



Die vergaberechtlichen Bestimmungen in Bezug auf Immobilien

Master Thesis zur Erlangung des akademischen Grades
"Master of Science"

eingereicht bei
Mag. Robert Ertl

Mag. Osai Amiri

00706707

Wien, 13.04.2018

Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MAG. OSAI AMIRI**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Master These, "DIE VERGABERECHTLICHEN BESTIMMUNGEN IN BEZUG AUF IMMOBILIEN", 66 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich diese Master These bisher weder im Inland noch im Ausland in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 13.04.2018

Unterschrift

Kurzfassung

Grundsätzlich dienen die Bestimmungen des Vergaberechts insbesondere der Möglichkeit zur Schaffung von fairem Wettbewerb als auch Chancengleichheit für die Unternehmen, die an diesem Wettbewerb teilzunehmen beabsichtigen. Bestimmte Beschaffenheit und Aufträge sind vom Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetz (BVerG) ausgenommen. Diese Ausnahmebestimmungen sind insbesondere in § 10 und § 175 BVerG taxativ aufgelistet und eng auszulegen. § 10 Z 8 BVerG normiert, dass das BVerG nicht für Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen, ungeachtet deren Finanzierungsmodalitäten, ausgenommen Verträge über finanzielle Dienstleistungen jeder Form, die gleichzeitig, vor oder nach dem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen werden, gilt. Hintergrund für die Ausnahmeregelung ist insbesondere, dass es sich bei Grundstücken um individuelle Objekte handelt, die nicht austauschbar sind und über die daher kein Wettbewerb organisiert werden kann. Das Ziel dieser Arbeit besteht darin, einerseits eine allgemeine Einführung des Vergaberechts (BVerG) darzustellen und andererseits die Ausnahmebestimmung für Immobilien, insbesondere Miete durch öffentliche Hand, aus vergaberechtlicher Sicht systematisch darzustellen und anhand der entsprechenden Judikatur zu beurteilen. Konkret soll zunächst dargestellt werden, welche Verträge ausgenommen sind, wie diese Verträge definiert werden und in weiterer Folge soll eine Abgrenzung zwischen einem Mietvertrag und einem Bauauftrag im Sinne des § 4 Z 3 BVerG vorgenommen werden. Entsprechend der Judikate wurden in der Praxis einige Kriterien ausgearbeitet, anhand derer sich eine Abgrenzung zwischen Mietverträgen, die von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen sind, und Bauaufträgen, die grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen, aber Elemente des Mietvertrages enthalten, vornehmen lässt. Diese Kriterien dienen lediglich als Orientierung. Die Überprüfung bedarf einer Gesamtbetrachtung und Einzelfallentscheidung.

Inhalt

Kapitel 1:	Einleitung.....	1
Kapitel 2:	Einführung in das Vergaberecht.....	3
2.1.	Die Eigenart des Vergaberechts.....	3
2.2.	Entwicklung.....	4
2.3.	Die Rechtsquellen des Vergabewesens.....	4
2.3.1.	Die Rechtsquellen des Europarechts.....	5
2.3.1.1.	Primärrecht.....	5
2.3.1.2.	Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (EGV) sowie diesem nachfolgend der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).....	7
2.3.1.3.	Sekundärrecht.....	7
2.3.2.	Die Rechtsquellen des Völkerrechts.....	11
2.3.3.	Das österreichische Vergaberecht.....	13
2.4.	Der Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes.....	19
2.4.1.	Der persönliche Geltungsbereich.....	19
2.4.1.1.	Öffentliche Auftraggeber.....	20
2.4.1.2.	Sektorenauftraggeber (diese versorgen die Allgemeinheit mit Gas, Wärme, Elektrizität, Wasser, Verkehr, Postdienste und Energiegewinnung).....	22
2.4.1.3.	Sonstige Auftraggeber.....	24
2.4.2.	Der sachliche Geltungsbereich.....	24
2.5.	Die Auftragsarten.....	25
2.5.1.	Baufträge.....	25
2.5.2.	Lieferaufträge.....	27
2.5.3.	Dienstleistungsaufträge.....	27
2.5.4.	Schwellenwerte.....	29
2.6.	Allgemeine Grundsätze des Vergabeverfahrens.....	30
2.6.1.	Wettbewerbsgrundsatz.....	30
2.6.2.	Gleichbehandlungsgrundsatz.....	30
2.6.3.	Transparenzgrundsatz.....	31
2.6.4.	Problematik der Erarbeitung von Unterlagen bzw die Vorarbeiten-Problematik.....	32
2.6.5.	Vergabeabsicht.....	32
2.6.6.	Vertraulichkeitsprinzip.....	32
2.6.7.	Umweltgerechtigkeit.....	33
2.6.8.	Sozialpolitische Bedachtnahme.....	33
Kapitel 3:	Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG.....	34
3.1.	Ausnahmeregelung des § 10 Z 8 BVergG.....	34
3.1.1.	Hintergrund.....	35
3.1.2.	Erwerb.....	36
3.1.3.	Immobilienleasing.....	36
3.1.4.	Bestandvertrag.....	37
3.1.5.	Grundstücke oder vorhandene Gebäuden.....	38
3.1.6.	Abgrenzung von Miet- und Bauverträgen im Vergaberecht.....	39
3.1.6.1.	Allgemeines:.....	39
3.1.6.2.	Tatbestand des § 4 Z 3 BVergG 2006.....	40
3.1.6.3.	Öffentlicher Bauauftrag.....	42
3.1.6.4.	Erbringung einer Bauleistung.....	42
3.1.6.5.	Erfordernisse.....	42
3.1.6.6.	Zweck dieser Regelung.....	43
Kapitel 4:	Die Rechtsprechung.....	45
4.1.	<i>Pizzarotti</i> gegen Gemeinde Bari, Italien (EuGH, Rs C-213/10, Urteil vom 10.07.2014).....	45
4.2.	Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland (EuGH, C-536/07, Urteil vom 29.10.2009).....	48
4.3.	Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 7. Oktober 2015, Az.: 2 Verg 3/15.....	49
4.4.	VK Sachsen, Beschluss vom 19.06.2015 – 1/SVK/009-15; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.06.2014 – 1 VK 21/14; OLG Schleswig, Beschluss vom 01.04.2010 – 1 Verg 5/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.08.2014 – Verg 14/13.....	52
Kapitel 5:	Schlusskapitel.....	54
	Literaturverzeichnis.....	56
	Judikaturverzeichnis.....	58
	Rechtsquellenverzeichnis.....	59
	Internetverzeichnis.....	62

Kapitel 1: Einleitung

Am wirtschaftlichen Markt gilt der Staat samt seiner mit ihm verbundenen Unternehmen als bedeutendster und wirtschaftlich relevantester Immobilieneigentümer. Auch der Staat als Nachfrager von Leistungen nimmt am Markt teil. Der Staat erwirbt Eigentum, mietet Immobilien, vergibt Bauaufträge und schließt zu diesem Zweck privatrechtliche Verträge. Die Vertragspartner des Staates erhalten im Gegenzug für ihre erbrachten Leistungen Geld. Die Vergabe der öffentlichen Aufträge des Staates ist von enormer Bedeutung für den Vertragspartner. Jedoch kommt dem Staat eine andere wirtschaftliche Stellung im Vergleich zu anderen Marktteilnehmern zu, da, anders als bei anderen, beim Staat ein minimales bis gar kein Insolvenzrisiko besteht und die Mittel nicht zwingend durch Tätigkeit am Markt erwirtschaftet werden, sondern auch durch steuerliche Einnahmen zur Verfügung stehen. Aus diesem Grund wurde das Bundesvergabegesetz 2006 (in der Folge kurz: BVergG) geschaffen, um eine Verfahrensordnung zu garantieren, sodass das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag erhält und nicht bloß nach wirtschaftlichen Überlegungen gehandelt wird.

Es gibt Beschaffungen und Verträge, die grundsätzlich vom sachlichen Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen sind. Unter diesen Ausnahmen sind auch der Erwerb von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden, das Mieten von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden, die Rechtseinräumung an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden sowie der Erwerb, das Mieten oder die Rechtseinräumung von anderem unbeweglichen Vermögen zu finden.

Nicht ausgenommen sind allerdings finanzielle Dienstleistungen, die unter anderem im Zusammenhang mit dem Liegenschaftsgeschäft erbracht werden. Darunter werden lediglich Dienstleistungsaufträge verstanden, die den Erwerb oder die Miete von Immobilien betreffen. Beispiel hierfür wäre ein öffentlicher Bauauftrag zur Erweiterung eines Spitals oder einer Universität oder zur Verlängerung einer Straße – all diese Beispiele fallen nicht in den Ausnahmetatbestand des BVergG, da gewährleistet sein muss, dass die Baufirma das Bauwerk präzise nach den Wünschen des öffentlichen Auftraggebers errichtet und dann an diesen als Immobilie verkauft oder vermietet.

Das Ziel dieser Arbeit besteht darin, einerseits eine allgemeine Einführung des Vergaberechts (BVergG) darzustellen und andererseits die Ausnahmebestimmung für Immobilien, insbesondere Miete durch öffentliche Hand, aus vergaberechtlicher Sicht systematisch darzustellen und anhand der entsprechenden Judikatur zu beurteilen.

Der erste Teil dieser Arbeit behandelt die allgemeine Einführung in das Vergaberecht. Insbesondere sollen die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts sowie der Geltungsbereich dargestellt werden.

Der zweite Teil befasst sich mit der Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG. In diesem Teil der Arbeit soll zunächst dargestellt werden, welche Verträge ausgenommen sind, wie diese Verträge definiert werden und in weiterer Folge soll eine Abgrenzung zwischen einem Mietvertrag und einem Bauauftrag im Sinne des § 4 Z 3 BVergG vorgenommen werden.

In dem letzten Teil der Arbeit wird die wesentliche Judikatur in sachverhältnismäßiger und rechtlicher Hinsicht erläutert, um anhand dessen die Problematik betreffend die Abgrenzung zwischen Mietverträgen, die von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen sind und Bauaufträgen, die grundsätzlich unter die Anwendung des Vergaberechts fallen, aber Elemente des Mietvertrages enthalten, aufzuzeigen.

Schließlich sollen die Ergebnisse des zweiten und dritten Teils zusammengefasst und Schlussfolgerungen gezogen werden.

