

Aktuelle Praxisfragen für Gemeinden bei kommunalen Auftragsvergaben – Lieferaufträge (Teil 2)

Der Beitrag schnell gelesen

Die Marktgemeinde XY benötigt einen Ersatz für den in die Jahre gekommenen Kommunaltraktor. Sie weiß von vergangenen Beschaffungsvorgängen, dass sie hierbei 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 2023/30



Mag. Dr. THOMAS MAYER ist Referent in der Abteilung 7 – Gemeinden, Wahlen und ländlicher Wegebau des Amtes 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 Rechtsanwaltsanwärtlerin in der Kanzlei Ulm Neger Partner Rechtsanwälte.

Inhaltsübersicht:

E. Weitere Planung und Ablauf des Vergabeverfahrens

1. Schwellenwerte
2. Wahl der Vergabeverfahrensart
3. Ausschreibung der zu beschaffenden Leistung – die Ausschreibungsunterlagen
 - a) Leistungsbeschreibung
 - b) Leistungsvertrag
 - c) Anforderungen an die Eignung der Bieter
 - d) Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangebot
 - e) Subunternehmerleistungen
 - f) Angebotsfrist – Zuschlagsfrist
 - g) Zuschlagsprinzip und Zuschlagskriterien
 - h) Bindung an die Ausschreibungsunterlagen und Berichtigung
 - i) Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen
4. Entgegennahme und Öffnung der Angebote
 - a) Einreichung
 - b) Entgegennahme und Öffnung der Angebote
5. Angebotsprüfung
 - a) Anforderungen an die Bewertungskommission
 - b) Angebotsprüfung im engeren Sinn (§§ 135 bis 140 BVergG 2018)
6. Zuschlagsverfahren
 - a) Zuschlagsentscheidung und Stillhaltefrist
 - b) Zuschlagserteilung

- c) Das zuständige Gemeindeorgan in der Zuschlagsphase (Vergabeentscheidung)
- d) Niederschrift über die Auswahl (Vergabevermerk)

F. Resümee und Ausblick

E. Weitere Planung und Ablauf des Vergabeverfahrens

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 2023³³ etabliert, die insb die Direktvergabe bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 100.000,- ermöglicht.³⁴

Die EU erlässt zur Unterscheidung von OSB und USB in zeitlichen Abständen VO mit entsprechenden Wertgrenzen.³⁵ Die derzeit für alle Gebietskörperschaften als öffentliche Auftraggeber geltenden Werte lauten wie folgt:

- ▶ Bauaufträge: € 5.382.000,-
- ▶ Liefer- und Dienstleistungsaufträge: € 215.000,-
- ▶ Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Sektorenbereich: € 431.000,-

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“

³³ V der BM für Justiz betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2018 festgesetzten Schwellenwerten, BGBl II 2023/34.

³⁴ Die SchwellenwertVO 2023 trat mit 7. 2. 2023 in Kraft und wird gem § 2 SchwellenwertVO 2023 mit Ablauf des 30. 6. 2023 außer Kraft treten.

³⁵ Sog EU-SchwellenwertVO – derzeit VO (EU) 2021/1950 bis 1953.

geschätzter Auftragswert gegeben ist, das Vergabefahren flexibler gestalten. Weiters verkürzen sich im USB auch zahlreiche Fristen. Bekanntmachungen sind im USB in der Regel nur im Inland zu veröffentlichen.³⁶

2. Wahl der Vergabeverfahrensart

Nachdem die Berechnung des geschätzten Auftragswerts entsprechend durchgeführt und dokumentiert wurde, errechnet die Marktgemeinde XY einen Wert von € 135.000,- (siehe Pkt D Z 3 lit b). Da die Wahl der Direktvergabe und des nicht offenen Verfahrens aufgrund der Subschwelle in § 43 Z 2 BVergG 2018 iVm § 1 Z 1 SchwellenwertVO sowie § 46 Abs 2 BVergG 2018 iVm § 1 Z 3 SchwellenwertVO 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 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.

3. Die Ausschreibung der zu beschaffenden Leistung – die Ausschreibungsunterlagen

Beschaffungsvorhaben unterliegen nach §§ 50ff BVergG 2018 bestimmten Bekanntmachungspflichten. Im Unterschwellenbereich ist die beabsichtigte Auftragsvergabe jedenfalls national bekannt zu machen, sodass die Bekanntmachung grundsätzlich auf die nationalen 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/ 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 §§ 88ff detaillierte Bestimmungen für die Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen, welche je nach Verfahrensart variieren (s insb insb § 91 BVergG 2018, welcher den „Inhalt der Ausschreibungsunterlagen“ regelt).

a) Die Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung soll eine hinreichende Information der Bieter, deren Gleichbehandlung und Schutz vor willkürlichen Entscheidungen des Auftraggebers sowie die Vergleichbarkeit der Angebote sicherstellen.³⁷ 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 in jenen Fällen an, in denen den Bietern aufgrund der Art der nachgefragten Leistung

³⁶ Vgl auch Liebmann in Pabel (Hrsg), Gemeinderecht Rz 111.

³⁷ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht⁵ 140.

ein unternehmerischer Gestaltungsspielraum zukommen kann und auch soll.³⁸

Die Marktgemeinde XY hat nach der vorgenommenen Markterkundung nunmehr genaue Vorstellungen vom zu beschaffenden Kommunaltraktor samt Winterausrüstung und kann die Anforderungen an diesen eindeutig, vollständig und neutral beschreiben. Aus diesem Grund entscheidet sie sich für eine konstruktive Leistungsbeschreibung in den Ausschreibungsunterlagen.

b) Der Leistungsvertrag

Soweit sich die Bestimmungen über den Leistungsvertrag nicht bereits aus der Leistungsbeschreibung ergeben, sind sie so eindeutig und umfassend in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, dass ein eindeutiger Leistungsvertrag zustande kommen kann. Dabei wird in § 110 Abs 1 BVergG 2018 umfassend geregelt, für welche Angaben erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag festzulegen sind. Dabei handelt es sich bspw um Bestimmungen über den **Erfüllungszeitraum** (Z 1 leg cit), die **Arten der Preise** (Z 4 leg cit), den **Erfüllungsort** (Z 16 leg cit) sowie die **Gewährleistung und Haftung** (Z 24 leg cit).

Praxistipp

Die Bestimmungen über den Leistungsvertrag können entweder direkt in die Ausschreibungsbestimmungen aufgenommen oder aber auch in einem separaten Vertragsdokument festgehalten werden, welches als integrierender Bestandteil den Ausschreibungsunterlagen beigelegt wird.

