I. Grundfragen und Struktur des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe

A. Beschaffungswesen und Vergaberecht

Das Vergaberecht regelt die **Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber** (sowie einige besonders regulierte Auftraggber). Wenngleich die Vergabe öffentlicher Aufträge traditionell zu den Instrumenten staatlicher Wirtschaftstätigkeit zählt (vgl dazu etwa die Untersuchungen von *Bös*, Öffentliche Aufträge in Österreich [1968] und *Wenger*, Das Recht der öffentlichen Aufträge [1977]), ist das Vergaberecht ein vergleichsweise junges Rechtsgebiet. Der mittlerweile hohe Grad rechtlicher Durchdringung ist zu einem guten Teil auf unionsrechtliche Vorgaben zurück zu führen.

Besonders die (unionsrechtlich gebotene) Einführung effektiver Rechtsschutzmöglichkeiten hat zur Herausbildung eines detaillierten Regelungsrahmens und einer umfangreichen Judikatur im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe beigetragen. Dem europäischen Vergaberecht kommt mithin eine Schlüsselposition für die (Fort-) Entwicklung des Rechts der öffentlichen Auftragsvergabe zu. Gleichwohl ist das Vergaberecht in seiner heutigen Struktur auch maßgeblich von innerstaatlichen, insbesondere verfassungsrechtlichen Anforderungen bestimmt. Zudem ist eine ansteigende Internationalisierung des Vergaberechts zu beobachten, was wiederum zu Rückwirkungen auf den unionsrechtlichen und innerstaatlichen Regelungsrahmen führt.

B. Der Staat als Nachfrager am Markt

Der Staat in seinen verschiedenen Ausformungen benötigt zur Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben Sachgüter und Dienstleistungen. Diese Bedürfnisse können zu einem gewissen Ausmaß durch **staatliche „Eigenleistung“** gedeckt werden.

Der Möglichkeit zur Bedarfsdeckung durch zwangsweise Beschaffung (zB durch Enteignung) kommt aufgrund der verfassungsrechtlichen, insbesondere grundrechtlichen Vorgaben außerhalb von Krisen- und Notsituationen keine Bedeutung zu.

Im Rahmen staatlicher Eigenleistung werden die gewünschten Leistungen durch **Regiebetriebe**, die organisatorisch in die allgemeine Verwaltung (zumeist auf kommunaler Ebene in die Gemeindeverwaltung) eingegliedert und weitgehend unselbständig sind. Einen wesentlichen Anteil an der staatlichen Leistungserbringung tragen vor allem aber **öffentliche Unternehmen**.

Regiebetriebe

Regiebetriebe finden sich hauptsächlich auf kommunaler Ebene, wie zB im Bereich der Abfallentsorgung (MA 48 als Regiebetrieb der Gemeinde Wien zur Besorgung der Müllabfuhr), der Friedhofsverwaltung, der Abwasserentsorgung, der Wasserversorgung etc.

Öffentliche Unternehmen

Öffentliche Unternehmen sind ein wesentliches Instrument, mit dem der Staat seine Aufgaben der Sozial-, Kultur- oder Wirtschaftsverwaltung in eigener Verantwortung zu erfüllen trachtet und dabei gleichzeitig den Anforderungen an eine im betriebswirtschaftlichen Sinn effiziente Leistungserbringung möglichst weitgehend Rechnung tragen will. Die Rahmenbedingungen des Tätigwerdens öffentlicher Unternehmen haben im letzten Jahrzehnt vor allem unter dem Einfluss des europäischen Unionsrechts eine wesentliche Veränderung erfahren, indem die Sonderstellung öffentlicher Unternehmen deutlich begrenzt und ihre Tätigkeit in vielfacher Hinsicht (insbesondere unter Transparenzgesichtspunkten) reglementiert wurde. Dennoch sind öffentliche Unternehmen nach wie vor ein wesentlicher Bestandteil staatlicher Leistungserbringung (von der Wiener Staatsoper GmbH über die Schönbrunner Tiergarten GmbH, Forschungsförderungseinrichtungen wie der Österreichischen Akademie der Wissenschaften [ÖAW] hin zu konzernartigen Strukturen im Bereich der kommunalen Daseinsvorsorge, beispielsweise im Rahmen der Wiener Stadtwerke Holding AG und ihrer Konzernunternehmen wie etwa der Wiener Linien GmbH & Co KG). Die jüngsten Entwicklungen auf den Finanz- und Wirtschaftsmärkten zeigen darüber hinaus, dass die Bedeutung staatlicher Beteiligung an Marktunternehmen mit den wirtschaftlichen Rahmenbedingungen, unter denen die staatliche Wirtschafts- und Finanzpolitik agieren muss, eng zusammenhängt.

Das in der Praxis weitaus bedeutendste Instrument staatlicher Bedarfsdeckung ist die **öffentliche Auftragsvergabe**. Dabei bezieht der Staat die benötigten Güter und Leistungen „vom Markt" und grundsätzlich unter denselben Bedingungen wie ein Privater: Er tritt am Markt als Nachfrager auf und beauftragt anbietende Unternehmen durch Abschluss entsprechen-

der Verträge → „öffentliche Aufträge"). Für die Erbringung der vertraglich vereinbarten Leistungen erhält der beauftragte Unternehmer eine Gegenleistung in Form eines Entgelts. Die Vergabe öffentlicher Aufträge zählt damit gleichzeitig zu den praktisch bedeutsamsten Instrumenten der nichthoheitlichen, auf privatrechtlichen Gestaltungsmitteln beruhenden Verwaltung (→ **Privatwirtschaftsverwaltung**).