Kapitel 2: Einführung in das Vergaberecht

Der erste Teil dieser Arbeit behandelt die allgemeine Einführung in das Vergaberecht (BVerG). Insbesondere sollen die gesetzlichen Grundlagen, der Geltungsbereich sowie die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts dargestellt werden.

2.1. Die Eigenart des Vergaberechts

Das Vergaberecht regelt, wie der Begriff bereits vermuten lässt, das Verfahren der Vergabe von Aufträgen des Staates an Unternehmen. Die gesetzliche Grundlage für das Vergaberecht ist unter anderem das Bundesvergabegesetz.¹ Der europarechtliche Kontext ist im Zusammenhang mit dem Vergaberecht sehr wichtig. Daher sind beispielsweise Richtlinien ebenso zu beachten.

Bei der Vergabe von öffentlichen Leistungen kann man verschiedene Auftragsarten unterscheiden: *Lieferaufträge, Dienstleistungs- und Dienstleistungskonzessionsaufträge, Bau- und Baukonzessionsaufträge und die Durchführung von Wettbewerben.*² So kann der Inhalt einer Leistung ein Kauf bzw die Beschaffung von Gegenständen für ein Verwaltungsgebäude oder der Auftrag für die Errichtung eines Gebäudes oder von Straßen sein. Ziel des Staates ist es, eine tunlichst gute Leistung zu einem gewissermaßen günstigen Preis zu erhalten.³

Das Bundesvergabegesetz muss regeln, ob nur die öffentliche Hand oder auch private Unternehmen im Besitz des Staates, welche bestimmte Tätigkeiten ausüben, aufgrund besonderer Rechte den Regelungen des Vergaberechts unterliegen.

Es ist zu bestimmen, ob alle Anschaffungen unter das Vergaberegime fallen oder ob ein bestimmter Auftragswert erreicht werden muss.⁴

Aufgrund der vielen unterschiedlichen Arten der Beschaffungen sind die Regelungen des Bundesvergaberechts sehr differenziert. Daher spielen die allgemeinen Grundsätze eine gewichtige Rolle. Es sind jedoch ebenfalls auch die zahlreichen Ausnahmen zu beachten.

¹ Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVerG 2006) BGBl. I Nr. 17/2006.

² <https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/vergabeverfahren-rechtsschutz.html> [07.02.2018].

³ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 15.

⁴ a.a.O. 16.

Es handelt sich beim Bundesvergaberecht um eine äußerst komplizierte und herausfordernde Materie. Dies ist auch darauf zurückzuführen, dass ein einziges Gesetz einen gesetzlichen Rahmen für alle möglichen Beschaffungsarten vorsehen soll und dabei auf die Vielfalt der unterschiedlichen Bereiche Rücksicht nehmen muss. Darüber hinaus besteht eine Bindung an die Vorgaben des Europarechts.

In dieser Arbeit sollen im Folgenden die Rechtsquellen dargestellt werden. Hier sind vor allem auch die europarechtlichen Aspekte von Bedeutung. Anschließend soll der Ablauf des Vergabeverfahrens behandelt werden. Hier werden insbesondere die Grundsätze und der allgemeine Geltungsbereich thematisiert.

2.2. Entwicklung

Vor dem In-Kraft-Treten des Vergabeverfahrens hielt sich der Staat bloß an die ÖNORMEN. Diese haben eine Art Rahmen für Verfahren vorgegeben. Es bestand jedoch keine Verpflichtung sich an die ÖNORMEN zu halten. So war es Bietern nicht möglich, rechtlich gegen an sie gerichtete Entscheidungen vorzugehen.⁵

Das erste Bundesvergabegesetz wurde im Jahr 1993 erlassen. Darin wurde die verpflichtende Anwendung des Vergaberechts für öffentliche Auftraggeber geregelt. Weiters wurde dadurch auch ein Rechtsschutz für Bieter vorgesehen, welche in ihren Rechten verletzt wurden. Darüber hinaus wurden die Bundesvergabekontrollkommission und das Bundesvergabeamt geschaffen.⁶

Seit dem In-Kraft-Treten des Bundesvergabegesetzes kam es mehrmals zu Novellierungen und auch zu Anpassungen an unionsrechtliche Regelungen und Vorgaben.

2.3. Die Rechtsquellen des Vergabewesens

Das Vergabewesen wird durch viele verschiedene Rechtsquellen geregelt. Hier spielt vor allem das Europarecht eine bedeutende Rolle.

⁵ a.a.O. 16.

⁶ a.a.O. 16.

Im EG-Vertrag sowie den diesen nachfolgenden Vertrag über die Europäische Union (EUV) und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), in den Richtlinien, in den Verordnungen und in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) finden sich wichtige Bestimmungen, welche für die österreichische Rechtsordnung eine bestimmende Wirkung entfalten. Denn der österreichische Gesetzgeber hat die Vorgaben der Richtlinien fristgerecht umzusetzen. Österreichisches Vergaberecht darf nicht dem Gemeinschaftsrecht widersprechen. Widerspricht das österreichische Bundesvergabegesetz den europarechtlichen Vorschriften, so kommt es zum Anwendungsvorrang des Europarechts, wonach dieses dem österreichischen Recht vorzugehen hat. Darüber hinaus zielt das Europarecht auch darauf ab, den freien Zugang zu den Beschaffungsmärkten in den Mitgliedstaaten der Union für alle Unternehmen, welche ihren Sitz in der Europäischen Union haben, zu gewährleisten. Dadurch soll der Ungleichbehandlung zwischen heimischen Unternehmen und Unternehmen aus anderen Staaten entgegengewirkt werden.⁷

2.3.1. Die Rechtsquellen des Europarechts

2.3.1.1. Primärrecht

Im AEUV findet sich kein eigenes Vergaberecht. Aufgrund dessen sind im europarechtlichen Kontext die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot von Bedeutung. Konkret spielen die Warenverkehrsfreiheit (Art 34 AEUV), Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV), Dienstleistungsfreiheit (Art 56 AEUV) und das Diskriminierungsverbot (Art 18 AEUV) – welches jedoch nur subsidiär zur Anwendung kommt – eine wichtige Rolle. Wann welche Grundfreiheit maßgebend ist, hängt vom Auftragsgegenstand ab bzw worin der Kernpunkt bei gemischten Verträgen liegt.⁸ Liegt ein grenzüberschreitender Fall vor, kommt es zur Anwendung der Grundfreiheiten.⁹

Bei den Grundfreiheiten und dem Diskriminierungsverbot besteht stets die unmittelbare Anwendbarkeit.¹⁰

⁷ a.a.O. 23.

⁸ Müller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2016), Rz 6ff, 6f.

⁹ EuGH 16.06.1994, Rs C-132/93, *Stehen/Dt. Post*, Slg 1994 I-2715.

¹⁰ EuGH 08.11.1978, Rs 251/78, *Denkavit*; EuGH 21.06.1974, Rs 2/74, *Reyners*; EuGH 03.12.1974, Rs 33/74, *van Binsbergen*.

Bei der Warenverkehrsfreiheit (Art 34 AEUV) geht es um das Verbot der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten. Solche gegen die Warenverkehrsfreiheit verstoßende Regelungen sind beispielsweise Vorschriften und Praktiken der Vergabe, welche regeln, dass bloß heimische Güter zu beschaffen oder zu bevorzugen sind oder mit denen für heimische Unternehmen ein bestimmter Prozentsatz an öffentlichen Aufträgen vorbehalten wird.¹¹

Die Niederlassungsfreiheit (Art 49 AEUV) verbietet Beschränkungen des Rechts der Unternehmen, sich in einem anderen Mitgliedstaat dauerhaft niederzulassen. Sowohl die Aufnahme als auch die Ausübung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit werden hierbei geschützt.¹² In der Rechtsprechung finden sich hierzu unter anderem folgende Beispiele: Die Vermietung von Hütten in einem Hafen, die im öffentlichen Eigentum stehen, bloß an französische Bewerber, verstößt gegen die Niederlassungsfreiheit.¹³ Genauso verstößt eine Beschränkung der Vergabe auf in öffentlicher Hand befindlichen Unternehmen gegen die Niederlassungsfreiheit.¹⁴

Die Dienstleistungsfreiheit (Art 56 AEUV) regelt, dass die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verboten sind. So ist es beispielsweise nicht zulässig, die Eintragung in ein nationales Berufsregister anzufordern.¹⁵ Ebenso ist es nicht zulässig zu regeln, dass ein ausländisches Unternehmen bei der Ausführung Produkte und Arbeitskräfte aus dem Land des Auftraggebers verwendet.¹⁶

Die Arbeitnehmerfreizügigkeit ist im Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftragswesen nicht relevant.¹⁷

Es geht hervor, dass die Entscheidungen des EuGH für das Vergaberecht von hoher Relevanz sind. Eine weitere wichtige Entscheidung ist die *Teleaustria*-Judikatur¹⁸, welche Mindestanforderungen des Vergaberechts aufstellt, die in Sachen

¹¹ EuGH 20.03.1990, Rs 21/88, *Du Pont de Nemour Italiana*, RdN 11; EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, *Storebaelt*, RdN 45; EuGH 11.07.1991, Rs 351/88, *Laboratori Bruneau*, RdN 7.

¹² Müller in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2016), Rz 18, 12.

¹³ EuGH 18.06.1985, Rs 197/84, *Steinhauser*, RdN 15ff.

¹⁴ EuGH 26.04.1993, Rs C-340/89, *Vlassopoulou*, RdN 16.

¹⁵ EuGH 26.09.2000, Rs C-225/98, *Nord Pas de Calais*, RdN 85ff.

¹⁶ EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, *Storebaelt*, RdN 26.

¹⁷ a.a.O. 15.

¹⁸ EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98, *Teleaustria*.

Diskriminierungsverbot der erwähnten Grundfreiheiten von großer Bedeutung sind. Demnach hat der Auftraggeber Diskriminierungen bei der öffentlichen Beschaffung zu unterlassen. Es ergeben sich daraus das Gleichbehandlungsgebot, das Gebot gegenseitiger Anerkennung, das Transparenzgebot und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.¹⁹

2.3.1.2. Der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (EGV) sowie diesem nachfolgend der Vertrag über die Europäische Union (EUV) und der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)

Im EGV wird die öffentliche Auftragsvergabe nicht explizit geregelt. In Artikel 163 sowie in Artikel 183 EGV ist zwar vom öffentlichen Auftragswesen die Rede, es handelt sich jedoch dabei bloß um Regelungen von Spezialfällen. Dennoch sind die Bestimmungen des EGV für die öffentliche Auftragsvergabe relevant.²⁰

2.3.1.3. Sekundärrecht

Richtlinien und Verordnungen zählen neben weiteren Rechtsakten zum Sekundärrecht.

