreich grundsätzlich durch das Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018).<sup>2</sup> Aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung (Art 14 b B-VG) bestehen jedoch auch landesrechtliche Vorschriften betreffend den Rechtsschutz (Vergabekontrollbehörden) bei Auftragsvergaben durch Bundesländer und Gemeinden (zB für die Steiermark in Form des Steiermärki-

<sup>1</sup> Man denke etwa an den Fall, dass eine Gemeinde ein Grundstück an einen privaten Bauträger veräußern möchte. Sofern dies nicht zu einer marktadäquaten Gegenleistung erfolgt, liegt grundsätzlich eine Beihilfe vor.

<sup>2</sup> BGBl I 2018/65 idF BGBl II 2019/91.

schen Vergaberechtschutzgesetzes 2018 – StVergRG 2018).<sup>3</sup> Durch das BVergG 2018 werden auch zahlreiche Rechtsakte der EU (Richtlinien und Verordnungen) umgesetzt bzw. berücksichtigt. Zu beachten sind jedoch auch Bestimmungen des primären EU-Rechts, wie etwa die vier Grundfreiheiten des Europäischen Binnenmarkts (freier Warenverkehr, freier Personenverkehr, Dienstleistungsfreiheit sowie freier Kapital- und Zahlungsverkehr) oder das Diskriminierungsverbot (Verbot, Bürger, Waren und Dienstleistungen aus anderen MS schlechter zu behandeln als eigene Bürger, Waren oder Dienstleistungen).

Die Autor:innen dieses Beitrags sind seit vielen Jahren als Praktiker mit der Begleitung und Durchführung von Beschaffungsvorgängen im Gemeindebereich befasst. Dabei stellen sich wiederholt ähnliche Spezialfragen. Derartige praxisrelevante Fallkonstellationen werden im Folgenden – ohne Anspruch auf Vollständigkeit – dargestellt und behandelt.

## B. Sachverhaltsbeispiel

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?

## C. Rechtliche Ausgangslage

### 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>4</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.

### 2. Örtlicher und persönlicher Geltungsbereich

Öffentlicher Auftraggeber in einem Vergabeverfahren ist stets jene juristische Person, die zivilrechtlicher Vertragspartner wer-

den soll.<sup>5</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>6</sup>

### 3. Sachlicher Geltungsbereich

Welche konkreten Beschaffungsvorgänge der Marktgemeinde XY in den sachlichen Geltungsbereich des BVergG 2018 fallen, ergibt sich – in Entsprechung der VergabeRL<sup>7</sup> – aus den Auftragsarten der §§ 5 bis 8 BVergG 2018. Das Gesetz unterscheidet dabei zwischen:

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

### 4. Lieferauftrag gem § 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 dem Verlegen und der Installation, ist. Vom Warenbegriff erfasst sind sämtliche Sachen, die einen Geldwert haben.<sup>8</sup> Auch die Beschaffung von nicht körperlich umfasster Sachen wie zB elektrischer Energie (Strom) oder Gas stellt einen Lieferauftrag dar. Zudem ist ein Eigentumsübergang keine notwendige Voraussetzung, dass ein Lieferauftrag vorliegt (zB erfolgt bei Leasing-, Miet- oder Pachtverträgen kein Eigentumsübergang).<sup>9</sup>

### 5. Wege aus dem Vergaberecht (Ausnahmen vom Anwendungsbereich)

Durch §§ 9f BVergG 2018 werden zahlreiche Ausnahmen vom Anwendungsbereich des Gesetzes festgelegt. Unabhängig vom für den Sektorenbereich geltenden Ausnahmekatalog<sup>10</sup> sind die („allgemeinen“) Ausnahmen grundsätzlich abschließend geregelt.<sup>11</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>12</sup> Weiters sind die für die Ausnahme maßgebenden Gründe entsprechend schriftlich festzuhalten/zu dokumentieren (§ 9 Abs 2, § 10 Abs 6 BVergG 2018).

<sup>3</sup> LGBI 2018/62 idF LGBI 2019/43.

<sup>4</sup> Siehe § 1 Abs 1 Z 1 und 2 BVergG 2018.

<sup>5</sup> ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 12 zum Vorgängergesetz BVergG 2006.

<sup>6</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 [...]“.

<sup>7</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>8</sup> Vgl. Liebmann, Vergaberecht in der Gemeinde, in Pabel (Hrsg.), Das österreichische Gemeinderecht (2020), Rz 77.

<sup>9</sup> ErläutRV 69, BlgNR 26. GP 29.

<sup>10</sup> Siehe §§ 178f BVergG 2018.

<sup>11</sup> Liebmann in Pabel (Hrsg.), Gemeinderecht Rz 86.

<sup>12</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.