Die Marktgemeinde XY möchte die leistungsvertraglichen Bestimmungen aus Gründen der besseren Übersicht und Nachvollziehbarkeit in einem separaten Vertragsdokument festhalten. Hiefür erstellt die Marktgemeinde XY einen eigenen Liefervertrag, welcher den Ausschreibungsunterlagen beigelegt wird. In den Ausschreibungsbestimmungen wird ausdrücklich festgehalten, dass der Liefervertrag einen integrierenden Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen darstellt.

c) Anforderungen an die Eignung der Bieter

In § 20 Abs 1 BVergG 2018 wird geregelt, dass die Auftragsvergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat. Der öffentliche Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen daher Eignungskriterien³⁹ festzulegen, anhand derer überprüft werden soll, ob – bezogen auf den konkreten Auftrag – ein Unternehmer zur Auftragsausführung befugt, ausreichend leistungsfähig und zuverlässig ist. Bei den Eignungskriterien handelt es sich – wie sich auch aus dem Wortlaut des BVergG 2018 ergibt – um jene Mindestanforderungen, die ein Unternehmer zwingend erfüllen muss, um am weiteren Vergabeverfahren teilnehmen zu können bzw zu dürfen („**K.O.-Kriterien**“).⁴⁰ Kann der Unternehmer bereits die Mindestanforderungen

nicht erfüllen, kann er auch nicht für eine Zuschlagserteilung in Frage kommen.

Die Marktgemeinde XY legt fest, dass der Bieter über **alle für die Erbringung der gegenständlichen Lieferung notwendigen gesetzlichen Befugnisse** verfügen muss. Der Bieter hat die Rechtsform des Unternehmens anzugeben und der Marktgemeinde XY die entsprechenden Nachweise vorzulegen. Für den **Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit** verlangt die Marktgemeinde XY, dass die Bieter einen **Firmenbuchauszug**, eine **Strafreigisterbescheinigung** sämtlicher im Vorstand bzw der Geschäftsführung tätigen natürlichen Personen des Bieters, eine **Verbandsregisterauskunft** der juristischen Person des Bieters, einen letztgültigen **Kontoauszug der zuständigen Sozialversicherung** sowie eine letztgültige **Rückstandsbescheinigung der zuständigen Finanzbehörde** (alternativ eine **Buchungsmittlung/einen Auszug aus dem Abgabekonto**) vorlegen müssen. Für den **Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit** legt die Marktgemeinde XY fest, dass die Bieter über eine **aufrechte Berufshaftpflichtversicherung** verfügen müssen und hierfür eine aktuelle Versicherungsbestätigung mit einer Pauschaldeckungssumme in Höhe von zumindest € 100.000,- pro Versicherungsfall vorzulegen haben. Was die Mindestanforderungen für die **technische Leistungsfähigkeit** betrifft, entschließt sich die Marktgemeinde XY, von den Bieterinnen als Nachweis **mindestens drei Referenzprojekte im Bereich der Lieferung von Kommalfahrzeug-Traktoren** zu verlangen. IdZ legt die Marktgemeinde XY fest, dass die Referenzprojekte einen Auftragswert von zumindest € 100.000,- netto haben und bereits abgeschlossen sein müssen.

d) Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangebot

Ein öffentlicher Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen auch Angaben darüber zu treffen, inwieweit Alternativ-, Abänderungs- und Variantenangebote zulässig sind. Die beiden Erstgenannten werden auf Initiative des Bieters eingebracht, **Variantenangebote** hingegen beruhen auf einer Vorgabe des Auftraggebers und sind daher nach § 2 Z 39 BVergG 2018 Angebote, die aufgrund einer Ausschreibungsvariante des Auftraggebers gelegt werden. Nach § 2 Z 2 BVergG 2018 handelt es sich bei **Alternativangeboten** um Angebote über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters. Grundsätzlich sind Alternativangebote nur zulässig, wenn sie vom Auftraggeber ausdrücklich zugelassen werden (vgl § 96 Abs 1 BVergG 2018). Macht der öffentliche Auftraggeber keine Angabe über die Zulässigkeit von Alternativangeboten, so sind solche nicht zugelassen. **Abänderungsangebote** sind nach § 2 Z 1 BVergG 2018 Angebote, die im Hinblick auf die

³⁸ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht⁵ 141.

³⁹ Siehe § 2 Z 22 lit c BVergG 2018: „**Eignungskriterien** sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen Mindestanforderungen betreffend die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.“

⁴⁰ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht⁵ 142.

ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung beinhalten und vom Ursprungsangebot in einem nicht so weitgehenden Ausmaß wie Alternativangebote abweichen. Sofern der öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung nichts anderes festlegt, sind Abänderungsangebote grundsätzlich zulässig (vgl § 97 BVergG 2018).

Für die Marktgemeinde XY kommen weder Alternativ- bzw Abänderungsangebote noch Variantenangebote für den zu beschaffenden Kommunaltraktor samt Winterausrüstung in Frage. Sie hält daher ausdrücklich in den Ausschreibungsbestimmungen fest, dass die Abgabe derartiger Angebote nicht zulässig ist.

e) Subunternehmerleistungen

Bieter können zur Erbringung einzelner Tätigkeiten Subunternehmer beiziehen, also Leistungsbestandteile an andere Unternehmer „subvergeben“. Die Weitergabe des gesamten Auftrags hingegen ist unzulässig (Verbot der Gesamtweitergabe; § 98 Abs 1 BVergG 2018). Ausdrücklich ausgenommen von diesem Verbot sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an (konzern-)verbundene Unternehmen. Das BVergG 2018 sieht zudem vor, dass der Bieter alle Teile des Auftrags, die er im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie sämtliche jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben hat (§ 98 Abs 2 BVergG 2018). Von großer praktischer Bedeutung ist die Möglichkeit zur Vergabe von Leistungsteilen an Subunternehmer insb bei größeren, komplexeren Auftragsgegenständen und für die Substituierung fehlender Leistungsfähigkeit der Bieter (sog „erforderliche Subunternehmer“).⁴¹ Eine Beteiligung an der „Ausführung“ eines Auftrags iSd Definition des BVergG, und damit eine Subunternehmerleistung, liegt dann vor, wenn ein Unternehmer einen Leistungsteil des Auftrags vertraglich übernimmt und diesen Leistungsteil in Eigenverantwortung selbst (oder mit Gehilfen) ausführt.⁴²

Achtung

Die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich ist, ist keine Subunternehmerleistung (vgl § 2 Z 34 BVergG 2018). Zulieferer sind daher keine Subunternehmer iSd Definition; dies unabhängig von der Tatsache, ob die vom Zulieferer gelieferten Produkte nach Maß angefertigt wurden oder nicht.⁴³

Die Marktgemeinde XY geht in Anbetracht ihres Beschaffungsvorhabens davon aus, dass ein Bieter alleine den Lieferauftrag erbringen kann und auch wird. Sie hält in den Ausschreibungsunterlagen jedoch ausdrücklich fest, dass die Weitergabe von Teilen, nicht aber des gesamten Auftrags an Subunternehmer zulässig ist.

f) Angebotsfrist – Zuschlagsfrist

Die Angebotsfrist gibt den Zeitraum an, in dem die interessierten Unternehmer ihre Angebote legen können. Beim offenen Verfah-

ren im USB beträgt die vom öffentlichen Auftraggeber festzusetzende Angebotsfrist mindestens 20 Tage (siehe § 76 Abs 1 BVergG 2018). Die Angebotsfrist beginnt mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Von der Angebotsfrist ist hingegen die Zuschlagsfrist zu unterscheiden, welche mit dem Ablauf der Angebotsfrist beginnt. Dabei handelt es sich um jene Zeitspanne, die – maximal! – zwischen dem Ende der Angebotsfrist und der Zuschlagserteilung liegt bzw liegen darf.⁴⁴ Während der Zuschlagsfrist ist der Bieter an sein Angebot gebunden (§ 131 Abs 2 BVergG 2018).