Der Art 288 Vertrag der Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) regelt, dass die Verordnung allgemein und unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt und verbindlich ist.

Die Richtlinie ist für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet wird, hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel.²¹

Dies bedeutet, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind die Richtlinien fristgerecht umzusetzen. Ob ein neues Gesetz diesbezüglich erlassen wird oder ob ein bestehendes Gesetz im Hinblick auf die Umsetzung der Richtlinie geändert wird, bleibt den Mitgliedstaaten überlassen. Entscheidend ist, dass die Vorgaben eingehalten werden und das Ziel erreicht wird.

Wird eine Richtlinie nicht fristgerecht umgesetzt, kann sie nach der Judikatur des EuGH unmittelbar anwendbar sein. Hierfür müssen folgende Voraussetzungen vorliegen: Die

¹⁹ a.a.O. 16. Rz 31, 15f.

²⁰ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 24.

²¹ Art 288 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union BGBl. III Nr. 132/2009.

Richtlinie muss inhaltlich unbedingt und ausreichend bestimmt sein und den Einzelnen begünstigen.²² Setzt der Staat die Richtlinie nicht fristgerecht um, kann der Staat zum Ersatz des entstandenen Schadens gemäß dem Staatshaftungsrecht verpflichtet werden.²³

Im Gegensatz zur Richtlinie ist die Verordnung unmittelbar und direkt bindend und bedarf keiner eigenen Umsetzung durch die Mitgliedstaaten.²⁴

Die Regelung des europäischen Vergaberechts erfolgt hauptsächlich mit der VergabeRL 2014,²⁵ der SektorenRL 2014,²⁶ der KonzessionsRL²⁷ und den beiden RechtsmittelRL (RMRL²⁸ und SKRM-RL²⁹).

Am 30.04.2004 trat die VergabeRL 2004 in Kraft. Diese löste die DKR³⁰, LKR³¹ und BKR³² ab. Die SektorenRL löste die SKR³³ ab. In Österreich wurden die Richtlinien mit dem BVergG 2006 umgesetzt, welches am 01.02.2006 in Kraft trat.³⁴

Es finden sich weitere Rechtsakte, welche das europäische Vergaberecht bestimmen:

- PSO-VO³⁵
- Verteidigungs- und Sicherheits-RL³⁶
- CPV-VO³⁷

²² EuGH 19.11.1991, Rs C-6/90, *Francovich*, Slg 1991, I-5357; VfSlg 14.607/1996.

²³ *Berka*, Verfassungsrecht, 2016, RZ 347, 107.

²⁴ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 30.

²⁵ RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG, ABI 2014 L 94/65.

²⁶ RL 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch die Auftraggeber im Bereich Wasser-m Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der RL 2004/17/EG, ABI L 94/243.

²⁷ RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABI 2014 L 94/1.

²⁸ RMRL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU.

²⁹ SektorenRMRL 92/13/EWG idF RL 2014/23/EU.

³⁰ RL über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABI 1992 L 209/1.

³¹ RL über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABI 1977 L 13/1.

³² RL über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABI 1971 L 185/5.

³³ RL betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABI 1990 L 297/1.

³⁴ *Müller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2016), Rz 59f, 24.

³⁵ VO 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABI 2007 L 315/1.

³⁶ RL 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG ABI 2009 L 216/76 idF VO (EU) 2015/2340, ABI 2009 L 314/64.

- Durchführungs-VO zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen³⁸
- Schwellenwert-VO³⁹

Die Regelungen bezüglich des öffentlichen Auftragswesens wurden im Laufe der Geschichte mehrmals reformiert. Zuletzt setzte die Kommission mit dem „Grünbuch zur Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens“ eine Modernisierung der Vergabe öffentlicher Aufträge auf Grundlage von drei Richtlinienvorschlägen (bezüglich der VergabeRL 2004, SektorenRL 2004 und RL betreffend Konzessionen) vom Dezember 2011 in Gang.⁴⁰

Mit der letzten Reform kam es zu einigen Neuerungen. So wurden die In-House-Vergaben normiert. Demnach handelt es sich um eine Eigenleistung des Staates, es wird kein Vertrag geschlossen und ein Auftrag kommt nicht zustande. In-House-Vergaben spielen bei Vergaben an ausgegliederte Rechtsträger eine Rolle. Dabei findet alles im Bereich des Staates statt. Bei der Beauftragung eines ausgegliederten Rechtsträgers sind einige Kriterien zu beachten: Kontrollkriterium (Kontrolle des öffentlichen Auftraggebers über die juristische Person), Wesentlichkeitskriterium (die juristische Person wird im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig) und „Stadt Halle“-Kriterium (es besteht keine direkte private Beteiligung am Kapital der juristischen Person).⁴¹

Es ist mit der Neuerung der Richtlinien zu einer Normierung der Tatbestände bezüglich der öffentlich-öffentlichen Partnerschaften (institutionalisierte und nicht-institutionalisierte öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit) gekommen.⁴²

Weitere Neuerungen der RL sind: die Anwendung elektronischer Kommunikationsmittel bei der Kommunikation⁴³, Änderungen bezüglich Verfahrensbestimmungen⁴⁴, die

³⁷ VO (EG) 213/2008 idF RL 2014/25/EU, ABI 2008 L 74/1.

³⁸ VO (EU) 2015/1986, ABI 2015 L 296/1.

³⁹ VO (EU) 2015/2170 (betreffend die allgemeine VergabeRL 2014), 2015/2171 (betreffend die SektorenRL 2014) und 2015/2172 (betreffend die KonzessionsRL 2014), alle ABI 2015 L 307.

⁴⁰ Müller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2016), Rz 57ff, 23f.

⁴¹ a.a.O. Rz 64, 25f.

⁴² a.a.O. Rz 64, 26.

⁴³ Art 22 VergabeRL 2014; Art 40 SektorenRL.

⁴⁴ Art 26 Abs 4 lit a VergabeRL 2014 sieht eine Erweiterung der Möglichkeiten (Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog) vor.

Innovationspartnerschaft⁴⁵, kürzere Mindestfristen⁴⁶, der Vorzug der Losvergabe⁴⁷, eignungsbezogene Regelungen⁴⁸, Möglichkeit der „Selbstreinigung“ für Unternehmen⁴⁹, zum Nachweis für die Eignung die „Einheitliche Europäische Eigenerklärung“⁵⁰, Neuerungen der Zuschlagskriterien⁵¹, Neuerungen der Auftragsausführung⁵² und Änderungen im Gebiet der Dienstleistungen⁵³.

Des Weiteren ist die KonzessionsRL zu behandeln, welche die Rechtssicherheit erhöhen und einen besseren Zugang zu den Konzessionsmärkten gewährleisten soll.⁵⁴

Gemäß Art 1 Abs 2 KonzessionsRL gilt diese Richtlinie *für die Vergabe von Bau- oder Dienstleistungskonzessionen an Wirtschaftsteilnehmer*.

Konzessionen sind entgeltliche Rechtsgeschäfte, deren Inhalt der Auftrag der öffentlichen Auftraggeber an die Wirtschaftsteilnehmer, die Erbringung von Bauleistungen oder die Erbringung und Verwaltung von Dienstleistungen ist.⁵⁵ Die Gegenleistung zur Beschaffung der Bau- oder Dienstleistung durch eine Konzession ist das Recht zur Nutzung des Bauwerks oder die Verwertung der Dienstleistung und eventuell einer Zahlung darüber hinaus.⁵⁶

Die KonzessionsRL sieht eine Reihe von Ausnahmen von öffentlichen Aufträgen aus ihrem Anwendungsbereich vor (In-House-Vergabe, Konzessionen zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften, Lotteriedienstleistungen, Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit, Wassersektor).⁵⁷

⁴⁵ Art 31 VergabeRL 2014 und Art 49 SektorenRL 2014. Es wird ein Beschaffungsverfahren mit dem Ziel einer Entwicklung und der Erwerb eines innovativen Produkts, Dienstleistung oder Bauleistung geregelt.

⁴⁶ Art 27 bis 31 und Art 47 VergabeRL 2014.

⁴⁷ Art 46 VergabeRL 2014.

⁴⁸ Art 57 Abs 4 lit g VergabeRL 2014; Art 80 Abs 1 SektorenRL 2014. Ein Unternehmen wird ausgeschlossen, wenn es bei früheren öffentlichen Aufträgen Schlechtleistungen erbracht hat.

⁴⁹ Art 57 Abs 6 VergabeRL 2014. Liegt ein Ausschlussgrund vor, besteht die Möglichkeit des Nachweises, dass das Unternehmen aufgrund gesetzter Maßnahmen dennoch zuverlässig ist.

⁵⁰ Art 59 VergabeRL 2014; Art 80 Abs 3 SektorenRL 2014.

⁵¹ Art 67 Abs 1 VergabeRL 2014; Art 82 Abs 1 SektorenRL 2014. Der Zuschlag hat „auf Grundlage des günstigsten Angebots zu erfolgen“.

⁵² Art 70 ff VergabeRL 2014; Art 87 ff SektorenRL 2014.

⁵³ Art 74 ff VergabeRL 2014; Art 91 ff SektorenRL 2014.

⁵⁴ Erwägungsgrund 1 und 4 KonzessionsRL.

⁵⁵ Müller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, (2016), Rz 76, 34.

⁵⁶ Erwägungsgründe 11f und Art 5 Z 1 KonzessionsRL.

⁵⁷ Art 10ff KonzessionsRL.

