

Exposé zum Dissertationsvorhaben

"Die Zuschlagskriterien im Vergaberecht zwischen Ermessen und gebundener Entscheidung"

Dissertationsfach

Staats- und Verwaltungsrecht

Verfasserin

Mag.^a Theresa Tscheließnig

Angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Betreuer

Univ.-Prof. DDr. Michael Potacs

Matrikelnummer: 01401797

Studienkennzahl: A 783 101

Studienrichtung: Rechtswissenschaften Wien, Dezember 2022

I. Einleitung und Problemaufriss

Mit einem Auftragsvolumen von rund 61 Mrd. Euro und demnach etwa 18% des BIP, 1 spricht die volkswirtschaftliche Bedeutsamkeit der öffentlichen Auftragsvergabe für sich selbst. Der Staat befindet sich in einer speziellen Ausgangslage, wenn er im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung als Nachfrager am Markt tätig wird.² Den damit einhergehenden Besonderheiten, die einen rechtlichen Regelungsrahmen und insbesondere Rechtsschutzmöglichkeiten erfordern, begegnet man in Österreich in Form Bundesvergabegesetzes 2018³. Gleichwohl bleibt das Vergabewesen unionsrechtlichen Vorgaben geprägt, welche die Entwicklung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe vorantreiben und zur Herausbildung eines detaillierten Regelungsrahmens beitragen.⁴

Die Wahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien spielen im Vergabeprozess eine bedeutende Rolle. Prima vista kann der öffentliche Auftraggeber geeignete Zuschlagskriterien nach eigenem Gutdünken für seinen Auftrag bestimmen. Freilich ist er hierbei dennoch nicht von innerstaatlichen wie europäischen Normen entbunden und hat sich an die fundamentalen Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung zu halten.

Das Vergaberecht ist ein bedeutsames Steuerungsinstrument zur Umsetzung staatlicher Zielsetzungen⁵ und seit jeher geprägt durch politische Instrumentalisierung.⁶ Die zentrale Funktion des Vergabeverfahrens als Instrument effizienter staatlicher Beschaffung darf dabei allerdings nicht in den Hintergrund rücken.⁷ Der politische Einfluss spiegelt sich auch darin wider, dass nicht notwendigerweise das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhalten soll. Der öffentliche Auftraggeber ist also nicht notgedrungen dazu gehalten, sich am Billigstbieterprinzip, welches die Angebote einander rein zahlenmäßig gegenüberstellt, zu orientieren.

Bröthaler/Plank, Öffentliche Vergaben in Österreich – Methodische Grundlagen und empirische Ermittlung des gesamten Beschaffungsvolumens und öffentlicher Auftragsvergaben, in TU Wien (Hrsg) Fachbereich Finanzwissenschaft und Infrastrukturpolitik (IFIP) (2017) 66.

² Siehe dazu im Näheren *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht⁶ (2022) 10 ff.

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018) BGBl I 2018/65 idF BGBl I 2019/91.

⁴ *Holoubek/Fuchs/Ziniel*, Vergaberecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I⁴ (2019) 847.

⁵ *Holoubek*, Vergaberecht als Steuerungsinstrument, ÖZW 2020/4, 209.

⁶ Fuchs, Vergabewettbewerb als Instrument. Zur Renaissance politischer Instrumentalisierung des Vergaberechts, JRP 2012/20, 288.

⁷ *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht⁶ (2022) 12.

Nun muss hinterfragt werden, weshalb die Europäische Union Interesse an einer regelgeleiteten Vergabe von öffentlichen Aufträgen hat, ist doch der jeweilige, den Auftrag vergebende Staat (und in weiterer Folge seine Bürger*innen als Steuerzahler*innen) derjenige, der unter der ineffizienten Marktwirtschaft des eigenen Vergaberegimes leidet. Auf primärrechtlicher Ebene zeigt sich die zentrale Bedeutung des Vergabewesens im Hinblick auf die Verwirklichung des Binnenmarktes.⁸ Der öffentliche Auftraggeber ist nach dem Wortlaut der allgemeinen VergabeRL⁹ an die primärrechtlichen Grundsätze des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit, der Dienstleistungsfreiheit und davon abgeleitet an den Grundsatz der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitigen Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz gebunden.¹⁰