Die Marktgemeinde XY legt in den Ausschreibungsbestimmungen ausdrücklich fest, dass die Zuschlagsfrist vier Monate ab dem Ende der Angebotsfrist betragen soll.

g) Zuschlagsprinzip und Zuschlagskriterien

Ein öffentlicher Auftraggeber muss bereits in den Ausschreibungsunterlagen angeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot („Bestangebotsprinzip“) oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den öffentlichen Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll („Billigstangebotsprinzip“). Die Ermittlung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt aufgrund der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses entweder anhand eines Kostenmodells oder anhand von bekannt gegebenen Zuschlagskriterien (§ 91 Abs 4 BVergG 2018). Entscheidet sich der öffentliche Auftraggeber für eine Vergabe des Auftrags nach dem Billigstangebotsprinzip, ist der Preis das einzige Zuschlagskriterium.⁴⁵

Da die Marktgemeinde XY nicht nur Wert auf den Preis, sondern auch auf eine entsprechende Qualität des zu beschaffenden Kommunaltraktors legt, hält sie in den Ausschreibungsunterlagen fest, dass die Vergabe des gegenständlichen Lieferauftrags nach dem **Bestbieterprinzip** erfolgen soll. Das wirtschaftlich und technisch günstigste Angebot soll über den angebotenen **Preis** sowie über die **Qualität** der angebotenen Leistung durch die **Festlegung entsprechender Zuschlagskriterien** ermittelt werden. Die Marktgemeinde XY entschließt sich, insgesamt bis zu 100 Punkten für die Zuschlagskriterien zu vergeben. Für das **Zuschlagskriterium „Preis (Gesamtpreis exkl USt)“** vergibt die

⁴¹ Holoubek/Fuchs/Holzinger, Vergaberecht⁵ 144.

⁴² Vgl ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 14f.

⁴³ Vgl ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 14f.

⁴⁴ Vgl § 131 Abs 1 BVergG 2018: „Die Zuschlagsfrist beginnt mit dem Ablauf der Angebotsfrist. Sie umfasst den Zeitraum, innerhalb dessen die Erteilung des Zuschlages vorgesehen ist. Die Zuschlagsfrist ist kurz zu halten. Sie darf fünf Monate nicht überschreiten, sofern nicht in Einzelfällen aus zwingenden Gründen bereits in der Ausschreibung ein längerer Zeitraum angegeben war; dieser darf sieben Monate nicht überschreiten. Ist in der Ausschreibung keine Zuschlagsfrist angegeben, so beträgt sie ein Monat.“

⁴⁵ Siehe § 2 Z 22 lit d sublit bb BVergG 2018: „Zuschlagskriterien bzw Zuschlagskriterium ist bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis der Preis.“

Marktgemeinde XY maximal 40 Punkte. Für das **Zuschlagskriterium „Qualität – Bewertungskommission“** legt die Marktgemeinde XY die Vergabe von maximal 45 Punkten fest. Bei diesem Zuschlagskriterium wird die Eignung des von den Bietern anzubietenden Kommunaltraktors entsprechend den Anforderungen an den Ausschreibungsgegenstand (konstruktive Leistungsbeschreibung) für die Einsatzzwecke der Marktgemeinde XY „Winterdienst“, „Straßendienst“ und „Forstarbeit“ bewertet. Die Bewertung der Qualitätskriterien erfolgt durch eine fachkundige Bewertungskommission, die sich aus Vertreter:innen der Marktgemeinde XY als Auftraggeberin zusammensetzt. Da die Marktgemeinde XY zudem großen Wert auf geschlechterspezifische Diversität und die Förderung von Frauen in Unternehmen legt, entscheidet sich die Marktgemeinde XY, ein **Zuschlagskriterium „Frauenförderung“** festzulegen und hierfür maximal 15 Punkte zu vergeben, wenn bis zu drei Frauen im Unternehmen des Bieters beschäftigt werden (5 Punkte pro Frau).

h) Bindung an die Ausschreibungsunterlagen und Berichtigung

Der öffentliche Auftraggeber ist an die Ausschreibungsbestimmungen für das Vergabeverfahren gebunden und darf bzw kann davon grundsätzlich nicht mehr abweichen, weil damit insb das Gleichbehandlungsgebot nicht gewahrt wäre.⁴⁶ Die Bieter haben sich ebenfalls bei der Erstellung ihrer Angebote an die Vorgaben der Ausschreibung zu halten. Ist eine Ausschreibung fehlerhaft, kann dies – sofern der Fehler vom Auftraggeber nicht rechtzeitig berichtigt wird bzw nicht berichtigt werden kann – zum Widerruf des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber bzw zur Nichtigerklärung der Ausschreibung (teilweise oder zur Gänze) durch die zuständige Vergabekontrollbehörde führen. Der öffentliche Auftraggeber kann die Ausschreibung gegebenenfalls aber entweder aufgrund entsprechender Hinweise eines Bieters oder auch von sich aus während der Angebotsfrist berichtigen („**Berichtigung der Ausschreibung**“ nach § 101 BVergG 2018). Werden während der Angebotsfrist (im einstufigen Verfahren) bzw während der Teilnahmeantragsfrist (im zweistufigen Verfahren) Änderungen der Ausschreibungsunterlagen notwendig, sind diese und gegebenenfalls auch die Bekanntmachung unverzüglich zu berichtigen. Gegebenenfalls ist auch die Angebotsfrist (bzw Teilnahmeantragsfrist) entsprechend zu verlängern. Die Berichtigung ist allen Bewerbern bzw Bietern zu übermitteln bzw gegebenenfalls über die Vergabeplattform bereitzustellen. Ist eine derartige Übermittlung bzw Bereitstellung nicht möglich, ist die Berichtigung den Bewerbern oder Bietern in gleicher Weise wie die ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung zu stellen (siehe insb § 101 Abs 2 BVergG 2018).