Die Laufzeit der Konzession wird auf fünf Jahre beschränkt. Eine längere Laufzeit ist möglich, wenn Investitionen getätigt werden müssen, die im Rahmen der Konzession erwirtschaftet werden sollen.⁵⁸

Der öffentliche Auftraggeber kann das Verfahren zur Vergabe der Konzession unter Einhaltung der Grundsätze (Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz) frei gestalten.⁵⁹ Man muss sich jedoch an einen gewissen Rahmen auch in Hinblick auf die Bekanntmachung halten und die Bekanntmachungsvorschriften (Konzessionsbekanntgabe und Zuschlagsbekanntgabe)⁶⁰ beachten. Weiters sind die Auftraggeber dazu verpflichtet zu überprüfen, ob die Bewerber bzw Bieter geeignet sind.⁶¹ Es finden sich auch Vorschriften bezüglich einer nachträglichen Änderung von vergebenen Konzessionsverträgen.⁶²

2.3.2. Die Rechtsquellen des Völkerrechts

Ein wichtiges, völkerrechtliches Abkommen hat die damalige Europäische Gemeinschaft geschlossen. Es handelt sich dabei um das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum, welcher zwischen der EG und sechs der sieben EFTA Staaten (Finnland, Island, Liechtenstein, Österreich, Norwegen und Schweden) zustande gekommen ist und am 01.01.1994 in Kraft trat.⁶³

Mit diesem Abkommen, welches aus einem Hauptvertrag und mehreren Protokollen sowie Anhängen besteht, wollte man die Regelungen des Binnenmarktes des Europarechts auf die EFTA Staaten erweitern. Dabei sollte es jedoch nicht zu einer Beschränkung der Handlungsfähigkeit der EFTA Staaten kommen. Im Vordergrund stehen die Regelung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes, das Verbot mengenmäßiger Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, Regelungen in Hinblick auf den Warenverkehr, der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit.⁶⁴

⁵⁸ Art 18 KonzessionsRL.

⁵⁹ a.a.O. Art 30.

⁶⁰ a.a.O. Art 31 ff.

⁶¹ a.a.O. Art 38.

⁶² a.a.O. Art 43.

⁶³ Müller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2016), Rz 98, 41f.

⁶⁴ a.a.O. Rz 100f, 42.

Als weitere Rechtsquelle des Völkerrechts ist vor allem das Agreement on Government Procurement (GPA) von Relevanz. Das GPA wurde im Rahmen der Welthandelsorganisation (World Trade Organization - WTO) abgeschlossen, ist im Jahr 1996 in Kraft getreten und gilt weltweit.⁶⁵ Es handelt sich dabei um ein plurilaterales Abkommen, wonach es den Mitgliedstaaten der WTO freisteht dem Abkommen beizutreten. Es gilt für jene Staaten, die dem Abkommen beigetreten sind und die Ratifikation vorgenommen haben.⁶⁶

Gemäß Art III GPA stehen insbesondere das Diskriminierungsverbot und das Gleichbehandlungsgebot im Vordergrund. Demnach dürfen *Waren, Dienstleistungen und Lieferanten* von den Vertragsparteien nicht gegenüber jenen aus dem Inland oder einer anderen Vertragspartei benachteiligt werden.⁶⁷ Auch das Prinzip der Transparenz ist grundlegend für das GPA. Das GPA zielt auf eine Liberalisierung und Ausweitung des Welthandels, Gewährleistung einer effizienten Verwaltung öffentlicher Ressourcen und einen gewissen Rahmen, welcher Rechte und Pflichten im öffentlichen Beschaffungswesen umfasst, ab.⁶⁸

Das GPA ist anzuwenden, wenn die jeweilige Beschaffungsstelle unter die Bestimmungen des Abkommens fällt, die Art des Vertrages vom Übereinkommen erfasst ist und der Auftragswert die geregelten Schwellenwerte erreicht.⁶⁹

In den sachlichen Anwendungsbereich fallen gemäß Art II Abs 1 und 2 Revised GPA öffentliche Lieferaufträge, Bauaufträge und Dienstleistungsaufträge.

Öffentliche Beschaffungsstellen fallen in den persönlichen Anwendungsbereich vom GPA, wenn sie in einem der Anhänge 1 bis 3 aufgelistet sind. Darin finden sich grundsätzlich alle Ministerien, öffentliche Behörden und deren Unterabteilungen, Ämter, öffentliche Einrichtungen auf Regionalebene und Einrichtungen im Sektoren- bzw im Daseinsvorsorgebereich.⁷⁰

Außerdem ist das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen

⁶⁵ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 30.

⁶⁶ *Müller* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2016), Rz 109, 44.

⁶⁷ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 30.

⁶⁸ a.a.O. Rz 110, 44f.

⁶⁹ a.a.O. Rz 118, 46.

⁷⁰ a.a.O. Rz 122ff, 47f.

Beschaffungswesen⁷¹ wichtig im Zusammenhang mit Vergabeverfahren von Aufträgen mit öffentlichen Auftraggebern bzw. Bewerbern sowie Bietern aus der Schweiz.

Es finden sich noch weitere Abkommen. So soll das TTIP Abkommen (Transatlantische Handels- und Investitionspartnerschaft, Transatlantic Trade and Investment Partnership - TTIP) ein Schritt in Richtung Liberalisierung der Beschaffungsmärkte sein. Auch CETA (Comprehensive Economic and Trade Agreement), das europäisch-kanadische Freihandelsabkommen, soll eine Liberalisierung des Beschaffungsmarktes herbeiführen.⁷²

2.3.3. Das österreichische Vergaberecht

Im Bundesvergabegesetz finden sich Normen der nationalen Rechtsordnung, welche die Beschaffung im öffentlichen Bereich und im Sektorenbereich regeln. Darüber hinaus wird auch der Rechtsschutz im Vergabeverfahren im Vollziehungsbereich des Bundes normiert.

Die inhaltlichen Regelungen des öffentlichen Beschaffungswesens finden sich somit im Bundesvergabegesetz, einem Bundesgesetz. In den Bereich der Landesgesetzgebung fällt die Regelung des Verfahrens der Vergabenachprüfung, wenn die Stelle, die den Auftrag vergibt, dem Land zugeordnet wird.⁷³ Das Vergaberecht soll umfassend und ergänzt reformiert werden. Aus diesem Grund soll ein Vergaberechtsreformgesetz-Entwurf gefasst und beschlossen werden.

Hintergrund dieser Reform des Vergaberechts sind die neue Richtlinien der EU über die öffentliche Auftragsvergabe (Richtlinie 2014/24/EU⁷⁴), über die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Richtlinie 2014/25/EU⁷⁵) und über die Vergabe von Konzessionen (Richtlinie 2014/23 EU). Zu beachten ist, dass gemäß Artikel 14b Abs 4 B-VG die Kundmachung des

⁷¹ ABI 2002 L 114/430.

⁷² Müller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2016), Rz 145ff, 52ff.

⁷³ Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 31.

⁷⁴ Richtlinie 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 2014/94, 65.

⁷⁵ Richtlinie 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 Text von Bedeutung für den EWR, ABI L 2014/94/243.

Gesetzes der Zustimmung der Länder bedarf.⁷⁶ Zu erwähnen ist, dass die Richtlinien bis 18.04.2016 umzusetzen gewesen wären.⁷⁷ Daher ist die Umsetzungsfrist bereits abgelaufen. Die vorliegende Arbeit bezieht sich auf die geltende Rechtslage.

Es soll mit der Gesetzesänderung zu einer Vereinfachung und Modernisierung der öffentlichen Auftragsverfahren kommen. Es werden neue Arten von Vergabeverfahren geregelt. Dadurch sollen gemeinsame Auftragsvergaben österreichischer Behörden und Behörden anderer Mitgliedstaaten der EU sowie die Ausweitung des Bestbieterprinzips ermöglicht werden. In Zukunft sollen die qualitativen Kriterien und nicht bloß der Preis im Vordergrund stehen.⁷⁸

Zur Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren wird vorgesehen, dass die Ausnahmebestimmungen erweitert werden, eine Erleichterung des Zugangs zum Verhandlungsverfahren ermöglicht wird und die Verbindlichkeit der formalen Angebotsöffnung mit Bieterbeteiligung wegfällt, damit es zu mehr Flexibilität beim Abruf von Leistungen aus Rahmenvereinbarungen kommt. Weiters sollen die Mindestfristen für die Abgabe von Anträgen und Angeboten der Teilnehmer verkürzt werden.⁷⁹

Das BVergG differenziert zwischen dem Unter- und Oberschwellenbereich. Entsprechend den Vorgaben der EU werden Schwellenwerte als eine gewisse Auftragshöhe definiert. Alle zwei Jahre werden die Schwellenwerte von der Europäischen Kommission durch Verordnung neu festgesetzt. Die Europäische Kommission orientiert sich bei der Festsetzung der Schwellenwerte u.a. an den Vorgaben des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (eng. GPA – General Procurement Agreement). Die letzte Anpassung der Schwellenwerte erfolgte per 01.01.2018. Die geltenden Schwellenwerte werden vom Bundeskanzleramt als Schwellenwertverordnung im Bundesgesetzblatt kundgemacht.

Gemäß der geltenden Schwellenwertverordnung 2012, die bis 31.12.2018 verlängert wurde, besteht die Möglichkeit Aufträge bis zu einem Wert von EUR 100.000 direkt zu vergeben. Ein Spielraum für die Festsetzung des Betrages nach oben und nach unten steht durch Verordnung des Bundeskanzlers weiterhin offen. Es ist wichtig, die

⁷⁶ Vorblatt und WFA BVRG-ÖPV, 2.

⁷⁷ Art 90 VergabeRL; Art 106 SektorenRL; Art 51 KonzessionRL.

⁷⁸ Parlamentskorrespondenz Nr. 743 vom 19.06.2017, https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2017/PK0743/ [08.02.2018].

⁷⁹ Ebd.

Vorgaben der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes zu beachten. Demnach sind Aspekte des Gleichbehandlungsgebotes und der Transparenz im Falle eines grenzüberschreitenden Interesses auch bei der Vergabe von kleinen Aufträgen zu berücksichtigen. Ein Anhaltspunkt für ein grenzüberschreitendes Interesse ist die Höhe des Wertes, die Nähe des Leistungs- und Nutzungsortes an der Grenze des Staates und die Spezifikation des Auftragsgegenstandes.⁸⁰

Mit der Novellierung soll es zu einer Ausweitung des Bestbieterprinzips kommen. Ausschreibungen, die nur auf den Preis abstellen, sind bloß bei *Waren und Dienstleistungen mit hohem Standardisierungsgrad erlaubt. Zudem ist bei bestimmten Vergaben wie Bauaufträgen über einer Million Euro oder der Beschaffung ausgewählter Lebensmittel wie Fleisch, Käse, Obst und Gemüse in jedem Fall verpflichtend, das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen. Diese Verpflichtung wird nun ausgeweitet.* Es wird auch ein Qualitätssicherungsmodell eingeführt, mit dem Qualitätskriterien *auch bei der Leistungsbeschreibung, den Eignungskriterien oder den Ausführungsbedingungen* festgesetzt werden. Dabei können auch *soziale, ökologische und innovative Aspekte* eine wichtige Rolle spielen und nicht bloß der Preis. *„Als ein konkretes Beispiel einer Ausführungsbedingung wird in den Erläuterungen die verpflichtende Beschäftigung von Lehrlingen oder Langzeitarbeitslosen im Rahmen der Auftragsausführung genannt.“* *„Wie schon bisher muss jedenfalls aus der Ausschreibung klar hervorgehen, welche Leistungen gefordert sind und wie die einzelnen Zuschlagskriterien gewichtet werden.“* *Verpflichtend berücksichtigt werden müssen Qualitätskriterien künftig jedenfalls bei der Ausschreibung personenbezogener Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich (...), bei der Ausschreibung von Gebäudereinigungs- und Bewachungsdienstleistungen, bei der Beschaffung von Lebensmitteln sowie bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr (...).*⁸¹

Ab Oktober 2018 gilt die Verpflichtung der Auftraggeber elektronische Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorzusehen. Zum Zweck der Transparenz sind auf einer Plattform die Resultate der Verfahren des öffentlichen Auftragswesens, vergebene Aufträge und abgeschlossene Rahmenvereinbarungen zu veröffentlichen. Unter

⁸⁰ Ebd.