Die für das Vergabewesen belangvollen Grundfreiheiten sind die für Lieferaufträge einschlägige Warenverkehrsfreiheit nach Art 34 ff AEUV, die für Bau- und Dienstleistungsaufträge bedeutsame Dienstleistungs- oder Niederlassungsfreiheit gem Art 56 ff bzw 49 ff AEUV sowie in einzelnen Fällen auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art 45 ff AEUV. Eine Einschränkung hinsichtlich der Anwendung der Grundfreiheiten im Vergabeverfahren ergibt sich aus der Binnenmarktrelevanz. Vergaben, die aufgrund ihrer geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung keinen Unionsbezug aufweisen, werden von den Grundfreiheiten nicht erfasst. Darüber hinaus anerkennt der EuGH "zwingende Erfordernisse" bzw "im Allgemeininteresse liegende Ziele", die es ermöglichen, in Grundfreiheiten eingreifende Vergabemaßnahmen aus den unterschiedlichsten Gründen zu rechtfertigen. So sind bspw Umweltschutzgründe, als zwingende Erfordernisse, mit den Grundfreiheiten vereinbar. Ebenso lässt sich das vergabefremde 15 Zuschlagskriterium der "Förderung von Frauen" bei ansonsten diskriminierungsfreier Ausgestaltung mit Art 8 AEUV und dem Ziel der Gleichstellung von Mann und Frau rechtfertigen.

⁸ Frenz, Vergaberecht EU und national (2018) Rz 6.

⁹ RL (EU) 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, AB1 L 94/2014, 65.

Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU.

¹¹ *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht⁶ (2022) 26.

¹² Egger, Europäisches Vergaberecht (2008) Rz 155.

¹³ EuGH Rs C-120/78, Cassis-de-Dijon, ECLI:EU:C:1979:42.

¹⁴ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008) Rz 172.

Näheres zum Begriff des "vergabefremden Kriteriums" siehe untenstehend.

¹⁶ Frenz, Vergaberecht EU und national (2018) Rz 55 f.

Das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV fungiert gegenüber den spezielleren Diskriminierungsverboten der Grundfreiheiten als Auffangstatbestand. ¹⁷ In seinem Umfang erfasst es unmittelbare sowie mittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Demnach sind staatliche Maßnahmen, die rein auf die Herkunft bzw Staatsangehörigkeit abstellen, untersagt. Daneben sind Maßnahmen, die unterschiedslos für alle Bieter*innen gelten, in ihrer tatsächlichen Wirkung jedoch vorwiegend Bieter*innen aus anderen Mitgliedstaaten benachteiligen, unzulässig. Im Vergaberecht spielt Art 18 AEUV eine zentrale Rolle, um die Abschottung nationaler Märkte hintanzuhalten. ¹⁸

Auf sekundärrechtlicher Ebene legt die Europäische Union Richtlinien fest, um die Wirksamkeit der primärrechtlichen Grundsätze zu gewährleisten und die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb zu sichern. ¹⁹ Der Anwendungsbereich der Richtlinien erfordert eine nähere Betrachtung. Im Gegensatz zum Primärrecht kommt den Richtlinien nicht nur bei grenzüberschreitenden, sondern auch bei rein innerstaatlichen Sachverhalten Bedeutung zu. ²⁰ Ihnen scheint also auf den ersten Blick ein breiterer Anwendungsbereich als den primärrechtlichen Vorgaben zuzustehen. Nach der Rsp des EuGH greifen die Grundfreiheiten und somit das Primärrecht aber bereits dann, wenn es in einem Mitgliedstaat potentielle Interessierte gibt. ²¹ Zudem wird der Anwendungsbereich der Richtlinien durch die Festlegung bestimmter Schwellenwerte eingeschränkt. ²² Die den Vergaberozess regelnden Richtlinien der EU führen nur zu einer Teilharmonisierung des Vergaberechts innerhalb der Europäischen Union, wenngleich sie teils sehr präzise Regelungen enthalten, die den Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten begrenzen. ²³ Innerhalb des

¹⁷ Frenz, Vergaberecht EU und national (2018) Rz 67.

¹⁸ *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht⁶ (2022) 26.

¹⁹ Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU.

²⁰ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008) Rz 441.

²¹ EuGH Rs C-147/06 ua, *SECAP SpA*, ECLI:EU:C:2008:277. Zum Erfordernis der Binnenmarktrelevanz bzw eines grenzüberschreitenden Interesses siehe bereits Fn 12.

Delegierte VO (EU) 2021/1950 der Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge, ABI L 2021/398, 19; Delegierte VO (EU) 2021/1951 der Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Konzessionen, ABI L 2021/398, 21; Delegierte VO (EU) 2021/1952 der Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für die Vergabe öffentlicher Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABI L 2021/398, 23; Delegierte VO (EU) 2021/1953 der Kommission vom 10. November 2021 zur Änderung der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträge sowie für Wettbewerbe, ABI L 2021/398, 25

²³ Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel, Vergaberecht⁶ (2022) 30 f.

sekundärrechtlichen Vergaberechtsrahmens²⁴ interessiert in vorliegender Arbeit vor allem die allgemeine VergabeRL über die öffentliche Auftragsvergabe²⁵ und die darin festgelegten Rahmenbedingungen für die Auswahl von Zuschlagskriterien.

