

## **Verfassungsrechtliche Miscellen zum BundesvergabeG 2006\*)**

### **I. Allgemeines**

In einem Individualantrag gem Art 140 B-VG werden gegen die §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 des Bundesvergabegesetzes 2006 verschiedene Verfassungswidrigkeiten geltend gemacht (G 174/06). Im Einzelnen geht es um folgende Verfassungsfragen:

1. Verfassungswidrige Verweisung;
2. Inhaltliche Unbestimmtheit;
3. Grundrechtsverletzungen (Eigentum, Gleichheit);
4. Verletzung des Gemeinschaftsrechts (versteckte Diskriminierung ausländischer Bieter).

Die folgenden Überlegungen sollen die behaupteten Verfassungswidrigkeiten insbesondere am Maßstab der bisherigen Judikatur kritisch analysieren.

### **II. Der wesentliche Inhalt der angefochtenen Bestimmungen**

Die zitierten Bestimmungen des BundesvergabeG 2006 legen Verpflichtungen des Auftraggebers fest, die dieser bei der Leistungsbeschreibung und bei den Festlegungen für den Leistungsvertrag zu beachten hat. Im Wesentlichen ist angeordnet, dass dann, wenn für diese Angelegenheiten „geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen“ vorhanden sind, „diese heranzuziehen“ sind. Diese Bestimmungen sollen sicherstellen, dass die Ausschreibung möglichst vollständig und neutral erfolgt und eine spätere Vergleichbarkeit von Angeboten möglich ist. Der damit festgelegte Standard soll auch den Bietern eine Nachprüfung der Entscheidung des Auftraggebers ermöglichen. Der Gesetzgeber gewährt dem Auftraggeber mit diesen Bestimmungen einen weiten Spielraum; er lässt zu, dass der Auftraggeber die Leitlinien auswählt, die er im konkreten Fall für die geeignetsten ansieht; insbesondere ist die Nennung der ÖNORMEN nicht verbindlich sondern lediglich demonstrativ zu verstehen. Die Entscheidung des Auftraggebers, wel-

---

\*) Die Ausführungen beruhen auf einem Rechtsgutachten des Verfassers.

che Leitlinien er heranzieht, unterliegt selbstverständlich der Überprüfung durch die zuständigen Behörden.

### III. Zur Problematik der Verweisung

Der VfGH hatte sich mehrfach mit der Frage zu befassen, ob eine gesetzliche Regelung eine verfassungswidrige dynamische Verweisung enthält. Eingehend hat sich der VfGH mit dem Vorliegen einer verfassungswidrigen dynamischen Verweisung zB in VfSlg 12.384 auseinandergesetzt. Unter Hinweis auf seine frühere Judikatur hat der Gerichtshof ausgesprochen, dass eine verfassungswidrige dynamische Verweisung nur dann vorliegt, wenn die verwiesene Norm „im verfassungsrechtlichen Sinn vollzogen“ wird<sup>1)</sup>. Hingegen sei von einer verfassungswidrigen dynamischen Verweisung dann nicht auszugehen, wenn eine Norm lediglich an das Vorliegen einer anderen Norm anknüpft<sup>2)</sup>. Eine solche Anknüpfung liegt dann vor, wenn die verwiesene Norm nicht vollzogen, „sondern lediglich ihre vorläufige inhaltliche Beurteilung dem Vollzug der eigenen Norm zu Grunde gelegt wird“<sup>3)</sup>. In diesem Sinn hat der VfGH auch ein Anknüpfen des § 212 Abs 2 BAO an den Eskontzinssatz der Nationalbank nicht als verfassungswidrige dynamische Verweisung qualifiziert sondern als ein Anknüpfen „an eine Tatsache des Wirtschaftslebens“<sup>4)</sup>.

Betrachtet man die hier vorliegende Problematik unter dem Aspekt der bisherigen Judikatur des VfGH so zeigt sich, dass die im Antrag behauptete Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Bestimmungen nicht vorliegt. Die in den angefochtenen Bestimmungen genannten „Leitlinien“ sind zunächst keine Normen einer fremden Rechtsautorität sondern Phänomene des Wirtschaftslebens. Man kann davon ausgehen, dass diese Phänomene den Beteiligten am Wirtschaftsleben bekannt sind. Wenn der Gesetzgeber anordnet, dass der öffentliche Auftraggeber diese Phänomene bei seiner Ausschreibung „heranzuziehen“ hat, so ordnet er damit zunächst keine Vollziehung dieser Regelungen durch irgendeine Behörde an sondern lediglich eine Berücksichtigung von tatsächlichen Umständen durch den Auftraggeber an; dieser soll bestehende Standardisierungen berücksichtigen, wenn sie geeignet sind.