Die Marktgemeinde XY legt im Rahmen der (konstruktiven) Leistungsbeschreibung fest, dass der von den Bietern anzubietende Kommunaltraktor eine Motorisierung mit einem **Dieselmotor mit mindestens 90 kW Leistung** aufweisen muss. Ein Bieter weist die Marktgemeinde XY bezugnehmend im Rahmen einer **Bieteran-**

frage⁴⁷ darauf hin, dass es bereits entsprechende Fahrzeuge mit Elektromotoren bzw Hybridantrieben gibt, welche ebenfalls eine Leistung von mindestens 90 kW erbringen können. Die Marktgemeinde XY nimmt daraufhin eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen vor und hält im Rahmen der (berichtigten) Leistungsbeschreibung fest, dass der anzubietende Kommunaltraktor eine **Motorisierung mit einem Diesel- oder Elektromotor bzw Hybridantrieb mit mindestens 90 kW Leistung** aufweisen muss. Die Marktgemeinde XY stellt zudem sicher, dass die berichtigten Ausschreibungsunterlagen den Bietern auf gleiche Weise wie die ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden.

i) Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen

Die Ausschreibungsunterlagen und alle sonstigen für die Erstellung der Angebote erforderlichen Unterlagen sind vom öffentlichen Auftraggeber nach § 89 Abs 1 BVergG 2018 elektronisch, kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung zu stellen, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar ist. Im USB besteht – anders als bei Vergabeverfahren im OSB – für den Auftraggeber bezüglich der elektronischen Kommunikation zwischen dem Auftraggeber und den Bietern die Wahlfreiheit, sodass im USB etwa eine Kommunikation auch per Post oder eine Kombination an Kommunikationswegen vorgesehen werden kann. Im USB ist daher nach § 48 BVergG 2018 die Kommunikation mit den Bietern nicht zwingend elektronisch durchzuführen. Welche Form des Kommunikationswegs bei der Abgabe von Angeboten zulässig ist, hat der Auftraggeber in der Ausschreibung anzugeben (§ 88 Abs 6 BVergG 2018).

Praxistipp

Anders als Vergabeverfahren im USB sind Vergabeverfahren im OSB verpflichtend europaweit bekanntzumachen und elektronisch durchzuführen. Es gibt dafür entsprechende Vergabeplattformen diverser Anbieter. Hier empfiehlt es sich, eine Plattform auszuwählen, welche die jeweiligen Bedürfnisse am besten erfüllt. Je nach Komplexität des zu vergebenden Vorhabens kann es – auch bei Vergabeverfahren im USB! – ratsam sein, eine professionelle externe Unterstützung (zB in Form einer entsprechend spezialisierten Rechtsanwaltskanzlei) beizuziehen. Die Beauftragung externer Dienstleister zur Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und zur Durchführung des Vergabeverfahrens als vergebende Stelle ist ohnedies im BVergG 2018 verankert und in der Praxis – gerade bei größeren und komplexeren Beschaffungsvorgängen – absolut üblich.⁴⁸

⁴⁶ Vgl BVwG 23. 10. 2014, W123 2011734-2.

⁴⁷ Siehe hierzu § 125 Abs 6 BVergG 2018: „Ist aus Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich, so hat er dies umgehend dem öffentlichen Auftraggeber mitzuteilen. Der öffentliche Auftraggeber hat erforderlichenfalls eine Berichtigung gemäß § 101 durchzuführen.“

⁴⁸ Siehe hierzu § 88 Abs 5 BVergG 2018: „Die Vorbereitung einer Ausschreibung ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene Sachverständige beizuziehen.“ und § 2 Z 42 BVergG 2018: „Vergebende Stelle ist jene Organisationseinheit oder jener Bevollmächtigte des Auftraggebers, die bzw der das Vergabeverfahren für den Auftraggeber durchführt.“

Die Marktgemeinde XY entscheidet sich aus Gründen der Effizienz und der Transparenz des Vergabeverfahrens dafür, das gegenständliche Beschaffungsvorhaben auf www.data.gv.at/ bekanntzumachen und die entsprechenden Ausschreibungsunterlagen auf der Homepage der Marktgemeinde XY sowie auf einer Vergabeplattform ihrer Wahl für 20 Tage kostenlos und uneingeschränkt zur Verfügung zu stellen. Die Kommunikation zwischen der Marktgemeinde XY und den Bietern soll – obwohl nicht gesetzlich verpflichtend – elektronisch (per E-Mail oder über die Vergabeplattform) erfolgen. Dies hält die Marktgemeinde XY in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich fest. Mit der Bekanntmachung gilt das offene Verfahren als eingeleitet und Bieter haben nunmehr die Zeit/Möglichkeit, ihre Angebote entsprechend den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Bedingungen abzugeben.

4. Entgegennahme und Öffnung der Angebote

a) Einreichung

Gem § 129 BVerG 2018 sind Angebote innerhalb der Angebotsfrist in der in der Ausschreibung vorgesehenen Art und Weise zu übermitteln und bei jener Stelle einzureichen, die in den Ausschreibungsunterlagen angegeben ist. Nicht in jedem Fall ist dies der „Sitz“ des öffentlichen Auftraggebers „Gemeinde“, also das Gemeindeamt, sondern es kann auch eine beauftragte „vergebende Stelle“⁴⁹ sein, wie vorliegend die elektronische Vergabeplattform oder der Kanzleisitz einer mit der Betreuung des Vergabeverfahrens betrauten Rechtsanwaltskanzlei. Bis zur Angebotseinreichung bei dieser Stelle trägt der Bieter das Risiko für die Rechtzeitigkeit des Einlangens und die Unversehrtheit des Angebots.⁵⁰

Praxistipp

Die Verwendung einer elektronischen Vergabeplattform schließt gewisse „Unsicherheitsfaktoren“, die sich aus Verfahren mit Papierangeboten ergeben (zB Fehler bei der Dokumentation des Zeitpunkts des Einbringens der Angebote, fehlerhaft verschlossene Angebotskuverts), zum großen Teil aus. Nichts desto trotz werden in der Praxis noch sehr oft Vergabeverfahren „in Papierform“ geführt,⁵¹ sodass die Autor:innen auch für diese Verfahrensführung einige Tipps bereithalten:

- ▶ Sofern in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist, dass Angebote in Papierform eingebracht werden müssen, sollten diese möglichst in einem verschlossenen Umschlag an die Einreichungsstelle übermittelt werden; offen abgegebene Angebote sind zurückzuweisen.⁵²
- ▶ Für den Fall, dass ein Angebot irrtümlich (zB von einem Mitarbeiter des öffentlichen Auftraggebers) vor dem Ablauf der Angebotsfrist geöffnet werden sollte, ist das Angebot sofort wieder zu verschließen und es sollte vermerkt werden (entweder im Eingangsverzeichnis oder in einem separaten Aktenvermerk), dass keine Kenntnis vom Inhalt des Angebots erlangt wurde und dass das Angebot nicht manipuliert wurde. Zudem können offenkundige Schreibfehler oder Irrtümer bei der Beschriftung, die beim Einreichen sofort auffallen, verbessert werden.⁵³