Zunächst stellt die VergabeRL klar, dass der Zuschlag auf Grundlage des "wirtschaftlich günstigsten Angebots"²⁶ erteilt werden soll. Dabei kann auf Grundlage von qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Kriterien,²⁷ die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt werden. Die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Zuschlagskriterien müssen solche Spezifikationen enthalten, die eine wirksame Überprüfung der Erfüllung der von den Bieter*innen übermittelten Angebote mit den Zuschlagskriterien gewährleisten. Diese Vorgabe dient der Wirksamkeit des Wettbewerbs und schränkt die Wahlfreiheit des öffentlichen Auftraggebers in diesem Umfang ein. Darüber hinaus steht es den Mitgliedstaaten frei, eine Regelung zu treffen, die es verbietet, bei öffentlichen Auftragsvergaben nur den Preis oder die Kosten als alleiniges Zuschlagskriterium zu definieren.²⁸ Der europäische Gesetzgeber sieht demnach sowohl das Best- als auch das Billigstbieterprinzip im Zuschlagssystem vor, wobei die Anwendung des Letzteren durch die Mitgliedstaaten eingeschränkt werden kann, um eine stärkere Ausrichtung auf die Qualität der öffentlichen Auftragsvergabe zu fördern.²⁹

Das Bestbieterprinzip erlaubt es dem öffentlichen Auftraggeber nämlich, auch andere als rein ökonomische Zwecke zu verfolgen. Man spricht dabei von den "Sekundärzwecken des

⁻

RL (EU) 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABI L 94/2014, 65; RL (EU) 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABI L 94/2014, 243; RL (EU) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABI L 94/2014, 1; RechtsmittelRL 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABI L 395/1989, 33 und RechtsmittelRL 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABI L 76/1992, 14, beide zuletzt geändert durch RL 2007/66/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2007, ABI L 335/2007, 31.

²⁵ RL 2014/24/EU.

²⁶ Erwägungsgrund 89 RL 2014/24/EU.

Erwägungsgrund 97 RL 2014/24/EU nennt als zulässige Zuschlagskriterien ua demonstrativ Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Design für Alle (Barrierefreiheit), soziale, ökologische und innovative Eigenschaften, fair trade oder Kundendienst und technische Hilfe.

²⁸ Art 67 RL 2014/24/EU.

²⁹ Erwägungsgrund 89 RL 2014/24/EU.

Vergaberechts", den "vergabefremden Kriterien"³⁰ oder den "nicht monetären, strategischen Aspekten", die seit dem EuGH Urteil zur Rs *Beentjes*³¹ in der Vergabeentscheidung Berücksichtigung finden können.³² In den Erwägungsgründen zur VergabeRL wird das Potential der öffentlichen Auftragsvergabe als Motor für Innovationen und zur Verwirklichung von intelligentem, nachhaltigem und integrativem Wachstum besonders betont.³³ Das wirtschaftlich günstigste Angebot soll aber nicht ausschließlich auf Grund von kostenfremden Qualitätskriterien ermittelt werden, sondern auch ein Kostenkriterium beinhalten.³⁴ Die Einbindung der Sekundärzwecke des Vergaberechts hat sich maßgeblich durch die Rsp des EuGH³⁵ herausgebildet, welche spezifische Rahmenbedingungen³⁶ für deren Berücksichtigung definiert hat.³⁷

Einer näheren Untersuchung zu unterziehen sind außerdem die "vergabeimmanenten" Zuschlagskriterien, die mit der Beschaffung als solche verbunden sind und ebenso diskriminierungsfrei und unparteiisch³⁸ beschrieben werden müssen, um potentielle Ungleichbehandlungen hintanzuhalten.

Da die VergabeRL als Sekundärrecht der Europäischen Union an die Mitgliedstaaten adressiert sind, bedarf es einer Umsetzung in innerstaatliches Recht. Man spricht in diesem Fall auch von mittelbarem Vollzug von Unionsrecht.³⁹ Der Rechtsschutz im Bereich des mittelbaren Vollzugs liegt im Allgemeinen in den Händen der Mitgliedstaaten. Ungeachtet dessen, sind die Mitgliedstaaten aber von der Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität des Rechtsschutzes nicht entbunden. Der Rechtsschutz ist durch "Gerichte" zu gewähren, wenn auch nicht erforderlich ist, dass die unmittelbar nächste Instanz ein Gericht

-

³⁰ Holoubek/Fuchs/Ziniel, Vergaberecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I⁴ (2019) 49.