---

1) Vgl später auch VfSlg 16.999.

2) Vgl VfSlg 12.384 sowie die dort zitierte Vorjudikatur.

3) VfSlg 12.384.

4) VfSlg 11.281.

Die Überlegungen, mit denen eine Verfassungswidrigkeit einer dynamischen Verweisung begründet werden soll, sind daher nicht zutreffend.

#### **IV. Angeblicher Verstoß gegen das Legalitätsprinzip**

Im vorliegenden Gesetzesprüfungsantrag wird auch eine Verfassungswidrigkeit der bekämpften Bestimmungen im Hinblick auf Art 18 Abs 1 und 2 B-VG behauptet. Unklar sei insbesondere, was unter „Leitlinien“ zu verstehen sei und wann solche Leitlinien als „geeignet“ anzusehen seien.

Die behauptete Verfassungswidrigkeit liegt nicht vor.

Wie die Antragsteller selbst richtig ausführen, enthalten die angefochtenen Regelungen Beschränkungen für die Ausübung privatrechtlicher Dispositionsbefugnisse. Geregelt wird also nicht die Ausübung staatlicher Verwaltung durch Behörden sondern die Ausübung privatrechtlicher Disposition durch öffentliche Auftraggeber. Schon von daher gesehen ist es unzutreffend, im vorliegenden Fall eine verfassungswidrige Unbestimmtheit der angefochtenen Regelungen über Art 18 Abs 1 und 2 B-VG begründen zu wollen. Je unbestimmter eine Regelung, die die Ausübung privatrechtlicher Befugnisse determiniert, ist, desto weniger schränkt sie die Privatautonomie ein, weil dem Rechtssubjekt ein umso größerer Gestaltungsspielraum verbleibt. Wenn der Gesetzgeber den Auftraggeber verpflichtet, „geeignete Leitlinien“ heranzuziehen und dabei demonstrativ ÖNORMEN und standardisierte Leistungsbeschreibungen nennt, so wird nichts Anderes angeordnet, als dass der öffentliche Auftraggeber im konkreten Fall – wenn möglich – auf bereits bekannte und im Wirtschaftsleben verwendete generelle Muster zurückgreift. Dies freilich nur dann, wenn er bei verständiger Würdigung in der konkreten Situation davon ausgehen muss, dass diese „Leitlinien“ geeignet sind. Keineswegs werden auch ÖNORMEN oder bestimmte standardisierte Leistungsbeschreibungen für verbindlich erklärt, die angefochtenen Bestimmungen nennen diese Leitlinien lediglich als eine von mehreren Möglichkeiten.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der VfGH in nunmehr ständiger Judikatur davon ausgeht, dass Art 18 B-VG ein so genanntes differenziertes Legalitätsprinzip festlegt. Dies bedeutet, dass Art 18 B-VG „einen dem

jeweiligen Regelungsgegenstand adäquaten Determinierungsgrad“ verlangt<sup>5)</sup>). Im Erk VfSlg 16.993 hat der VfGH bei der Beurteilung der Bestimmtheit einer Regelung des Börsegesetzes ausgeführt, dass sich diese Bestimmung an eine bestimmte Personengruppe richtet, der unterstellt werden kann, die spezifischen Kenntnisse in dem betreffenden Bereich zu haben und über das erforderliche Spezialwissen zu verfügen. Nichts Anderes ist von öffentlichen Auftraggebern und den in Betracht kommenden Bietern anzunehmen.

## **V. Grundrechtsverletzungen**

Im vorliegenden Antrag wird auch eine Verletzung des Grundrechts auf Unverletzlichkeit des Eigentums und des Gleichheitssatzes behauptet.

Die behaupteten Grundrechtsverletzungen liegen nicht vor.