### Praxistipp

Unabhängig von der allgemeinen Dokumentation des Vergabeverfahrens durch eine Gebietskörperschaft gilt es insb bei der Anwendung der Ausnahmebestimmungen nach §§ 9f BVergG 2018 eine entsprechend **sorgfältige und aussagekräftige Dokumentation** durchzuführen. Im Geltungsbereich des BVergG 2018 unterliegen Vergabeverfahren der nachprüfenden Kontrolle der Rechtschutzinstanzen, wobei je nach Vergabeverfahren einzelne Entscheidungen auch gesondert anfechtbar sind. Im Zuge der Vorlage des Vergabeakts an die Rechtsschutzinstanz kommt der Dokumentation größte Bedeutung zu.<sup>13</sup>

## D. Lieferaufträge der Gemeinde

### 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>14</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 Rechtschutzanträge zu stellen.<sup>15</sup>

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.

### Praxistipp

Konsultationen im Rahmen der Markterkundung könnten auch durch Dritte (zB Rechtsanwälte, Behörden oder sonstige Unternehmen) durchgeführt werden.<sup>16</sup> Bei der Durchführung einer Markterkundung sollte jedenfalls klar zum Ausdruck gebracht werden, dass lediglich eine Markterkundung durchgeführt wird und noch kein Vergabeverfahren eingeleitet wird. Handlungen, die von Unternehmen als Einleitung oder Teil der Durchführung eines Vergabeverfahrens verstanden werden könnten (zB Preisverhandlungen oder eine Einforderung von Angeboten), sind tunlichst zu vermeiden.

### 2. Vermeidung von Interessenkonflikten

**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.

<sup>13</sup> Siehe auch *Lehner/Oppel*, ... und täglich grüßt die vollständige Dokumentation, ZVB 2011, 463.

<sup>14</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>15</sup> VwGH 1. 3. 2022, Ra 2019/04/0139.

<sup>16</sup> Insofern es sich hier um entgeltliche Beratungsvorgänge handelt, sind die entsprechenden Vorschriften des BVergG 2018 zu beachten; ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 59.

Ein vergaberechtlicher Interessenkonflikt liegt insb dann vor, wenn Mitarbeiter eines öffentlichen Auftraggebers oder einer vergabenden 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>17</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 Vergabende Stelle – siehe § 2 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).

### 3. Berechnung des geschätzten Auftragswerts

#### a) 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>18</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>19</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 (siehe Punkt D Z 1) ergibt.<sup>20</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 ei-

nem späteren Zeitpunkt, aus welchen Gründen auch immer, ein anderer Auftragswert ergibt.<sup>21</sup>

#### Praxistipp

Wenn eine Gemeinde zu einer derartigen Schätzung des Auftragswerts nicht imstande ist, hat sie entsprechend – wie bei der Markterkundung – sachkundige Dritte beizuziehen.

#### b) Der vergaberechtliche Vorhabensbegriff und das Verbot des Auftragsplittens

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 – funktionellen Betrachtungsweise auszugehen.<sup>22</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>23</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>24</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 Auftragsplittens).<sup>25</sup>

Entsprechend der im Zuge der Markterkundung der Marktgemeinde XY ermittelten Werte für das Fahrzeug und die Winterausrüstung – siehe Punkt D Z 1) – könnte man versucht sein, beide Aufträge (Fahrzeug einerseits und Winterausrüstung andererseits) als getrennte Aufträge anzusehen (zB mit dem in der Praxis

<sup>17</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 60.

<sup>18</sup> Vgl auch § 13 Abs 3 BVergG 2018.

<sup>19</sup> Fruhmann, BVergG 2018 (2018) § 13, 153.

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

<sup>21</sup> VwGH 20. 4. 2016, Ro 2014/04/0071; vgl ErläutRV 1171 BlgNR 22. GP 101.

<sup>22</sup> VwGH 23. 5. 2014, 2013/04/0025, mVa EuGH 15. 3. 2012, C-574/10, *Kommission/Deutschland*, Rn 36ff; ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 47.

<sup>23</sup> Vgl EuGH 5. 10. 2000, C-16/98, *Kommission/Frankreich*, Rn 64 und 65; *Lehner/Oppel*, Geschätzter Auftragswert, ZVB 2014/119.

<sup>24</sup> VwGH 20. 4. 2016, Ro 2014/04/0071.

<sup>25</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 48.

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.

#### 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>26</sup> Die Zuständigkeiten der für den vorliegenden Beschaffungsvorgang maßgeblichen Gemeindeorgane (Gemeindevorstand, Gemeinderat) ergibt sich aus den §§ 43 ff Stmk GemO.<sup>27</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>28</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,-, siehe Punkt B), ist von der Zu-

ständigkeit 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>29</sup>

#### Praxistipp

Da nach der Rsp<sup>30</sup> ein Vergabeverfahren erst dann eingeleitet ist, wenn eine den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt, empfiehlt es sich jedenfalls, den eigentlichen „Start“ des Vergabeverfahrens durch Beschluss des zuständigen Gemeindeorgans zu legitimieren. Dies ist auch in praktischer Hinsicht bedeutsam, zumal Gemeinden bei Auftragsvergaben oftmals externe Unterstützung und Beratung in Anspruch nehmen (zB Beauftragung einer Rechtsanwaltskanzlei mit der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und der Durchführung des Vergabeverfahrens als vergebende Stelle) und dies in einem (dh ein Tagesordnungspunkt mit zB zwei oder mehreren Unterpunkten) beschlossen werden kann.