³¹ EuGH 31/87, *Beentjes*, ECLI:EU:C:1988:422.

³² Aicher, Die Instrumentalisierung des Vergaberechts: Von vergabefremden Zwecken zu vergaberechtlichen Sekundärzielen, JBI 2018, 486.

Erwägungsgrund 95 RL 2014/94/EU.

Erwägungsgrund 92 RL 2014/94/EU.

Siehe ua EuGH C-31/87, Beentjes, ECLI:EU:C:1988:422; EuGH C-225/98, Nord-Pas-de-Calais, ECLI:EU:C:2000:494; EuGH C-513/99, Concordia Bus Finland, ECLI:EU:C:2002:495; EuGH C-448/01, EVN und Wienstrom, ECLI:EU:C:2003:651; EuGH C-368/10, Kommission/Niederlande, ECLI:EU:C:2012:284.

³⁶ Es muss ein konkreter Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bestehen, das Diskriminierungsverbot sowie die wesentlichen Grundsätze des Unionsrechts müssen beachtet werden und dem öA darf keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt werden.

³⁷ *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht⁶ (2022) 112 f.

EuGH C-324/98, Telaustria und Telefonadress, ECLI:EU:C:2000:669 Rn 62.

³⁹ Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) 123.

sein muss. 40 Genannte Rechtsschutzanforderungen werfen im Hinblick auf das vorliegende Dissertationsvorhaben die Frage auf, ob auf unionsrechtlicher Ebene eine Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle aufgrund der Komplexität der Vergabeentscheidung denkbar oder sogar geboten wäre. Nach dem Urteil des EuGH in der Rs *Upjohn*⁴¹ besteht bei komplexen Prüfungen ein weiter Ermessensspielraum, der lediglich einer beschränkten gerichtlichen Nachprüfung unterliegt. Gemäß dieser Rsp soll das Gericht nur offensichtliche Ermessensmissbräuche sowie offensichtliche Überschreitungen der Ermessensspielraumes aufgreifen.⁴²

Wie bereits aufgezeigt, ist das Vergabewesen in seiner heutigen Struktur stark durch unionsrechtliche Vorgaben geprägt. Vor dem Beitritt Österreichs zum EWR im Jahr 1994 bestand jedoch – trotz der schon damals gewichtigen ökonomischen Bedeutung – kein gesetzlicher Rahmen für die öffentliche Auftragsvergabe. Die nur im Innenverhältnis verbindliche ÖNORM⁴³ galt als einzig anwendbares Korrektiv. Aus dieser ÖNORM ließen sich jedoch mangels Außenwirkung keine subjektiven Rechte von Bieter*innen ableiten.⁴⁴ Der OGH sah in seiner Rsp Vergabenormen nur als "Selbstbindungsnormen" an, aus welchen potentielle Bieter*innen keine Rechtsansprüche auf vergaberechtskonformes Verhalten ableiten konnten. Als Konsequenz konnte der öffentliche Auftraggeber zumeist lediglich nach den Grundsätzen der *culpa in contrahendo* zur Haftung gezogen werden.⁴⁵ Die öffentliche Auftragsvergabe, die einen bedeutsamen Bereich der staatlichen Privatwirtschaftsverwaltung darstellt, unterliegt indes damals wie heute einer Bindung an die Grundrechte.⁴⁶ Aus dieser Fiskalgeltung wurde die Anwendbarkeit des Gleichheitssatzes und damit einhergehend ein Diskriminierungsverbot im Vergabewesen abgeleitet.⁴⁷

Der Beitritt Österreichs zum EWR hatte zur Folge, dass das Vergabewesen erstmals gesetzlich und außenwirksam durch das Bundesvergabegesetz 1993⁴⁸ geregelt wurde.⁴⁹ Das gegenwärtig

Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020) 144 ff.

⁴¹ EuGH C-120/97, *Upjohn*, ECLI:EU:C:1999:14.

⁴² EuGH C-120/97, *Upjohn*, ECLI:EU:C:1999:14, Rn 34.

ONORM A 2050 für die Vergabe von Aufträgen über Leistungen des Österreichischen Normungsinstitut (1957). Diese ÖNORM wurde im Zuge der Einführung eines Bundesvergabegesetzes grundsätzlich überarbeitet. In weiterer Folge beanspruchte sie als ÖNORM A 2050 idF 1.1.1993 ihre Geltung im Unterschwellenbereich. Dazu näher *Gölles*, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in Fruhmann ua (Hrsg), Bundesvergabegesetz (BVergG)² (1999) 33 f.

⁴⁴ Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht³ (2019) 5.

⁴⁵ OGH 4 Ob 406/87 SZ 61/134 = WBI 1988,433 = ÖBI 1989,77.