⁸¹ Ebd.

Umständen kann eine Veröffentlichung unterbleiben, wenn öffentliche Interessen oder berechnigte geschäftliche Interessen eines Unternehmens dem entgegenstehen.⁸²

Mit der Novelle kommt es zu einer Ausnahme von *Personenbeförderungsdienstleistungen auf der Schiene und auf U-Bahnen*. Für diese gilt das Bundesvergabegesetz nicht mehr. Damit werden Vorgaben von Richtlinien der Europäischen Union befolgt. Damit fällt auch der Rechtsschutz weg, dem soll jedoch ein eigenes Bundesgesetz (Bundesvergaberechtsschutzgesetz Öffentlicher Personenverkehr) gerecht werden. Darin wird das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG) vorgesehen.⁸³

Die Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenzen sind zwischen Bund und Ländern aufgeteilt. Materielles Vergaberecht ist Bundeskompetenz. Der Rechtsschutz und die Vollzugskompetenz im Vergabeverfahren sind zwischen Bund und Ländern geteilt.⁸⁴ Gemäß Artikel 14b Abs 1 B-VG sind Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bundessache in der Gesetzgebung.⁸⁵ *Landessache ist die Gesetzgebung und die Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinne des Abs 2 Z 2.*⁸⁶

Gemäß Art 14b Abs 2 Ziffer 1 B-VG ist die Vollziehung Bundessache bei

- a) *der Vergabe von Aufträgen durch den Bund;*
- b) *der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Art 126b Abs 1;*
- c) *der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art 126b Abs 2, wenn die finanzielle Beteiligung oder der durch andere finanzielle oder sonstige wirtschaftliche oder organisatorische Maßnahmen vermittelte Einfluss des Bundes mindestens gleich groß ist wie die finanzielle Beteiligung oder der Einfluss der Länder;*
- d) *der Vergabe von Aufträgen durch bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften;*
- e) *der Vergabe von Aufträgen durch in lit a bis d nicht genannte Rechtsträger,*

⁸² Ebd.

⁸³ Ebd.

⁸⁴ *Oppel/Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2016), Rz 1, 1.

⁸⁵ Art 14b Abs 1 B-VG.

⁸⁶ Art 14b Abs 3 B-VG.

- aa) *die vom Bund finanziert werden, wenn der Finanzierungsanteil des Bundes mindestens gleich groß ist wie der der Länder;*
- bb) *die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Bundes unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter sublit aa oder Z 2 lit e sublit aa fällt;*
- cc) *deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Bund ernannt worden sind, wenn der Bund mindestens gleich viele Mitglieder ernannt hat wie die Länder, soweit die Vergabe nicht unter sublit aa oder bb oder Z 2 lit e sublit aa oder bb fällt;*
- f) *der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, wenn der Anteil des Bundes am geschätzten Gesamtauftragswert mindestens gleich groß ist wie die Summe der Anteile der Länder;*
- g) *der Vergabe von Aufträgen durch in lit a bis f und Z 2 nicht genannte Rechtsträger.⁸⁷*

Gemäß Art 14b Abs 2 Ziffer 2 B-VG ist die Vollziehung Landessache bei

- a) *der Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände;*
- b) *der Vergabe von Aufträgen durch Stiftungen, Fonds und Anstalten im Sinne des Art 127 Abs 1 und des Art 127a Abs 1 und 8;*
- c) *der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art 126b Abs 2, soweit sie nicht unter Z 1 lit c fällt, sowie der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art 127 Abs 3 und des Art 127a Abs 3 und 8;*
- d) *der Vergabe von Aufträgen durch landesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörperschaften;*
- e) *der Vergabe von Aufträgen durch in Z 1 lit a bis d und lit a bis d nicht genannte Rechtsträger,*
 - aa) *die vom Land allein oder gemeinsam mit dem Bund oder anderen Ländern finanziert werden, soweit die Vergabe nicht unter Z 1 lit e sublit aa fällt;*
 - bb) *die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht des Landes unterliegen, soweit die Vergabe nicht unter Z 1 lit e sublit aa oder bb oder sublit aa fällt;*

⁸⁷ Art 14b Abs 2 Ziffer 1 B-VG.

- cc) deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgane aus Mitgliedern bestehen, die vom Land ernannt worden sind, soweit die Vergabe nicht unter Z 1 lit e sublit aa bis cc oder sublit aa oder bb fällt;
- f) der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch den Bund und die Länder, soweit diese nicht unter Z 1 lit f fällt, sowie der gemeinsamen Vergabe von Aufträgen durch mehrere Länder.⁸⁸

In Sachen des Vergabewesens finden sich im österreichischen Rechtsbestand neben dem Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG)⁸⁹ folgende Gesetze:

- Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG⁹⁰
- Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 - K-VergRG 2014⁹¹
- NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz⁹²
- Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006⁹³
- Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 - S.VKG 2007⁹⁴
- Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz 2012 – StVergRG 2012⁹⁵
- Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006⁹⁶
- Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz⁹⁷
- Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014-WVRG 2014⁹⁸

Als weitere besondere Gesetzesgrundlage findet sich das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit (BVerGVs 2012).⁹⁹ Hier geht es um die Beschaffung im Verteidigungs- und Sicherheitssektor, beispielsweise eine Militärausrüstungslieferung.¹⁰⁰

⁸⁸ Art 14b Abs 2 Ziffer 2 B-VG.

⁸⁹ BGBl. I Nr. 17/2006.

⁹⁰ Gesetz vom 14. Dezember 2006 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (-Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG) LGBI. Nr. 66/2006.

⁹¹ Gesetz vom 13. Dezember 2013, mit dem ein Gesetz über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 – K-VergRG 2014) LGBI. Nr. 95/2013.

⁹² NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz LGBI. 7200-0.

⁹³ Landesgesetz über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006) LGBI.Nr. 130/2006.

⁹⁴ Gesetz vom 7. Februar 2007 über die Kontrolle der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 - S.VKG 2007) LGBI Nr 28/2007.

⁹⁵ Gesetz vom 19. Juni 2012 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz 2012 – StVergRG 2012) LGBI. Nr. 80/2012.

⁹⁶ Gesetz vom 5. Juli 2006 über die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in Tirol (Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006) LGBI. Nr. 70/2006.

⁹⁷ Gesetz über die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen LGBI.Nr. 1/2003.

⁹⁸ Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) 37/2013.

⁹⁹ BGBl I 10/2012.

Ebenso bestehen die Publikationsmedienverordnung¹⁰¹, die BVwG Pauschalgebührenverordnung Vergabe¹⁰² und die Schwellenwertverordnung 2012¹⁰³.

Es handelt sich hier nicht um eine abschließende Aufzählung der Rechtslage in Österreich. So finden sich auch beispielsweise weitere Verordnungen auf Landesbene, welche ebenfalls eine Rolle im Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftragswesen spielen.

2.4. Der Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes

Das Bundesvergabegesetz regelt die Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich und im Sektorenbereich. Darüber hinaus wird der Rechtsschutz von Vergabeverfahren geregelt, die in der Vollziehung Bundessache sind. Weiters sind in diesem Bundesgesetz die außerstaatliche Kontrolle von Vergabeverfahren und zivilrechtlichen Konsequenzen geregelt.¹⁰⁴

Im Vergabeverfahren ist immer zu prüfen, ob der Auftraggeber in den persönlichen Geltungsbereich des Bundesgesetzes fällt und ob der Auftrag dem sachlichen Geltungsbereich unterliegt.¹⁰⁵

2.4.1. Der persönliche Geltungsbereich

Um den persönlichen Geltungsbereich abzugrenzen, sind die Bestimmungen der Auftragsgebereigenschaft relevant.¹⁰⁶ Der § 2 BVergG sieht Begriffsbestimmungen vor. Gemäß Ziffer 8 ist Auftraggeber *jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt*.¹⁰⁷

¹⁰⁰ Oettel/Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2016), Rz 10, 3.

¹⁰¹ Verordnung des Bundeskanzlers über die Festlegung des Publikationsmediums für Bekanntmachungen gemäß dem Bundesvergabegesetz 2006 und dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 (Publikationsmedienverordnung 2006) BGBl. II Nr. 300/2006 idF BGBl. II Nr. 111/2012.

¹⁰² Verordnung der Bundesregierung betreffend die Pauschalgebühr für die Inanspruchnahme des Bundesverwaltungsgerichtes in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe – BVwG-PauschGebV Vergabe) BGBl. II Nr. 491/2013.

¹⁰³ Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerten – Schwellenwertverordnung 2012 BGBl. II Nr. 95/2012, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 250/2016.

¹⁰⁴ § 1 Abs 1 BVergG.

¹⁰⁵ Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 37.

¹⁰⁶ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), 2.

¹⁰⁷ § 2 Z 8 BVergG.

Es werden drei Gruppen von Auftraggebern unterschieden: Öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber und sonstige Auftraggeber.¹⁰⁸

2.4.1.1. Öffentliche Auftraggeber

Unter die öffentlichen Auftraggeber fallen Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände, Einrichtungen öffentlichen Rechts und Verbände bestehend aus einem oder mehreren der aufgezählten öffentlichen Auftraggeber.¹⁰⁹

Der Europäische Gerichtshof stellt darauf ab, ob der Auftraggeber der jeweiligen Gebietskörperschaft zurechenbar ist. Damit wirkt man der möglichen Problematik der Bevorzugung von nationalen Bietern und Bewerbern im Vergabeverfahren entgegen.¹¹⁰ Daher ist das BVergG auch dann anwendbar, wenn ein privater Vertragspartner für einen öffentlichen Auftraggeber handelt. Es kommt zu einer Zurechnung dieses Rechtsträgers.