Zutreffend ist zunächst, dass die angefochtenen Bestimmungen privatrechtliche Dispositionsbefugnisse determinieren und damit in das verfassungsrechtlich gewährleistete Recht auf Freiheit des Eigentums eingreifen; es handelt sich um Eigentumsbeschränkungen. Eine Eigentumsbeschränkung ist nach ständiger Judikatur des VfGH dann zulässig, wenn sie im öffentlichen Interesse geboten und verhältnismäßig ist. Der VfGH verknüpft bei der Prüfung der Zulässigkeit einer Eigentumsbeschränkung deren Zulässigkeit mit Sachlichkeitserwägungen. Wenn im vorliegenden Antrag behauptet wird, öffentliche Auftraggeber würden im Vergleich zu privaten Auftraggebern unsachlich beschränkt, so ist dazu zu bemerken, dass die spezifischen Beschränkungen für öffentliche Auftraggeber auf spezifischen Unterschieden im Tatsachenbereich beruhen. Da öffentliche Auftraggeber über öffentliche Mittel verfügen, haben sie diese – anders als rein private Auftraggeber – auch im Interesse der Allgemeinheit zu verwenden; gesetzliche Regelungen, die dies sicherstellen sollen, liegen ohne Zweifel im öffentlichen Interesse. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Leistungsbeschreibung einer Ausschreibung ein ganz wesentlicher Aspekt für eine korrekte Auftragsvergabe darstellt. Eine Leistungsbeschreibung muss dabei insbesondere sicherstellen, dass die einlangenden Angebote in einer objektiv nachvollziehbaren Weise verglichen werden können. Wenn der Gesetzgeber dies damit erreichen will, dass er anordnet, dass eine solche Leistungsbeschreibung nach Stan-

---

<sup>5)</sup> ZB VfSlg 16.993 mit Verweis auf Vorjudikatur.

dards erfolgt, die in der Wirtschaft üblich und gebräuchlich sind, so handelt er damit keineswegs unsachlich.

Mit diesen Überlegungen ist aber auch klar gestellt, dass an der Eigentumsbeschränkung, die mit den angefochtenen Bestimmungen verfügt wird, ein öffentliches Interesse besteht. Diese Eigentumsbeschränkung ist auch nicht unverhältnismäßig. Sie gebietet insbesondere nicht, dass der Auftraggeber eine ganz bestimmte Leitlinie heranzieht sondern ordnet lediglich an, dass er „geeignete“ heranzuziehen hat. Wenn dabei auf ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen hingewiesen wird, so ist dieser Hinweis als eine demonstrative Aufzählung nicht unmittelbar verbindlich. Dem Auftraggeber verbleibt ein erheblicher Spielraum, in dem er seine eigene Beurteilung vornehmen kann.

## **VI. Verletzung des Gemeinschaftsrechts**

Im Zusammenhang mit der behaupteten verfassungswidrigen dynamischen Verweisung wird im Gesetzesprüfungsantrag auch eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts behauptet. Unter Hinweis auf eine Entscheidung des EuGH wird ausgeführt, dass durch die verpflichtende Heranziehung „geeigneter Leitlinien“ eine versteckte Diskriminierung ausländischer Bieter erfolge.

Die behauptete Gemeinschaftsrechtswidrigkeit liegt nicht vor.

Es wird nämlich übersehen, dass die angefochtenen Bestimmungen dem Auftraggeber einen weiten Spielraum einräumen, welche bestehenden Leitlinien er als „geeignet“ ansieht. Selbstverständlich wird er dabei zu berücksichtigen haben, ob die Heranziehung einer bestimmten Leitlinie möglicherweise dazu führen könnte, dass ausländische Bieter gegenüber inländischen Bietern benachteiligt sein könnten. Ist dies der Fall, so ist eine solche Leitlinie nicht geeignet, weil der öffentliche Auftraggeber seine Dispositionsbefugnis selbstverständlich im Zweifel in Übereinstimmung mit dem Europarecht zu bestimmen hat. Der öffentliche Auftraggeber wird also seinen Spielraum, den ihm das Bundesvergabegesetz 2006 einräumt, so zu nützen haben, dass sein Verhalten nicht nur den nationalen Rechtsvorschriften sondern auch dem Gemeinschaftsrecht entspricht. Eine Leitlinie, die zu einer versteckten Diskriminierung ausländischer Bieter führt, ist daher nicht als „geeignet“ anzusehen. Die behauptete Verletzung des Gemeinschaftsrechts liegt daher nicht vor.