⁴⁶ Fuchs, Vergaberecht, in Bachmann et al (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht¹⁴ (2022) 501.

⁴⁷ Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 153 f.

⁴⁸ BVergG idF BGB1 1993/462.

⁴⁹ *Kahl/Rosenkranz*, Vergaberecht³ (2019) 6.

auf einfachgesetzlicher Ebene in Geltung stehende BVergG 2018, welches in Umsetzung der VergabeRL erlassen wurde, bildet die Grundlage für die folgende wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem vergaberechtlichen Rahmen, der auf innerstaatlicher Ebene Anwendung auf die Zuschlagskriterien findet.

Nach § 2 Z 22 lit d BVergG 2018 ist zunächst zu differenzieren, ob als Zuschlagssystem auf das Best- oder Billigstbieterprinzip zurückgegriffen wird. Entscheidet sich der öffentliche Auftraggeber für das Billigstbieterprinzip, so ist der Preis nach sublit bb das einzige Zuschlagskriterium. Kommt hingegen das Bestbieterprinzip zur Anwendung, gelten als Zuschlagskriterien gem sublit aa "die niedrigsten Kosten oder die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung⁵⁰ stehenden Kriterien, nach welchen das für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird".⁵¹ Der öffentliche Auftraggeber ist bei der Wahl der Zuschlagskriterien an die Grundsätze des Unionsrechts (insb an das Verhältnismäßigkeitsgebot und das Diskriminierungsverbot) gebunden. Die Wahl und Gewichtung der Kriterien müssen einen fairen Wettbewerb und die effektive Überprüfbarkeit der Angebote gewährleisten. Im Übrigen ist der öffentliche Auftraggeber bei der Auswahl grundsätzlich frei. Die Zuschlagskriterien müssen die Ausübung des, dem öffentlichen Auftraggeber zukommenden, Beurteilungsermessens nach objektiven Gesichtspunkten gewährleisten und dürfen kein willkürliches Element enthalten. Eine Preisoder Kostenkomponente muss jedoch stets als Zuschlagskriterium festgelegt werden.⁵²

Auch die strategischen Beschaffungszwecke, welche grundlegend durch die Rsp des EuGH⁵³ geprägt wurden, fanden Eingang in das BVergG 2018. Enthalten sind Bestimmungen zur Berücksichtigung von umwelt- und sozialpolitischen Belangen sowie innovativen Aspekten und der Förderung von KMUs.⁵⁴ Die Einbindung der Sekundärzwecke hat sich im Laufe der Zeit, erst als das Vergaberecht als Gestaltungsmittel für gesellschaftliche Entwicklungen gesehen wurde, etabliert. Vormals hat man die Miteinbeziehung solcher Zwecke nicht ökonomischer Art als Raum für Diskriminierungen gesehen.⁵⁵ Doch auch andere als

Sie müssen sich in irgendeiner Hinsicht oder irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die Leistung beziehen. Vgl dazu § 2 Z 22 lit d) letzter Abs BVergG 2018.

⁵¹ § 2 Z 22 lit d) sublit aa) BVergG 2018.

⁵² ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 12.

⁵³ Siehe bereits Fn 35.

⁵⁴ § 20 Abs 5 bis 8 BVergG 2018.

Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht³ (2019) 71 f; Vgl zu den Rahmenbedingungen für die Berücksichtigung von Sekundärzwecken Fn 34.

vergabefremde Kriterien können als Nährboden für Diskriminierungen fungieren. So normiert schon das BVergG 2018 als spezifische Ausformung des Diskriminierungsverbotes⁵⁶ eine Unzulässigkeit von gebietsmäßigen Beschränkungen oder Beschränkungen der Teilnahme auf einzelne Berufsstände.⁵⁷ Von Interesse für das vorliegende Dissertationsvorhaben sind sohin Diskriminierungen, die sich aus der Auswahl von vergabefremden wie auch "vergabeimmanenten" Zuschlagskriterien ergeben können.

In weiterer Folge können sich die nicht zum Zug gekommen Bieter*innen durch die Wahl der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung ungerecht behandelt fühlen und eine Nachprüfung anstreben. Dabei stellt sich die Frage, inwieweit oder ob dem öffentlichen Auftraggeber in seiner Entscheidungsfindung Ermessen zukommt. Zu thematisieren ist dabei im Besonderen, ob eine lediglich beschränkte Kontrollfunktion des Verwaltungsgerichts, wie sie in Art 130 Abs 3 B-VG⁵⁸ normiert ist, auch im Bereich des Vergabewesens und demnach in einem der wichtigsten Bereiche staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung, Anwendung finden kann. Die daraus gewonnenen Erkenntnisse sollen sodann mit dem auf unionsrechtlicher Ebene untersuchten Grundsätzen in Einklang gebracht werden. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass in Art 130 Abs 3 B-VG von der Einräumung von Ermessen an eine *Verwaltungsbehörde* die Rede ist. Öffentliche Auftraggeber stellen vielfach jedoch keine Verwaltungsbehörden dar. Das wirft die Frage auf, ob die Verfassung einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle von Zuschlagsentscheidungen entgegensteht.