In den Richtlinien der Europäischen Union ist vom „Staat“ die Rede. Der österreichische Gesetzgeber sieht als öffentlichen Auftraggeber „Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände“ vor. Darunter fallen Organe der Legislative, Exekutive und Judikative (Einrichtungen der Bundes- und Landesgesetzgebung, Bundesministerien, Verwaltungsbehörden, Gerichte, Gemeinden und Gemeindeverbände, die nachgeordneten Organe und Einrichtungen, Einrichtungen, die für den Staat und auf dessen Rechnung Aufgaben wahrnehmen).¹¹¹

Bei Einrichtungen des öffentlichen Rechts handelt es sich um öffentliche Auftraggeber, die eine gewisse Nähe zum Staat aufweisen, jedoch nicht unter die zuvor genannten Rechtsträger (Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände) fallen.

Es sollen Einrichtungen, die im Rahmen des Privatrechts organisiert sind (beispielsweise als eine Aktiengesellschaft oder als eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung) nicht ausgenommen werden vom Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes. Im Vordergrund stehen die Aufgaben, die erledigt werden und nicht die Rechtsform, in

¹⁰⁸ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 37.

¹⁰⁹ § 3 Abs 1 BVergG § 3 Abs 1 BVergG.

¹¹⁰ EuGH 20.09.1988, Rs C-31/87, *Beentjes*, Slg 1988, I-4635.

¹¹¹ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 38f.

welcher der Auftraggeber organisiert ist.¹¹² Als Merkmale hierfür werden im Gesetz solche Einrichtungen genannt, die zu einem besonderen Zweck gegründet wurden, um Aufgaben des Allgemeininteresses zu erfüllen, die nicht-gewerblicher Art sind. Weitere Tatbestandsmerkmale sind die Teilrechtsfähigkeit und die Finanzierung, Leitung oder Aufsicht durch den Staat.¹¹³ Der gesetzlichen Regelung ist zu entnehmen, dass alle Merkmale kumulativ vorliegen müssen.

Aufgaben, die im Allgemeininteresse liegen, werden vom Staat im Interesse des Gemeinwohls besorgt.¹¹⁴ Der EuGH legt diesen Punkt sehr weit aus.¹¹⁵ „*Der EuGH hat Aufgaben im Allgemeininteresse beschrieben als eng mit dem institutionellen Funktionieren des Staates verknüpfte Aufgaben.*“

*„Es handelt sich um Aufgaben, die der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte. Angesprochen ist sohin ein Kernbereich staatlicher Tätigkeit, der traditionellerweise von staatlichen Einrichtungen durchgeführt wird. Nur solche Gesellschaften unterliegen den Vergaberegeln, die von ihrem speziellen Gründungszweck her Aufgaben im gesamtgesellschaftlichen Interesse erfüllen. Solche Interessen sind im Anlassfall nicht erkennbar.“ Ziele wirtschaftlicher Art sind keine Gründe des Allgemeininteresses.*¹¹⁶

Nun ist auch zu erörtern, was unter „nicht-gewerblicher Art“ zu verstehen ist. Anders als möglicherweise angenommen, spielen das Gewerberecht und die Gewerbeordnung hier keine Rolle. Im Allgemeinen gibt es auch keine abschließende Definition, welche Tatbestände darunter fallen.¹¹⁷ *Der EuGH hat in seiner bisherigen Rechtsprechung verschiedene Orientierungspunkte für die Auslegung dieses Begriffes aufgezeigt. Demnach ist Indiz für die Wahrnehmung einer gewerblichen Aufgabe das Vorliegen eines entwickelten Wettbewerbs und insbesondere der Umstand, dass die Einrichtung auf dem betreffenden Markt im Wettbewerb mit anderen Unternehmen steht. Dass eine bestimmte Aufgabe auch von Privatunternehmen erfüllt werden kann, schließt nicht aus, dass diese Aufgabe nicht gewerblicher Art sein kann. Im Allgemeinen handelt es sich nach Auffassung des Gerichtshofs dann um Aufgaben nicht gewerblicher Art, wenn diese zum einen auf andere Art als durch das Anbieten von Waren oder Dienstleistungen auf dem Markt erfüllt werden, und der Staat sie zum anderen aus*

¹¹² a.a.O. 39.

¹¹³ § 3 Abs 1 Z 2 BVergG.

¹¹⁴ 1171 BlgNR 22. GP.

¹¹⁵ Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 40

¹¹⁶ RIS Justiz 085/06/02003.

¹¹⁷ Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 41.

*Gründen des Allgemeininteresses selbst erfüllen oder bei ihnen einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.*¹¹⁸

Zumindest teilrechtsfähige Rechtspersönlichkeit liegt bei juristischen Personen des öffentlichen Rechts vor, bei juristischen Personen des Privatrechts sowie bei jenen die sich noch im Gründungsstadium befinden, bei teilrechtsfähigen Einrichtungen des Privatrechts (OG, KG) und bei teilrechtsfähigen Einrichtungen des öffentlichen Rechts (Universitäten).¹¹⁹

Verbände zählen ebenfalls zu den öffentlichen Auftraggebern. Diese bestehen aus mehreren klassischen öffentlichen Auftraggebern oder aus Einrichtungen des öffentlichen Rechts.¹²⁰ Hierbei ist die Rechtsform des Zusammenschlusses nicht relevant.¹²¹

2.4.1.2. Sektorenauftraggeber (diese versorgen die Allgemeinheit mit Gas, Wärme, Elektrizität, Wasser, Verkehr, Postdienste und Energiegewinnung)

Ein Sektorenauftraggeber ist ein öffentlicher Auftraggeber, der gemäß § 3 Abs 1 BVerG eine Sektorentätigkeit ausübt.¹²² Übt ein öffentliches Unternehmen eine Sektorentätigkeit aus, ist dieses ebenfalls als Sektorenauftraggeber einzustufen.¹²³ *Öffentliches Unternehmen gemäß Abs 1 ist jedes Unternehmen, auf das ein öffentlicher Auftraggeber auf Grund von Eigentum, finanzieller Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden Vorschriften unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann.*¹²⁴ Die dritte Gruppe der Sektorenauftraggeber sind Private. Diese können unter die Bestimmungen der Sektorenauftraggeber fallen, wenn sie eine Sektorentätigkeit auf Grundlage besonderer oder ausschließlicher Rechte (diese Rechte wurden von der Behörde gewährt) ausüben, womit die Ausübung einer Sektorentätigkeit dem bzw den Unternehmen vorbehalten wird und womit es zu einer Beeinträchtigung der Möglichkeit anderer Unternehmen, diese Tätigkeit auszuüben, kommt.¹²⁵

¹¹⁸ RIS Justiz 085/06/02003.

¹¹⁹ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 42.

¹²⁰ a.a.O. 44.

¹²¹ *Holoubek/Fuchs in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz, 2006, 2009, § 7. Rz 82.

¹²² § 164 BVerG.

¹²³ § 165 Abs 1 BVerG.

¹²⁴ § 165 Abs 2 BVerG.

¹²⁵ § 166 BVerG.

Nun stellt sich die Frage, was alles unter die Sektorentätigkeit fällt. Diese ist im 3. Teil im 1. Hauptstück (2. Abschnitt) des BVergG geregelt.

Es fallen darunter die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Gas, Wärme, Elektrizität oder Trinkwasser sowie die Einspeisung in diese Netze.¹²⁶

Weiters wird vorgesehen, dass im Bereich des Verkehrs die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahnen) darunter fallen.¹²⁷

Zu den Sektorentätigkeiten zählen auch die Postdienste und Dienstleistungen gemäß § 170 Abs 4 BVergG.¹²⁸ Hierunter fallen Dienste, die die Abholung, das Sortieren, den Transport und die Zustellung von Postsendungen betreffen. Weiters fallen darunter Dienstleistungen in folgenden Bereichen:

- Managementdienste für Postversandstellen,
- Mehrwertdienste (die mit elektronischen Mitteln verknüpft sind und gänzlich mit diesen Mitteln erbracht werden),
- in Form von Briefsendungen oder die Sendung von Büchern, Kataloge, Zeitungen und Zeitschriften sowie Postpakete (also demnach etwa nicht adressierte Postwurfsendungen bzw andere als adressierte Sendungen),
- Finanzdienstleistungen gemäß Kategorie 6 des Anhangs III (insbesondere Postanweisungen und –überweisungen),
- philatelistische Dienstleistungen sowie
- logistische Dienstleistungen (Dienstleistungen, bei denen die materielle Auslieferung oder Lagerung mit anderen postalischen Aufgaben kombiniert wird).

Diese Dienste müssen von einer Einrichtung erbracht werden, die auch Postdienste erbringt. Diese Postdienste dürfen nicht auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt sein.¹²⁹

¹²⁶ § 167 Abs 1 und Abs 3; § 168 Abs 1 BVergG.

¹²⁷ § 169 Abs 1 BVergG.

¹²⁸ § 170 Abs 1 BVergG.

¹²⁹ § 170 BVergG.

Ferner fallen Tätigkeiten zur Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zwecke des Aufsuchens und der Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen zum Zwecke der Bereitstellung von Flughäfen, Häfen und anderen Verkehrseinrichtungen für Beförderungsunternehmen im Luft-, See- oder Binnenschiffsverkehr unter die Sektorentätigkeit.¹³⁰

2.4.1.3. Sonstige Auftraggeber

Auftraggeber, welche nicht unter die öffentlichen Auftraggeber oder die Sektorauftraggeber fallen, gelten gemäß Bundesvergaberecht als sonstige Auftraggeber, wenn sie gewisse öffentliche Subventionen für die vergebende Leistung erhalten, eine Baukonzession erteilt bekommen oder wenn sie besondere oder ausschließliche Rechte eingeräumt bekommen.¹³¹

2.4.2. Der sachliche Geltungsbereich

Inhalt des Vergabeverfahrens ist das Verfahren zur Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich. Darunter fällt

- die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen,
- die Vergabe von öffentlichen Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen durch öffentliche Auftraggeber,
- die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre, die nicht öffentliche Auftraggeber sind und
- die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden.¹³²

Fällt ein öffentlicher Auftraggeber unter das Regelungsregime des persönlichen Geltungsbereichs des Bundesvergabegesetzes, hat er zu prüfen, ob der Auftrag unter den sachlichen Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes fällt und somit für die Vergabe eines solchen Auftrages ein Vergabeverfahren gemäß diesem Gesetz durchzuführen ist.¹³³

¹³⁰ §§ 171 und 172 BVergG.