- ▶ Es steht dem öffentlichen Auftraggeber auch frei anzugeben, was bei Angeboten in Papierform sichtbar am Kuvert vermerkt sein soll. Hier könnte zB ein Aufkleber für die Kuvertbeschriftung mit dem Vermerk „Angebot – bitte nicht öffnen“ mit einer kurzen Bezeichnung des Gegenstands des Angebots, der Einreichungsstelle oder der vergebenden Stelle beigelegt werden.

b) Entgegennahme und Öffnung der Angebote

Gem § 132 BVerG 2018 ist der Zeitpunkt des Eingangs des Angebots eines Bieters zu dokumentieren⁵⁴ und dürfen Auskünfte über die einlangenden Angebote, insb über die Bieter oder über die Anzahl der abgegebenen Angebote, nicht erteilt werden.⁵⁵ Angebote sind bis zur Öffnung so zu verwahren, dass sie für Unbefugte unzugänglich sind und dass der öffentliche Auftraggeber vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis erhalten kann.

Die Öffnung von Papierangeboten hat beim offenen Verfahren darüber hinaus durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des öffentlichen Auftraggebers bzw der vergebenden Stelle bestehen muss (§ 133 Abs 1 BVerG 2018). Dies könnte zB – sofern entsprechende Sachkunde gegeben ist – auch vom Bgm gemeinsam mit dem Vize-Bgm oder von Gemeindebediensteten durchgeführt werden.

Beim offenen Verfahren **kann** zudem vorgesehen werden, dass die Angebotsöffnung unter Beteiligung der Bieter vorgenommen wird. In diesem Fall hat der Auftraggeber den Bietern eine Teilnahmemöglichkeit zu bieten. Dies kann zB durch Einladung zur öffentlichen Sitzung oder durch Gewährleistung einer sonstigen Teilnahmemöglichkeit (zB elektronisch via Videokonferenz) erfolgen.⁵⁶

Vor dem Öffnen eines jeden Angebots ist nach § 133 Abs 2f BVerG 2018 festzustellen, ob das Angebot fristgerecht eingelangt ist und kein unbefugter Zugriff erfolgte bzw bei Papierangeboten, ob es ungeöffnet ist. **Nach Ablauf der Angebotsfrist eingelangte Angebote sind als „verspätet eingelangt“ zu kennzeichnen und nicht zu öffnen.** Hinsichtlich der elektronischen Einbringung sei erwähnt, dass manche elektronischen Vergabesysteme (Vergabeplattformen) eine verspätete Angebotsabgabe von vornherein nicht zulassen.

Die geöffneten Angebote sind auf ihre **Vollständigkeit und die Erfüllung der sonstigen Formerfordernisse gem den Anforderungen in der Ausschreibung zu prüfen.** Es ist festzustellen, ob das Angebot rechtsgültig unterfertigt wurde, aus wie vielen Teilen es besteht und ob die in der Ausschreibung verlangten Bestandteile tatsächlich vorhanden sind.

Bei Papierangeboten sind alle bei der Öffnung des Angebots vorliegenden Teile während der Angebotsöffnung von der Kommission so eindeutig zu kennzeichnen, dass ein nachträgliches Auswechseln feststellbar wäre (zB durch Lochung oder Plombierung).

⁴⁹ Siehe § 2 Z 42 BVerG 2018.

⁵⁰ BVA 27. 1. 2010, N70126-BVA/10/2009.

⁵¹ Anzumerken ist, dass dies nach der aktuellen Rechtslage nur mehr im Unterschwellenbereich zulässig ist (§ 48 Abs 2 BVerG 2018).

⁵² Die Verwendung von Umschlägen bei der Angebotseinreichung würde auch den Vertraulichkeitsanforderungen nach § 27 BVerG 2018 entsprechen; ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 150f.

⁵³ LVwG Wien 23. 2. 2018, 123/062/15131/2017.

⁵⁴ Bei elektronischen Angeboten erfolgt dies durch ein entsprechendes Protokoll oder durch einen elektronischen Zeitstempel (vgl § 2 Z 46 BVerG 2018).

⁵⁵ Dies auch nicht via E-Mail, siehe Gruber, Vorsicht beim Versenden von E-Mails, ZVB 2013, 408 zur E BVA 9. 8. 2013, N/0040-BVA/11/2013–27, N/0043-BVA/11/2013–22.

⁵⁶ ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 152.

Von der Angebotsöffnung ist eine Niederschrift aufzunehmen, welche jedem Bieter zu übermitteln ist. Die Mindestinhalte dieses Protokolls sind in § 133 Abs 5 BVergG 2018 enthalten:

- ▶ Name und Geschäftssitz des Bieters;
- ▶ der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Losen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen war, auch die Lospreise sowie die Variantenangebotspreise;
- ▶ wesentliche Erklärungen des Bieters;
- ▶ sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis relevante in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben, deren Bekanntgabe in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde;
- ▶ Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel und
- ▶ Geschäftszahl des Verfahrens sowie gegebenenfalls die Namen der Kommissionsmitglieder bei Papierangeboten.

Für den Bgm der Marktgemeinde XY ist der politische Friede in seiner Gemeinde ein großes Anliegen. Er wählt deshalb für die „Vergabekommission zur Angebotsbewertung“ sämtliche Fraktionsvorsitzende der im Gemeinderat vertretenen Wahlparteien aus und zusätzlich den Gemeindebediensteten B statt des – wegen Interessenkonflikts befängenen – Gemeindebediensteten T. Diese Bewertungskommission besteht aus sechs Mitgliedern. In der Gemeinde werden Stimmen laut, die besagen, dass diese „Kommission“ nicht in der Lage wäre, die Angebote entsprechend zu beurteilen.