II. Forschungsstand und Forschungsbedarf

Die mit dem Thema des Dissertationsvorhabens in Zusammenhang stehende Forschung hat sich in rezenter Zeit soweit ersichtlich nicht näher mit dem Gebiet der Zuschlagskriterien im Vergaberecht vor dem Hintergrund des Ermessensspielraums des öffentlichen Auftraggebers auseinandergesetzt.⁵⁹ Die Sekundärzwecke des Vergaberechts und die dazugehörige Rsp des EuGH waren zwar bereits mehrfach Gegenstand wissenschaftlicher Diskussion, allerdings fehlt es an einer umfassenden und aktuellen Aufarbeitung und zusammenfassenden Darstellung. Zum innerstaatlichen Ermessensspielraum bei der Zuschlagserteilung im Vergaberecht finden sich in der Literatur nur punktuelle Ausführungen mit jeweils unterschiedlichen

⁵⁶ ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 53.

⁵⁷ § 20 Abs 3 BVergG 2018.

⁵⁸ B-VG BGBI 1930/1 idF BGBI I 2022/141.

Vgl zur alten Rechtslage *Mayr*, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht: Anforderungen im Rahmen der Ausgestaltung der Ausschreibung (2002).

Rechtsauffassungen. So etwa in der Kommentierung zum B-VG von *Kneihs*⁶⁰, welcher "wohl auch" für die Vergabekontrolle eine Sphäre gegeben sieht, die der "Verwaltung" vorbehalten bleiben soll. Demgegenüber vertritt *Thienel*⁶¹ die Auffassung, dass die Gestaltungsspielräume des Auftraggebers nicht als Ermessen iSd Art 130 Abs 3 B-VG gewertet werden können. Der klare Wortlaut bezieht sich nach seiner Meinung auf die Ermessensübung durch eine *Verwaltungsbehörde*. Eine umfassende Auseinandersetzung mit dieser komplexen Thematik lässt die österreichische Rechtswissenschaft jedoch bis dato missen. Insbesondere hat sich die Literatur bisher noch nicht mit dem für das Dissertationsvorhaben zentralen Analysegegenstand des Ermessensspielraums des öffentlichen Auftraggebers im europäischen und innerstaatlichen Kontext befasst.

III. Forschungsfrage und Hypothese

Ausgehend von dem obig dargelegten Problemaufriss soll sich die wissenschaftliche Untersuchung von folgender Fragestellung leiten lassen:

Welche rechtlichen Vorgaben binden öffentliche Auftraggeber bei der Festlegung von Zuschlagskriterien?

Die aus dem gegenwärtigen Rechtsbestand abgeleiteten Hypothesen lauten (vorläufig):

Die sowohl unions- als auch innerstaatlich normierten Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung bilden grundsätzlich die Grenze des Spielraums des öffentlichen Auftraggebers. Es ist jedoch mit dem Diskriminierungsverbot und dem Transparenzgebot vereinbar, wenn gewisse zwingende Allgemeininteressen in die Zuschlagskriterien aufgenommen werden.

Das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers kann zwar nicht unter Art 130 Abs 3 B-VG subsumiert werden. Allerdings handelt es sich um ein unsionsrechtlich gebotenes Ermessen, das Vorrang gegenüber Art 130 Abs 3 B-VG genießt.

Kneihs in Kneihs/Lienbacher (Hrsg), Art 130 B-VG, Rill-Schäffer-Kommentar Bundesverfassungsrecht, 24. Lfg (2020) 30.

Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, in Niederösterreichische Juristische Gesellschaft (Hrsg), Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft¹¹⁶ (2013) 45.