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>31</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.

#### Praxistipp

Zu beachten ist, dass Sitzungen des Gemeindevorstands nicht öffentlich sind (§ 59 Abs 1 S 3 Stmk GemO). Es empfiehlt sich jedoch, auch den Gemeinderat über gewisse Verfahrensstadien entsprechend zu informieren, da die rechtliche Unzuständigkeit des Gemeinderats verbunden mit der eben erwähnten Nicht-Öffentlichkeit sehr oft auch als „bewusste Informationssperre“ (politisch) ausgelegt wird.

<sup>26</sup> *Stolzlechner*, Art 117 B-VG, in *Kneihls/Lienbacher* (Hrsg), Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht (3. Lfg 2004) Rz 1.

<sup>27</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>28</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>29</sup> Siehe zB § 79 Abs 3 Stmk GemO zu außer- und überplanmäßigen Mittelverwendungen sowie § 78 Stmk GemO zu Nachtragsvoranschlägen.

<sup>30</sup> VwGH 21. 12. 2005, 2003/04/0048.

<sup>31</sup> Vgl VfSlg 19.345/2011.

Plus

**ÜBER DIE AUTOR:INNEN**

Dr. Thomas Mayer ist Referent in der Abteilung 7 – Gemeinden, Wahlen und ländlicher Wegebau des Amts der Steiermärkischen Landesregierung und auf Vergaberecht spezialisiert.

Kontaktdaten: Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Abteilung 7 – Gemeinden, Wahlen und ländlicher Wegebau, Hofgasse 13, 8010 Graz. Tel: 0316 877 4249

E-Mail: thomas.mayer@stmk.gv.at

Dr. Thomas Neger ist Rechtsanwalt in Graz und Partner in der ua auf Vergabe- und Gemeinderecht spezialisierten Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

Kontaktdaten: Ulm Neger Partner Rechtsanwälte GmbH, Parkstraße 1, 8010 Graz. Tel: 0316 23 20 32

E-Mail: t.neger@unp.at

Mag.<sup>a</sup> Lisa Marie Doriath ist Rechtsanwaltsanwärterin in der Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

Kontaktdaten: Ulm Neger Partner Rechtsanwälte GmbH, Parkstraße 1, 8010 Graz. Tel: 0316 23 20 32

E-Mail: l.doriath@unp.at

**VON DENSELBEIN AUTOR:INNEN ERSCHEIENEN**

- ▶ Mayer, Feuerwehrrecht und Katastrophenschutz, in *Paier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht – Bd 2;
- ▶ Mayer, Organisations-, Dienst- und Abgabenrecht (2016) 259 ff;
- ▶ Thomas Neger/Elisabeth Paar, Haftungen von Gemeinden in Immobilienkaufverträgen im Lichte des § 81 Abs 2 Stmk BauG, Recht & Finanzen für Gemeinden RFG 2020, 177–183;

- ▶ Thomas Neger, Änderung der Aarhus-Verordnung, Nachhaltigkeitsrecht, Nr 2022/Heft 1, 103–106;
- ▶ Thomas Neger/Pascal Dreier/Lisa Doriath, Die aktuelle Bauungsdichtediskussion im Steiermärkischen Bau- und Raumordnungsrecht und die Gefahr der Nichtigkeitssanktion, bbl 147–151;
- ▶ Thomas Neger/Lisa Doriath, Zur Frage der Aufsichtsratspflicht einer österreichischen GmbH im grenzüberschreitenden Konzernverhältnis, *ecolex* 2022, 457–460.

**DANKSAGUNG**

Die Autor:innen danken den kurz vor Drucklegung dieses Beitrags unerwartet verstorbenen Herrn Hofrat Dr. *Manfred Kindermann*, Leiter des Referats Gemeinderecht und Wahlen in der Abteilung 7 – Gemeinden, Wahlen und ländlicher Wegebau des Amts der Steiermärkischen Landesregierung, an dieser Stelle vielmals für seine Anregungen und die kritische Durchsicht des Manuskripts für diesen Beitrag.

**HINWEIS**

Der im Beitrag anhand eines Praxisbeispiels dargestellte Lieferauftrag stellt dabei als eine der drei Auftragsarten nur einen Teilaspekt des „kommunalen Vergaberechts“ dar; in zwei weiteren Beiträgen in den nächsten Ausgaben der RFG werden sich die Autor:innen mit der Vergabe von Dienstleistungs- und Bauaufträgen beschäftigen und auch darauf eingehen, welche Besonderheiten Gemeinden in vergabeberechtigten Rechtsschutzverfahren zu beachten haben. Teil 2 dieses Beitrags erscheint in RFG 3/2023.