5. Angebotsprüfung

a) Anforderungen an die Bewertungskommission

Sofern der Bgm der Marktgemeinde XY im vorliegenden Fall tatsächlich beabsichtigt, seine Kommission zur Bewertung der Angebote derart „abwechslungsreich“ zu besetzen, gilt es für ihn, einiges zu bedenken:

Als einleitender Grundsatz dieses Verfahrensstadiums nach der Angebotsöffnung sei erwähnt, dass nach § 134 BVergG 2018 die Prüfung und Beurteilung von Angeboten nur solchen Personen übertragen werden soll, welche hierfür die im Hinblick auf den Auftragsgegenstand fachlichen Voraussetzungen erfüllen.⁵⁷ In der Rsp wird hierzu angemerkt, dass die Bewertungskommission als Ganzes (dh die Mitglieder in ihrer Gesamtheit) über eine ausreichende Sach- und Fachkunde für alle Gesichtspunkte der Angebotsprüfung und -bewertung verfügen muss.⁵⁸

Unabhängig von dieser Rsp sollte jedoch auch im Vorfeld der durch die Kommission getätigten (kollektiven) Willensbildung beachtet werden, dass – iSe Arbeitsteilung – die in der Bewertungskommission anfallenden Aufgaben entsprechend aufgeteilt werden sollten.⁵⁹ Hierzu sollte jedes Kommissionsmitglied jene Fachkunde aufweisen, welche zur Bewertung der ihm übertragenen Bereiche und Gesichtspunkte der Angebotsbewertung erforderlich ist. Bei einer Bewertung ohne die erforderliche Fachkun-

de würde sich ein Kommissionsmitglied von unsachlichen Erwägungen leiten lassen, womit Angebote aus willkürlichen Gründen bevorzugt oder benachteiligt werden könnten.⁶⁰

IZm den oben genannten Zweifeln an der Fachkunde einzelner Kommissionsmitglieder könnte man dem Bgm der Marktgemeinde XY daher raten, diesen Vorhalten durch Beiziehung unbefangener und von den Bietern unabhängiger Sachverständiger entgegen zu treten (siehe § 134 Satz 2 BVergG 2018).

Praxistipp

Derartige Sachverständige müssen nicht unbedingt allgemein beeidet und gerichtlich zertifiziert sein, sondern können alle entsprechend fachkundige Personen (zB aus anderen Dienststellen des Auftraggebers) sein.⁶¹

Achtung

Nicht für jede Angebotsprüfung benötigt man Sachverständige: Keines besonderen Sachverstands bedarf es zB für Aspekte, die im üblichen Wahrnehmungsumfeld eines Erwachsenen liegen, wie Fragen des Geschmacks, der Ästhetik, des wahrgenommenen Komforts, und/oder der Gefälligkeit einer Präsentation und deren Unterlagen.⁶²

b) Angebotsprüfung im engeren Sinn (§§ 135 bis 140 BVergG 2018)

Die Angebotsprüfung ieS hat in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht den in der Ausschreibung oder in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Kriterien zu erfolgen:

- ▶ **Formale Prüfung (§ 135 BVergG 2018)**
 - ▷ Prüfung der Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze;
 - ▷ Eignungsprüfung von Bietern und Subunternehmern;
 - ▷ Prüfung der rechnerischen Richtigkeit;
 - ▷ Prüfung der Preisangemessenheit der Angebote;
 - ▷ Prüfung, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht bzw ob es formrichtig und vollständig ist;
 - ▷ allenfalls vertiefte Angebotsprüfung (§§ 136 und 137 BVergG 2018).
- ▶ **Angebotsmängel (§ 138 BVergG 2018)**
 - ▷ Handelt es sich um behebbare/unbehebbar Mängel?
 - ▷ Bei behebbaren Mängeln: Aufforderung zur Aufklärung/Nachreichung von Unterlagen;

⁵⁷ Vgl zu diesen Voraussetzungen auch BVwG 22. 2. 2017, W 187 2144680-2 ZVB 2017, 220, LVwG Wien 9. 10. 2019, VVGW-123/077/10956/2019, VwGH 19. 5. 2005, 2003/04/0143-6.

⁵⁸ ZB BVwG 31. 1. 2017, W139 2141722-2, BVwG 17. 6. 2014, W139 2003185-1/33E, W139 2005967-1/23E.

⁵⁹ Einer entsprechenden „Arbeitsteilung“ zuwiderlaufende Bewertungsarbeit würde etwa vorliegen, wenn zB 70% der Bewertungsarbeit von den sachverständigenden Kommissionsmitgliedern durchgeführt wird und sich die übrigen Mitglieder auf eine passive Rolle zurückziehen.

⁶⁰ Zutreffend *Plattner-Schwarz/Moick*, Die Vergaberechtliche Bewertungskommission, ZVB 2020, 198.

⁶¹ Vgl ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 152.

⁶² Vgl *G. Gruber/Th. Gruber*, Zur Zusammensetzung von Bewertungskommissionen, ZVB 2017, 220 (223) zur E BVwG 22. 2. 2017, W 187 2144680-2.

- ▷ bei unbeheblichen Mängeln: Ausscheidensentscheidung mit Begründung.
- ▶ **Aufklärungsgespräche und Erörterungen (§ 139 BVergG 2018)**
- ▶ **Bewertung nach den Zuschlagskriterien**
- ▶ **Dokumentation der Bewertung (§ 140 BVergG 2018)**
 - ▷ Niederschrift über die Prüfung und ihr Ergebnis: Auf Verlangen kann jeder Bieter in dem sein Angebot betreffenden Teil der Niederschrift Einsicht nehmen.

Die „Vergabekommission zur Angebotsbewertung“ möchte als Ergebnis dem Gemeindevorstand vorschlagen, beim Angebot der Firma F-Traktoren mit einem Angebotspreis von € 150.000,- (exkl USt) zuzuschlagen.

6. Zuschlagsverfahren

Nachdem der öffentliche Auftraggeber beabsichtigt, einem Angebot den Zuschlag nach den angegebenen und gewichteten Zuschlagskriterien (entweder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder dem günstigsten Angebot [vgl § 142 Abs 1 BVergG 2018]) zu erteilen, hat er dieses auf Vorliegen eines Ausscheidenstatbestands (§ 141 BVergG 2018) zu prüfen.⁶³

Das – das Vergabeverfahren beendende – Zuschlagsverfahren ist aus Rechtsschutzgründen zweistufig aufgebaut. In einem ersten Schritt gibt der Auftraggeber zunächst bekannt, welchem Bieter er den Zuschlag zu erteilen beabsichtigt (**Zuschlagsentscheidung**), und darf erst nach Ablauf einer Stillhaltefrist den eigentlichen Zuschlag erteilen (**Zuschlagserteilung**).

a) Zuschlagsentscheidung und Stillhaltefrist

Gem § 143 Abs 1 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lautereren Wettbewerb schaden würde.

Die Zuschlagsentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung und bekundet lediglich eine – nicht verbindliche – Absicht des öffentlichen Auftraggebers.⁶⁴ Die Zuschlagsentscheidung ist den Bietern – wie auch die generelle vorliegende Verfahrenskommunikation – grundsätzlich nachweislich elektronisch mitzuteilen – wenn dies nicht möglich ist, darf die Zuschlagsentscheidung auch brieflich mitgeteilt werden.