IV. Gang der Untersuchung

Das Dissertationsprojekt soll sich an nachstehender Gliederung orientieren: Neben einer einleitenden Darstellung des Problemkomplexes als ersten Teil folgen zwei umfassende Hauptteile. Dabei soll der zweite Teil der Dissertation dazu dienen, die unionsrechtlichen Grundlagen sowie Grundsätze des Vergabeverfahrens darzustellen, welche in weiterer Folge Anwendung auf die Forschungsfrage finden sollen. Daran anschließend gilt es, die zulässigen Zuschlagskriterien und damit einhergehend die Sekundärzwecke des Vergabewesens anhand von Literatur und insb Rsp des EuGH herauszuarbeiten und zu systematisieren. Zuletzt soll untersucht werden, ob dem öffentlichen Auftraggeber nach den Vorgaben und der Rsp des Unionsrechts ein Ermessensspielraum bei der Zuschlagserteilung zukommt. Der dritte Teil der Arbeit befasst sich mit den innerstaatlichen Grundlagen des Vergaberechts und soll einleitend das Vergaberegime und dessen Grundsätze vor dem Beitritt zum EWR in komprimierter Form beleuchten. Darauf aufbauend gilt es das nunmehr gültige Vergaberecht in Hinblick auf die Zuschlagskriterien dargestellt und von den Beurteilungs- bzw Eignungskriterien abgegrenzt werden. Im Zuge des Dissertationsprojektes soll herausgearbeitet werden, in welchem Rahmen sich der öffentliche Auftraggeber bei der Auswahl und Gewichtung der für den öffentlichen Auftrag maßgeblichen Zuschlagskriterien bewegen darf. Dabei wird ein besonderes Augenmerk auf die Sekundärzwecke des Vergabewesens gelegt. Schließlich soll auf innerstaatlicher Ebene erörtert werden, ob die Kontrolle der Verwaltungsgerichte hinsichtlich der Zuschlagserteilung des öffentlichen Auftraggebers aufgrund eines Ermessensspielraums beschränkt ist oder ob die Verfassung eine solche beschränkte Kontrollbefugnis der Verwaltungsgerichte nur bei behördlichen Entscheidungen vorsieht bzw erlaubt. Es wird die Fragestellung erörtert, ob eine analoge Anwendung des Art 130 Abs 3 B-VG auf die Privatwirtschaftsverwaltung gerechtfertigt ist oder ob der Gesetzgeber in Frage stehende Norm abschließend regeln wollte. Darüber hinaus ist die Überlegung anzustellen, ob ein Ermessensspielraum aus dem Europarecht abgeleitet werden kann und sohin im innerstaatlichen Recht aufgrund des Vorranges von Unionsrecht Anwendung finden muss. Die Conclusio als vierter Teil schließt die Arbeit mit einer zusammenfassenden Betrachtung ab.

V. Methodik

Eine umfassende Literatur- und Judikaturrecherche auf dem Gebiet des Vergaberechts dient als Grundlage dieser Dissertation. Die Forschungsfragen werden folglich rechtsdogmatisch durch Anwendung der gängigen rechtswissenschaftlichen Auslegungsmethoden aufgearbeitet.

Im Fokus steht dabei die Auslegung des primären und sekundären Unionsrechts sowie verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Bestimmungen des österreichischen Rechts.

VI. Vorläufige Grobgliederung

I. Einleitung

- A. Allgemeines
- B. Forschungsfragen und Thesen

II. Unionsrechtliche Ebene

- A. Zwecke und Ziele des Vergabeverfahrens
- B. Primärrecht
 - 1. Grundfreiheiten
 - 2. Diskriminierungsverbot
 - 3. Binnenmarktrelevanz
- C. Sekundärrecht
 - 1. Anwendungsbereich der VergabeRL
 - 2. VergabeRL
 - 3. Billigstbieterprinzip
 - 4. Bestbieterprinzip
 - a) Vergabeimmanente Kriterien
 - b) Vergabefremde Kriterien
- D. Ermessen des öffentlichen Auftraggebers

III. Innerstaatliche Ebene

- A. Rechtslage vor EU-Beitritt
 - 1. Gleichheitssatz Fiskalgeltung der Grundrechte
- B. Umsetzung in Österreich BvergG 2018
- C. Zuschlagskriterien
 - 1. Abgrenzung zu Beurteilungs- bzw Eignungskriterien
 - 2. Billigstbieterprinzip
 - 3. Bestbieterprinzip
- E. Sekundärzwecke des Vergabeverfahrens
 - 1. Umweltaspekte; Green Public Procurement
 - 2. Sozialpolitische Belange

- 3. Innovative Aspekte
- 4. Förderung von KMUs
- F. Ermessen iSd Art 130 Abs 3 B-VG
 - 1. Begriffsdefinition
 - 2. Behörde vs. Privatwirtschaftsverwaltung
 - 3. Analogieschluss?
 - 4. Anwendbarkeit unionsrechtlicher Vorgaben
 - 5. Ergebnis