C. Notwendigkeit rechtlicher Vorgaben für die öffentliche Auftragsvergabe

Die Notwendigkeit rechtlicher Vorgaben für die öffentliche Auftragsvergabe ergibt sich aus mehrfachen Gründen. Zwar handelt der Staat bei der Vergabe öffentlicher Aufträge grundsätzlich in den Rechtsformen, die auch Privaten zur Verfügung stehen; in seiner Eigenschaft als Nachfrager unterscheidet er sich aber in vielerlei Hinsicht von den sonstigen Marktteilnehmern. Insbesondere verfügt der Staat über eine oftmals starke Nachfragerposition auf den Beschaffungsmärkten und unterliegt spezifischen öffentlich-rechtlichen Bindungen. Diese **Besonderheiten staatlicher Marktteilnahme** machen Vorschriften zur Sicherung der Wirtschaftlichkeit der Beschaffung und der Gewährleistung einer an Fairness und Wettbewerbsgleichheit orientierten staatlichen Auftragsvergabe erforderlich. Damit zusammenhängend ist es von erheblicher Bedeutung, dass den Bietern in einem Vergabeverfahren **durchsetzbare Rechte** gegenüber der öffentlichen Hand eingeräumt werden. Dies auch dann, wenn der Staat mit Mitteln des Privatrechts tätig wird und deshalb die „üblichen" verwaltungsrechtlichen Rechtschutzmechanismen, die rechtsformgebunden am Hoheitsakt (insbesondere dem Bescheid) anknüpfen, nicht greifen.

Als zentrale Schlagworte für die Notwendigkeit der rechtlichen Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe können somit vor allem Effizienz, Fairness und Gleichheit der Verfahren sowie angemessener Rechtsschutz genannt werden. In engem Kontext damit stehen weitere Argumente für eine rechtliche Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe, insbesondere solche organisationswirtschaftlicher oder wirtschaftspolitischer Natur.

1. Effizienzargumente

Der Staat als Nachfrager ist im Regelfall nicht gleich wie Unternehmen den Kräften des Wettbewerbs am Markt ausgesetzt. Im Unterschied zu Unternehmen, die auf einem bestimmten Markt im Wettbewerb tätig sind, wird „unwirtschaftliches Handeln" der öffentlichen Hand nicht unmittelbar

vom Markt sanktioniert. Denn die öffentliche Hand ist in aller Regel keinem Anbieterwettbewerb ausgesetzt und in ihrem Tätigwerden nicht am (ökonomisch gut messbaren) Primärziel der Gewinnerzielung orientiert. Die genannten Umstände tragen schließlich auch zur potentiellen Interventions- und Korruptionsanfälligkeit des staatlichen Beschaffungsapparats bei.

An diesem Ausgangsbefund knüpfen die für eine rechtliche Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe ins Treffen geführten **Effizienzargumente** an: Da der öffentlichen Auftragsvergabe die Verwendung öffentlicher Mittel zu Grunde liegt (vgl schon VfSlg 3262/1957: „über andere als ‚öffentliche' Gelder verfügt der Staat nicht"), soll durch rechtliche Rahmenbedingungen für den Ablauf eines Vergabeverfahrens ein effizienter – also an Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit orientierter – Mitteleinsatz sichergestellt werden. Ein rechtlich geregeltes Vergabeverfahren soll, als **organisierter Parallelwettbewerb der Bieter** (*Aicher*, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Aspekte der Vergabe öffentlicher Aufträge, 1981, 8), einen marktkonformen Wettbewerb simulieren, dem die Leistungsvergabe durch die öffentliche Hand sonst nicht notwendig unterworfen wäre. Der solcherart rechtlich organisierte Vergabewettbewerb soll für öffentliche Auftraggeber somit jenes Korrektiv darstellen, das für private Auftraggeber typischerweise der (Druck des freien Wettbewerbs am) Markt bildet.

Die auf europäischer Ebene erlassenen Vergaberichtlinien dienen vor allem der Durchsetzung der Grundfreiheiten der EU, indem sie auf die Herstellung eines **grenzüberschreitenden, fairen und gleichen Vergabewettbewerbs** zwischen den Unternehmen in der Europäischen Union gerichtet sind und damit zur Verwirklichung des Binnenmarkts im öffentlichen Beschaffungswesen beitragen sollen. Die Steigerung des Wettbewerbs im Vergabebinnenmarkt soll wiederum dazu verhelfen, möglichst weitgehende Einsparungseffekte für die öffentlichen Haushalte zu erzielen.

Der vergaberechtliche Regelungsrahmen ist daher über weite Strecken an ökonomischen Effizienzkriterien ausgerichtet und zielt darauf ab, dass Beschaffungsvorgänge tatsächlich auf den ökonomischen Beschaffungseffekt fokussiert sind. Da das Vergaberecht aber gerade solche Aufträge erfasst, die dazu dienen, die zur Erbringung von staatlichen Aufgaben notwendigen Güter und Dienstleistungen zu erwerben, können auch **wirtschafts-, sozial-, oder umweltpolitische Erwägungen** unter bestimmten Voraussetzungen in den Vergabevorgang mit einfließen (siehe noch S 107 ff).

Im Vordergrund steht jedoch die Funktion der Auftragsvergabe als **Instrument staatlicher Beschaffung**, nicht als Instrument politischer Steuerung. Betont wird damit weiterhin das Kosten-Nutzen-Verhältnis der Auftragsvergabe. Diese zentrale Funktion des Vergaberechts, möglichst effiziente staatliche Beschaffungen sicherzustellen, ist auch das wesentliche Merk-