Mit der (erfolgten Bekanntgabe) der Zuschlagsentscheidung beginnt die sog „Stillhaltefrist“ zu laufen. Der Zuschlag darf nicht innerhalb einer Stillhaltefrist von 10 Tagen (bei Übermittlung der Zuschlagsentscheidung auf elektronischem Wege) oder 15 Tagen (bei brieflicher Übermittlung) erteilt werden (vgl dazu im Detail § 144 Abs 1 BVergG 2018). Diese Frist beginnt mit der Absendung der Zuschlagsentscheidung.

§ 144 Abs 1 BVergG 2018 sichert den Ablauf der 10-tägigen Stillhaltefrist mit der (**absoluten**) **Nichtigkeit eines widerrechtlich erteilten Zuschlags ab**. Es bedarf keiner weiteren gerichtli-

chen Entscheidung oder irgendeines Antrags – die Nichtigkeit wird ex lege begründet.⁶⁵

b) Zuschlagserteilung

Nach Verstreichen der Stillhaltefrist kann der öffentliche Auftraggeber (sofern kein Bieter die Zuschlagsentscheidung bei einer Vergabe-Rechtsschutzinstanz anfecht – sog Nachprüfungsverfahren) den Zuschlag erteilen. Die Zuschlagserteilung beendet das Vergabeverfahren, stellt die Annahme des Angebots des im Vergabeverfahren „siegreichen“ Bieters dar und bedingt unmittelbar das Zustandekommen des zivilrechtlichen Vertrags (siehe auch § 145 BVergG 2018). Durch die Erteilung des Zuschlags an einen Bieter ist klargestellt, dass alle anderen Bieter nicht zum Zug kommen.⁶⁶

c) Das zuständige Gemeindeorgan in der Zuschlagsphase (Vergabeentscheidung)

Wie bereits in Punkt D Z 4 festgestellt, ist das für die Beendigung der vorliegenden Vergabe zuständige Gemeindeorgan der Gemeindevorstand (§ 44 Abs 1 lit c Stmk GemO) der Marktgemeinde XY. Diese nach der Stmk GemO (grds als einstufig) ausgewiesene Zuständigkeit wird durch das zweistufige Zuschlagsverfahren des BVergG 2018 überlagert.

In der Rsp wird angeführt, dass die Zuschlagsentscheidung keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung darstellt und es bei Gemeinden und Selbstverwaltungskörpern keines Beschlusses des nach der jeweiligen Organisationsvorschrift zuständigen politischen Organs bedarf.⁶⁷ Dieser Ansicht muss jedoch entgegengehalten werden, dass dieser „interne Akt der Willensbildung“⁶⁸ doch insofern eine gewisse Außenwirkung erlangt, als diese Entscheidungen an Bieter bekannt gegeben werden und (zumindest vergaberechtlich) angefochten werden können.

Mangels Außenwirkung kann dies gemeinderechtlich – wie bereits festgestellt – kein Fachausschuss nach § 28 Stmk GemO durchführen, sondern lediglich die für die Vergabe maßgeblichen (anderen) Organe, wobei hier – mangels anderwärtiger praktikabler Alternativen⁶⁹ – (auch) die Zuständigkeit des Gemeindevorstands ausgemacht werden kann. Bei der Beschlussfassung wäre in haushaltsrechtlicher Hinsicht auch das sog Bruttoprinzip zu beachten. Das Angebot der Firma F-Traktoren müsste im Gemeindevorstand mit einem Wert von € 180.000,- (inkl USt) beschlossen werden.

⁶³ Vgl hierzu auch VwGH 18. 5. 2005, 2004/04/0094.

⁶⁴ Vgl § 2 Z 49 BVergG 2018, VwGH 1. 3. 2005, 2003/04/0199, 26. 4. 2007, 2005/04/0222.

⁶⁵ Vgl VwGH 6. 5. 2003, AW 2003/04/0010.

⁶⁶ VwGH 24. 3. 2004, 2001/04/0088.

⁶⁷ VwGH 27. 1. 2006, 2005/04/0202, aA BVA 7. 2. 2003, 11N-72/02–84.

⁶⁸ So VwGH 18. 3. 2009, 2009/04/0049–3 zum Charakter der Zuschlagsentscheidung.

⁶⁹ Denkbar wäre lediglich, dass sowohl für die Zuschlagsentscheidung als auch für die Zuschlagserteilung eine separate Gemeindevorstandssitzung (dies allerdings nach Maßgabe des § 50 Abs 2 Stmk GemO) einberufen wird.

Sollte innerhalb der Stillhaltefrist die Zuschlagsentscheidung angefochten werden, müsste der Bgm den Beschluss des Gemeindevorstands der Marktgemeinde XY nach § 46 Stmk GemO entsprechend hemmen und allenfalls – da mit einer Entscheidung bezgl der Rechtmäßigkeit ein längerer Zeitraum als der in § 46 Abs 1 Stmk GemO vorgesehene zu erwarten ist – die ursprüngliche Zuschlagsentscheidung reassumieren lassen. Nach Ablauf der Stillhaltefrist könnte der Bgm, da er die Beschlüsse des Gemeindevorstands vollziehen muss (§ 45 Abs 2 lit a Stmk GemO), durch entsprechende Mitteilung und unter Einhaltung des weiteren vergaberechtlichen Prozederes, den Zuschlag erteilen und damit das Vergabeverfahren durch Leistungsvertrag beenden (§ 146 Abs 1 BVergG 2018).

- ▶ gegebenenfalls Angaben zu aufgedeckten Interessenkonflikten und getroffenen Abhilfemaßnahmen und
- ▶ gegebenenfalls Angaben zu Unternehmen, die Vorarbeiten erbracht haben, und allenfalls getroffene Maßnahmen zur Verhinderung einer Verzerrung des Wettbewerbs.

Im OSB besteht jedenfalls die Pflicht zur ordnungsgemäßen Dokumentation des Vergabevermerks anhand der eben erläuterten Punkte; im USB kann der öffentliche Auftraggeber von der Erstellung eines Vergabevermerks Abstand nehmen, sofern die geforderten Angaben ohne größeren Aufwand aus der Vergabedokumentation ersichtlich sind (§ 147 Abs 5 BVergG 2018).