¹³¹ § 3 Abs 2 bis 5 BVergG.

¹³² § 1 Abs 1 Z 1 BVergG.

¹³³ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 51.

Es ist von großer Bedeutung die unterschiedlichen Auftragsarten voneinander abzugrenzen, da verschiedene Schwellenwerte für die jeweiligen Auftragsarten gelten. Darüber hinaus geht es auch um den Aspekt der zulässigen Art des Vergabeverfahrens, welcher je nach Auftragsstyp differiert.¹³⁴

Es handelt sich dabei um Formen der Privatwirtschaftsverwaltung. Das bedeutet, dass Inhalt der öffentlichen Auftragsvergabe der Abschluss eines zivilrechtlichen Vertrages ist. Der Staat handelt nicht im Rahmen der Hoheitsverwaltung (Verordnung, Bescheid, Weisung, Maßnahme).¹³⁵

Der Anwendungsbereich des Bundesvergaberechts ist eröffnet, wenn ein dem Staat zuordenbarer Rechtsträger oder der Staat selbst als „Einkäufer“ auf dem Markt auftritt. Nicht nur schriftliche Auftragsvergaben sind erfasst, sondern auch mündliche Auftragsvergaben. Veräußerungsgeschäfte und die Leistungserbringung durch eigene Einrichtungen des Staates fallen nicht in den Anwendungsbereich. Die Aufzählung des sachlichen Geltungsbereichs zeigt, dass es sich um entgeltliche Verträge handelt.¹³⁶

2.5. Die Auftragsarten

2.5.1. Bauaufträge

Der Vertragsgegenstand der Bauaufträge ist

- *die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I genannten Tätigkeiten, oder*
- *die Ausführung eines Bauwerkes, oder*
- *die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt.*¹³⁷

Der Begriff Bauvorhaben umfasst die Erstellung eines gesamten Bauwerks, die Revitalisierung von Gebäuden, Umbauarbeiten, Instandsetzungen und Reparaturen.¹³⁸

¹³⁴ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 51.

¹³⁵ Ebd.

¹³⁶ Ebd.

¹³⁷ § 4 BVergG.

Bei der gleichzeitigen Ausführung und Planung stehen die Planung und die spätere Ausführung durch den Auftragnehmer in einem zeitlichen Zusammenhang. Somit kann der Auftraggeber den Auftrag zur Ausführung an einen Auftragnehmer und den Auftrag zur Planung des Vorhabens an einen anderen Auftragnehmer erteilen.¹³⁹

In der ersten Ziffer des § 4 BVergG wird auf den Anhang I Bezug genommen. Die darin enthaltene Abteilung 45 enthält die Baugewerbe. Darunter fallen die Gruppe 45.1 (vorbereitende Baustellenarbeiten: Abbruch von Gebäuden, Erdbewegungsarbeiten; Test- und Suchbohrung), die Gruppe 45.2 (Hochbau- und Tiefbau: Hochbau, Brücken- und Tunnelbau u.ä.; Dachdeckerei, Abdichtung und Zimmerei/Zimmermeister; Straßenbau und Eisenbahnoberbau; Wasserbau/Fluss-, Kanal-, Hafen-, Strom-, Schleusen- und Talsperrenbau; Spezialbau und sonstiger Tiefbau), die Gruppe 45.3 (Bauinstallationen: Elektroinstallation; Dämmung gegen Kälte, Wärme, Schall und Erschütterung; Klempnerei/Installateur, Gas-, Wasser-, Sanitär-, Heizungs- und Lüftungsinstallation; Sonstige Bauinstallation) und die Gruppe 45.4 (sonstige Gewerbe: Stuckateurgewerbe, Gipserei und Verputzerei; Bautischlerei; Fußboden-, Fliesen- und Plattenlegerei/Tapezierer, Raumausstattung; Maler- und Glasergewerbe/Maler und Anstreicher, Glaser).¹⁴⁰

Zusätzlich findet sich eine Legaldefinition im BundesvergabeGesetz zum Begriff des Bauwerks. Ein *Bauwerk ist das Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, das seinem Wesen nach eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen soll.*¹⁴¹

Von den Bauaufträgen sind die Baukonzessionsverträge zu unterscheiden. *Baukonzessionsverträge sind Verträge, deren Vertragsgegenstand von Bauaufträgen nur insoweit abweicht, als die Gegenleistung für die Bauleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung des Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.*¹⁴² Der Auftraggeber bezahlt den Auftragnehmer nicht bzw nicht nur mit einem Entgelt, sondern gewährt ihm ausschließlich oder zusätzlich zum Entgelt ein wirtschaftliches Nutzungsrecht am Bauwerk.

¹³⁸ a.a.O. 52.

¹³⁹ a.a.O. 53.

¹⁴⁰ Anhang I. BVergG.

¹⁴¹ § 2 Z 11 BVergG.

¹⁴² § 7 BVergG.

2.5.2. Lieferaufträge

Der Vertragsgegenstand eines Lieferauftrages ist *der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation.*¹⁴³

Der Warenbegriff ist weiter zu verstehen als lediglich Sachen gemäß des § 285 ABGB, sondern in einem europarechtlichen Kontext zu interpretieren.¹⁴⁴ Dabei ist es entscheidend, dass es sich um geldwerte Erzeugnisse handelt und ein entgeltlicher Vertrag besteht.¹⁴⁵

Es ist zu differenzieren, ob ein Lieferauftrag oder ein Bauauftrag vorliegt.

2.5.3. Dienstleistungsaufträge

*Dienstleistungsaufträge sind entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder IV (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind.*¹⁴⁶

Nun sind der Anhang III und Anhang IV des Bundesvergabegesetzes zu betrachten.
Prioritäre Dienstleistungen:¹⁴⁷

<i>Kategorie</i>	<i>Titel</i>	<i>CPC-Referenz-Nr.¹⁾</i>
1	<i>Instandhaltung und Reparatur</i>	6112, 6122, 633, 886

¹⁴³ § 5 BVergG.

¹⁴⁴ 1171 BlgNR 22. GP.

¹⁴⁵ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 55.

¹⁴⁶ § 6 BVergG.

¹⁴⁷ Anhang III BVergG.

2	<i>Landverkehr²⁾ einschließlich Geldtransport und Kurierdienste, ohne Postverkehr</i>	712 (außer 71235), 7512, 87304
3	<i>Fracht- und Personenbeförderung im Flugverkehr, ohne Postverkehr</i>	73 (außer 7321)
4	<i>Postbeförderung im Landverkehr²⁾ sowie Luftpostbeförderung</i>	71235, 7321
5	<i>Fernmeldewesen</i>	752
6	<i>Finanzielle Dienstleistungen</i>	ex 81
	<i>a) Versicherungsleistungen</i>	812, 814
	<i>b) Bankenleistungen und Wertpapiergeschäfte³⁾</i>	
7	<i>Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten</i>	84
8	<i>Forschung und Entwicklung⁴⁾</i>	85
9	<i>Buchführung, -haltung und -prüfung</i>	862
10	<i>Markt- und Meinungsforschung</i>	864
11	<i>Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten⁵⁾</i>	865, 866
12	<i>Architektur, technische Beratung und Planung; integrierte technische Leistungen; Stadt- und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung; technische Versuche und Analysen</i>	867
13	<i>Werbung</i>	871
14	<i>Gebäudereinigung und Hausverwaltung</i>	874
		82201 bis 82206
15	<i>Verlegen und Drucken gegen Vergütung oder auf vertraglicher Grundlage</i>	88442
16	<i>Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen</i>	94

Nicht-Prioritäre Dienstleistungen:¹⁴⁸

¹⁴⁸ Anhang IV BVergG.

Kategorie	Titel	CPC-Referenz-Nr. ¹
17	Gaststätten und Beherbergungsgewerbe	64
18	Eisenbahnen	711
19	Schifffahrt	72
20	Neben- und Hilfstätigkeiten des Verkehrs	74
21	Rechtsberatung	861
22	Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung	872
23	Auskunfts- und Schutzdienste (ohne Geldtransport)	873 (außer 87304)
24	Unterrichtswesen und Berufsausbildung	92
25	Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen	93
26	Erholung, Kultur und Sport	96
27	Sonstige Dienstleistungen ^{2) 3)}	

Von den Dienstleistungsverträgen sind die Dienstleistungskonzessionsverträge zu unterscheiden. Ähnlich wie bei den Baukonzessionsverträgen besteht die Gegenleistung bei Dienstleistungskonzessionsverträgen für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Entgelts.¹⁴⁹

2.5.4. Schwellenwerte

Die Auftragsarten werden vom BVergG in den Oberschwellen- und Unterschwellenbereich eingeteilt. Es werden unterschiedliche Schwellenwerte für die verschiedenen Auftragsarten differenziert. Entscheidend für die Zuordnung ist das Über- oder Unterschreiten des jeweiligen Schwellenwertes durch den geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer.¹⁵⁰

¹⁴⁹ § 8 BVergG.

¹⁵⁰ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 70f.

Die Schwellenwerte finden sich in § 12 BVergG.

2.6. Allgemeine Grundsätze des Vergabeverfahrens

Das BVergG enthält allgemeine Grundsätze, welche für alle Vergabeverfahren von Bedeutung sind.