IV. Conclusio

VII. Vorläufiger Zeitplan

SS 2022	Themenwahl	✓
	Zulassung zum Doktoratsstudium	✓
	Literatur- und Judikaturrecherche	√
WS 2022/23	Erstellung des Exposès	✓
	VO zur rechtswissenschaftlichen Methodenlehre	✓
	SE zur Vorstellung und Diskussion des	√
	Dissertationsvorhabens	
	Antrag auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens	
SS 2023	Verfassen der Dissertation	
WS 2023/24	Verfassen und Überarbeitung der Dissertation	
SS 2024	Finale Überarbeitung der Dissertation	
	Öffentliche Defensio	

VIII. Ausgewählte Literatur

Aicher, Die Instrumentalisierung des Vergaberechts: Von vergabefremden Zwecken zu vergaberechtlichen Sekundärzielen, JBI 2018, 481

Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren (2000)

Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme. Eine rechtsübergreifende Analyse des Vergaberechts (2007)

Burgi, Zuschlag und Zuschlagskriterien: Die Komplexität nimmt zu, in *Fehling/Rönnau/Schmidt* (Hrsg), Vergaberecht im Umbruch II (2015) 57

Egger, Europäisches Vergaberecht (2008)

Engelhard, Sekundäre Zuschlagskriterien im Europäischen Vergaberecht, in Schubel/Kirste/Müller-Graff/Diggelmann/Hufeld Jahrbuch für Vergleichende Staats- und Rechtswissenschaften – 2016/2017 (2017) 45

Frenz, Naturschutz im europäischen Vergaberecht, Natur und Recht 2007/29, 107

Frenz, Vergaberecht EU und national (2018)

Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2018 (2018)

Fuchs, Vergabewettbewerb als Instrument. Zur Renaissance politischer Instrumentalisierung des Vergaberechts, JRP 2012, 288

Fuchs, Vergaberecht, in Bachmann et al (Hrsg), Besonderes Verwaltungsrecht¹⁴ (2022)

Fuchs, Verwaltungsermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit: Rückblick und Ausblick, in Holoubek/Lang (Hrsg), Das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und dem Bundesfinanzgericht (2014) 231.

Holoubek/Damjanovic/Holzinger, Die Vergabe öffentlicher Aufträge als sozialpolitisches Instrument: zu den rechtlichen Rahmenbedingungen, in Schneider/Trukeschitz (Hrsg.), Quasi-Märkte und Qualität (2008) 31

Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel, Vergaberecht⁶ (2022)

Holoubek/Fuchs/Ziniel, Vergaberecht, in Holoubek/Potacs (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I⁴ (2019)

Holoubek, Vergaberecht als Steuerungsinstrument, ÖZW 2020/4, 202

Höfferer, Vergaberecht als praktikables Regulativ (2014)

Jestaedt, Das doppelte Ermessensantlitz. Eine rechtstheoretische Vermessung des administrativen Entscheidungsfreiraums, ZfV 2015, 339

Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht³ (2019)

Korinek/Holoubek, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung. Verfassungsrechtliche und einfachgesetzliche Rahmenbedingungen nicht hoheitlicher Verwaltung (1993)

Öhlinger/Potacs, EU-Recht und staatliches Recht⁷ (2020)

Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht (1994)

Potacs, Die Auslegung der Verfassung, in Bußjäger/Gamper/Kahl (Hrsg), 100 Jahre Bundes-Verfassungsgesetz (2020) 109

Ranacher, Ermessen der Verwaltung und Ermessen der Verwaltungsgerichte, in Holoubek/Lang (Hrsg), Grundfragen der Verwaltungs- und Finanzgerichtsbarkeit, Ermessen der Verwaltung und Ermessen der Verwaltungsgerichte (2017) 189

Ricken, Beurteilungsspielräume und Ermessen im Vergaberecht (2014)

Rill/Griller, Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe (2000)

Schima, Wettbewerbsfremde Regelungen – falsche Signale vom Europäischen Gerichtshof? ZVB 2002, 57

Schnabl, Zur Zulässigkeit der Berücksichtigung von Sekundärzwecken im Vergabeverfahren am Beispiel der Förderung der Gleichstellung von Frauen in Eisenberger (Hrsg), Norm und Normvorstellung (2003) 453

Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2018³ (2020)

Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, in Niederösterreichische Juristische Gesellschaft (Hrsg), Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft¹¹⁶ (2013)

Werschitz/Ragoβnig, Österreichisches Vergaberecht³ (2012)

Ziniel, Berücksichtigung "strategischer Beschaffungsziele" im Vergaberecht, WISO 2015, 67

Ziniel, Stärkung des Besbieterprinzips im Vergaberecht, RFG 2016, 31

Zuβner, Ermessen im Sinne des Gesetzes: Grundfragen einer österreichischen Ermessensdogmatik nach Inkrafttreten der Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012 (2017)