Obleich die Marktgemeinde XY vorliegend ein Vergabeverfahren im USB durchgeführt hat, darf ihr – in Anbetracht der Tatsache des durch sie aufgedeckten Interessenkonflikts (siehe ausführlich Pkt D Z 2) – angeraten werden, jedenfalls einen Vergabevermerk als Aktenvermerk zu erstellen; dient dieser doch auch der (allenfalls gerichtlichen) Nachprüfbarkeit im Nachhinein und der Sicherstellung des Transparenzgrundsatzes eines Vergabeverfahrens.⁷⁰

F. Resümee und Ausblick

Das Vergaberecht ist eine durchaus komplexe Rechtsmaterie, welche jedoch einen wesentlichen Bestandteil im Alltag von Mitarbeitern und Organen von Gemeinden darstellen sollte. Dabei sind – wie im Beitrag aufgezeigt – nicht nur Besonderheiten aus dem BVergG 2018, sondern auch aus anderen Materiengesetzen (wie zB der Stmk GemO) zu berücksichtigen, welche es bei kommunalen Auftragsvergaben zu beachten gilt. Aufgrund des Umfangs und der Komplexität gewisser Beschaffungsvorgänge können sich öffentliche Auftraggeber sowohl für die Vorbereitung als auch für die Durchführung von Vergabeverfahren einer externen (rechtlichen) Unterstützung sowie sachverständiger Experten (zB Techniker) bedienen (so zB für die Durchführung von Markterkundungen, die Schätzung des Auftragswerts oder die Abwicklung des Vergabeverfahrens als vergebende Stelle).

Plus

ÜBER DIE AUTOR:INNEN

Dr. Thomas Mayer ist Referent in der Abteilung 7 – Gemeinden, Wahlen und ländlicher Wegebau des Amtes 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

⁷⁰ Vgl. EuGH 17. 2. 2011, C-251/09, *Kommission/Zypern*.

Zuschlagsentscheidung (§ 143 BVergG)	Zuschlagserteilung (§ 144 BVergG)
Beschluss des Gemeindevorstands nach § 44 Abs 1 lit c Stmk GemO	Zuschlagserteilung nach Ablauf der Stillhaltefrist durch Bgm im Rahmen seiner Kompetenz nach § 45 Abs 2 lit a Stmk GemO

d) Niederschrift über die Auswahl (Vergabevermerk)

Gem § 147 Abs 1 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber einen Vergabevermerk über jeden vergebenen Auftrag, über jede abgeschlossene Rahmenvereinbarung und über jedes eingereichte dynamische Beschaffungssystem bzw einen Vermerk über den Widerruf eines Vergabeverfahrens zu erstellen. Dieser ausreichend zu begründende Aktenvermerk hat gem § 147 Abs 1 BVergG 2018 folgende Inhalte:

- ▶ Den Namen und die Anschrift des öffentlichen Auftraggebers;
- ▶ Gegenstand und Wert des Auftrags, der Rahmenvereinbarung oder des dynamischen Beschaffungssystems;
- ▶ die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl;
- ▶ die Namen der ausgeschlossenen Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Ablehnung sowie die Namen der Bieter, deren Angebote ausgeschieden wurden, und die Gründe für das Ausscheiden;
- ▶ den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebots sowie – falls bekannt – den Anteil des Auftrags bzw den Anteil an der Rahmenvereinbarung, den der erfolgreiche Bieter an Dritte weiterzugeben beabsichtigt, und gegebenenfalls, soweit zum Zeitpunkt der Erstellung des Vergabevermerks bekannt, die Namen der Subunternehmer;
- ▶ die Begründung für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens, eines wettbewerblichen Dialogs oder eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung;
- ▶ gegebenenfalls die Gründe, aus denen der öffentliche Auftraggeber auf die Vergabe eines Auftrags, den Abschluss einer Rahmenvereinbarung oder die Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems verzichtet hat;
- ▶ gegebenenfalls die Gründe, aus denen andere als elektronische Kommunikationsmittel für die Einreichung der Angebote verwendet wurden;

Mag.^a Lisa Marie Doriath ist Rechtsanwaltsanwältin 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 ERSCHIENEN

- ▶ *Thomas Mayer*, Feuerwehrrrecht und Katastrophenschutz, in *Paier/Wieser* (Hrsg), Steiermärkisches Landesrecht Bd 2;
- ▶ *Thomas 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, RFG 2020, 177;
- ▶ *Thomas Neger*, Änderung der Aarhus-Verordnung, Nachhaltigkeitsrecht 2022, 103;
- ▶ *Thomas Neger/Pascal Dreier/Lisa Doriath*, Die aktuelle Bebauungsdichtediskussion im Steiermärkischen Bau- und Raumordnungsrecht und die Gefahr der Nichtigkeitssanktion, bbl 2022, 147;

- ▶ *Thomas Neger/Lisa Doriath*, Zur Frage der Aufsichtsratspflicht einer österreichischen GmbH im grenzüberschreitenden Konzernverhältnis, *ecolex* 2022, 457.

DANKSAGUNG

Die Autor:innen danken dem kurz vor Drucklegung 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 vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahren zu beachten haben. Teil 1 dieses Beitrags ist erschienen in Heft 2/2023 (RFG 2023/17).

VRV-konforme Behandlung von eigenen Vorauszahlungen (Angeldern) iRv Dauerschuldverhältnissen

Werden seitens der Gemeinde Angelder an Vertragspartner iZm dem Abschluss von mehrjährigen Dienstleistungsverträgen (zB Reinigungsaufträgen) geleistet, stellt sich die Frage nach ihrem VRV-konformen Ausweis.¹

Der Beitrag schnell gelesen

Zur Beantwortung muss zunächst differenziert werden, ob die Angelder rückzahlbar sind oder nicht. Ferner ist zu klären, ob die Vorauszahlungen in der Folge mit den laufenden Kosten für die Dienstleistung gegengerechnet werden. Erst dann kann der Gebarungsfall – wie im vorliegenden Beitrag dargestellt – einer regelungskonformen Verbuchung zugeführt werden. Mangels VRV-spezifischer Bestimmungen muss hierzu auf

das unternehmensrechtliche Schrifttum zur Thematik zurückgegriffen werden.

VRV 2015
 § 13 Abs 7, § 21 Abs 1 VRV 2015
RFG 2023/31



Mag. Dr. ALEXANDER HERBST ist langjähriger wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Finanzmanagement der Alpen-Adria-Universität Klagenfurt. Mag.^a VERONIKA MESZARITS, MBA, ist geschäftsführende Gesellschafterin der ICG Integrated Consulting Group.

2. Nicht rückzahlbare Angelder mit Anrechnung auf die laufenden Kosten

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Angeldbilanzierung
 1. Rückzahlbare Angelder ohne Anrechnung auf die lfd Kosten

¹ Aufgrund der Nov VRV 2015 (s BGBl II 2023/93, kundgemacht am 13. 4. 2023) ist derzeit zwischen den aktuellen und den ab 1. 1. 2024 bzw 1. 1. 2025 (im Falle eines Doppelbudgets 2023/2024) anzuwendenden Rechtsgrundlagen zu unterscheiden. Beide können abgerufen werden unter: www.bmf.gv.at/themen/budgetfinanzbeziehungen-laendergemeinden/vrv-2015.html. Im Beitrag wird die aktuell gültige Rechtslage wiedergeben. Sofern Änderungen mit 2024 bzw 2025 eintreten, wird darauf hingewiesen.