2.6.1. Wettbewerbsgrundsatz

Der Wettbewerbsgrundsatz wird in § 19 Abs 1 BVergG angesprochen. Der Aspekt des fairen Wettbewerbs zielt darauf ab, das Verhalten der Auftraggeber mit einer starken Position am Markt gegenüber Unternehmen zu beschränken.¹⁵¹ Frei bedeutet, dass der Wettbewerb keinen Beschränkungen unterliegen darf. Die Lauterkeit umfasst das Verhältnis zwischen Bewerbern und Bietern. Unter anderem verhindern Bestechungen, Preisabsprachen und das Ausnützen einer Herrschaftsstellung am Markt das Vorliegen der Lauterkeit.¹⁵²

Es ist ebenfalls wichtig, die Angemessenheit des Preises zu beachten. Es soll nicht dazu kommen, dass Leistungen, die wenig wert sind, gegen ein hohes Entgelt erbracht werden. Dies zu beurteilen und festzustellen ist jedoch sehr schwierig.¹⁵³

2.6.2. Gleichbehandlungsgrundsatz

Das Gleichbehandlungsgebot soll einen möglichst gleichen Zugang zu öffentlichen Aufträgen ermöglichen. Es gelten der allgemeine Gleichheitssatz und das Diskriminierungsverbot.¹⁵⁴ In § 19 Abs 1 BVergG spielt die Gleichbehandlung der Bewerber und Bieter auch eine sehr wichtige Rolle. Beschränkungen, die auf ein bestimmtes Gebiet oder auf einen bestimmten Berufsstand abzielen, sind unzulässig.¹⁵⁵

In erster Linie sind in diesem Zusammenhang die verfahrensrechtlichen Aspekte anzusprechen. Eine Ungleichbehandlung *in der Leistungsbeschreibung, durch die Wahl des Publikationsmediums, die Anwendung der Fristen gegenüber allen Unternehmen, im*

¹⁵¹ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 834, 212.

¹⁵² Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 81.

¹⁵³ Ebd.

¹⁵⁴ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 836, 213.

¹⁵⁵ § 19 Abs 3 BVergG.

*Zuge von Kontakten mit Unternehmen, insbesondere im Rahmen von Aufklärungsgesprächen und der Prüfung von Ausschließungsgründen, sowie bei der vorzeitigen Beendigung des Verfahrens durch Widerruf ist verboten.*¹⁵⁶

Der Gleichheitsgrundsatz spielt des Weiteren bei den materiellen Kriterien eine Rolle. Der Gleichheitsgrundsatz ist vor allem bei Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie bei sogenannten vergabefremden Aspekten zu berücksichtigen.¹⁵⁷

Darüber hinaus sind in Zusammenhang mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz die speziellen Diskriminierungsverbote von Bedeutung. Diese sind beispielsweise bei den *Zuschlagsfaktoren des Bestbieterprinzips* und bei technischen Einteilungen zu beachten.¹⁵⁸

2.6.3. Transparenzgrundsatz

Unter den Grundsatz der Transparenz fällt sowohl, dass Vergabeverfahren öffentlich gemacht werden als auch dass ein Vergabeverfahren nachvollziehbar gemacht wird. Schon bei der Vorinformation ist dieser Grundsatz wichtig. Damit veröffentlicht der Auftraggeber ein nicht bindendes Beschaffungsprogramm. Der Auftraggeber hat anschließend weitere Informationen bereit zu stellen, wenn eine konkrete Vergabe erfolgen soll. Auch hat der Auftraggeber zu beachten, dass er einige Veröffentlichungen vorzunehmen hat. Dieser Aspekt dient dazu um Chancengleichheit zwischen den potentiellen Auftragnehmern zu schaffen.

Vor einer Veröffentlichung erfolgt die Bekanntmachung. Mit der Bekanntmachung gibt der Auftraggeber bekannt, dass er zur Abgabe von Angeboten einlädt, oder er erkundet, ob ein öffentliches Interesse von Unternehmen an der Vergabe vorliegt.

Im Laufe des Vergabeverfahrens sind weitere Informationspflichten (beispielsweise Übermittlung von Verdingungs- bzw Ausschreibungsunterlagen, Auskunftserteilung an die Unternehmen, Mitteilung der Regeln) zu berücksichtigen.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Egger, Europäisches Vergaberecht (2008), Rz 839, 213.

¹⁵⁷ Ebd.

¹⁵⁸ a.a.O. 214.

¹⁵⁹ Ebd.

2.6.4. Problematik der Erarbeitung von Unterlagen bzw die Vorarbeiten- Problematik

Ein Unternehmer ist von einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er an der Erarbeitung von Unterlagen unmittelbar oder mittelbar beteiligt war. Dies betrifft auch mit diesem verbundene Unternehmen. Aufgrund dieses Ausschlusses soll ein fairer und lauterer Wettbewerb gewährleistet werden. Es ist jedoch zu beachten, dass es Ausnahmen gibt, wenn in begründeten Fällen auf die Beteiligung dieser grundsätzlich auszuschließenden Unternehmen nicht verzichtet werden kann.¹⁶⁰

Ein Mitwirken an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen ist als eine Vorarbeit zu verstehen. Die Erarbeitung von Unterlagen hängt enger zusammen mit dem Vergabeverfahren. Darunter fallen die Erstellung von Ausschreibungsplänen, Leistungsverzeichnissen oder Gutachten.¹⁶¹

2.6.5. Vergabeabsicht

Gemäß § 19 Abs 4 BVergG sind Vergabeverfahren nur dann durchzuführen, wenn auch tatsächlich die Absicht besteht, die Leistung zu vergeben.

Der Auftraggeber hat dafür zu sorgen, dass technische und finanzielle Ressourcen für die Durchführung des Projektes zur Verfügung stehen. Führt ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren durch mit dem Wissen, dass eine finanzielle Deckung nicht besteht oder die Beschaffung von Lösungsvorschlägen oder Preisvergleichen nicht möglich sein wird, kann er dafür schadenersatzrechtlich haften.¹⁶²

2.6.6. Vertraulichkeitsprinzip

Der § 23 Abs 1 BVergG normiert, dass Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter der Angaben, welche diese Personengruppen und deren Unterlagen betreffen, zu wahren haben.

¹⁶⁰ § 20 Abs 5 BVergG.

¹⁶¹ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 83.

¹⁶² 1171 BlgNR 22. GP.

Eine Weitergabe von *Unternehmern übermittelten und von diesen als vertraulich bezeichneten Informationen* ist nicht zulässig. Dies betrifft insbesondere *technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse sowie vertrauliche Aspekte der Angebote*.¹⁶³

Der Auftraggeber darf keine Informationen der eingelangten Anträge der Teilnehmer weitergeben. Genauso haben Bewerber und Bieter über schutzwürdige Angaben des Auftraggebers *Stillschweigen zu wahren*.¹⁶⁴ *Soweit Schutzrechte oder Geheimhaltungsinteressen verletzt würden, dürfen sowohl der Auftraggeber als auch die Bewerber oder Bieter Ausarbeitungen des anderen sowie von ihm zur Verfügung gestellte Pläne, Zeichnungen, Entwürfe, Modelle, Proben, Muster, Computerprogramme und dergleichen nur mit dessen ausdrücklicher Zustimmung für sich verwenden oder an Dritte weitergeben*.¹⁶⁵

2.6.7. Umweltgerechtheit

Im Vergabeverfahren ist auf die Umweltgerechtheit der Leistung Bedacht zu nehmen. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte (wie etwa Endenergieeffizienz) bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug erfolgen.¹⁶⁶

2.6.8. Sozialpolitische Bedachtnahme

Im Vergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.¹⁶⁷

¹⁶³ § 23 Abs 2 BVergG.

¹⁶⁴ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 84.

¹⁶⁵ § 23 Abs 3 BVergG.

¹⁶⁶ § 19 Abs 5 BVergG.

¹⁶⁷ § 19 Abs 6 BVergG.

Kapitel 3: Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG

Allgemein ist anzumerken, dass eine bestimmte Beschaffenheit und bestimmte Aufträge vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen sind. Diese Ausnahmebestimmungen sind taxativ insbesondere in § 10 und § 175 normiert und sind eng¹⁶⁸ auszulegen. Daraus folgt, dass im Zweifel von der Anwendung des BVergG auszugehen ist und die Beweislast dafür, dass Umstände vorliegen, die die Annahme der Ausnahmetatbestände rechtfertigen, derjenige zu beweisen hat, der sich darauf beruft¹⁶⁹.

Zu diesen Ausnahmen normiert § 10 u.a. folgende einzelne Ausnahmetatbestände:

- Vergabeverfahren, die auf Grund von bestimmte Bestimmungen für geheim erklärt wurden bzw deren Ausführungen besondere Sicherheitsmaßnahmen verlangt;
- Vergabeverfahren, auf die Art 346 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) Anwendung findet;
- Vergabeverfahren, die anderen Verfahrensregeln unterliegen und die auf Grund des besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation durchgeführt werden;
- Aufträge über Schiedsgerichts- und Schlichtungstätigkeiten;
- Arbeitsverträge.

Diese Arbeit befasst sich ausschließlich mit der Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 BVergG.

3.1. Ausnahmeregelung des § 10 Z 8 BVergG

Die Regelung des § 10 Z 8 BVergG lautet: *Dieses Bundesgesetz gilt nicht für Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen ungeachtet deren Finanzierungsmodalitäten, ausgenommen Verträge über finanzielle Dienstleistungen jeder Form, die gleichzeitig, vor oder nach dem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen werden.*

¹⁶⁸ EuGH 28.03.1996, Rs C-3180/94, *Kommission/Deutschland*.

¹⁶⁹ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 61f.

Aus dem Wortlaut dieser Regelung ergibt sich daher, dass vom Tatbestand des § 10 Z 8 Verträge

- a. über den Erwerb von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen,
- b. über die Miete von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen,
- c. über den Rechtserwerb von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen

erfasst sind.

3.1.1. Hintergrund

Die Regelung des § 10 Z 8 setzt Artikel 16 lit a der RL 2004/18/EG in das nationales Recht um. Zur sachlichen Legitimierung dieser Ausnahmebestimmung folgt aus dem Erwägungsgrund 24 der RL 2004/18/EG Folgendes: *Dienstleistungsaufträge, die den Erwerb oder die Miete von unbeweglichem Vermögen oder Rechte daran betreffen, weisen Merkmale auf, die die Anwendung von Vorschriften über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen unangemessen erscheinen lassen.*

Die Ausnahmebestimmung ist jedenfalls im Lichte des Gemeinschaftsrechts auszulegen¹⁷⁰.

Grundsätzlich kommt in diesen Fällen das Vergaberecht deshalb nicht zur Anwendung, da ein Wettbewerb wegen Einmaligkeit eines Grundstücks oder Gebäudes nicht möglich ist¹⁷¹. Zu beachten ist, dass ein Problem bei der Einordnung von Leasingverträgen entstehen kann.¹⁷² Unter dem Punkt 1.3 wird kurz auf diese Verträge eingegangen.

Der Grund für diese Ausnahme wird allgemein auch darin gesehen, dass es sich um individuelle Objekte handelt, die nicht austauschbar sind und über die daher kein Wettbewerb organisiert werden kann. Als weiterer Grund wird genannt, dass betreffend diese Fälle die Durchführung eines Vergabeverfahrens mangels

¹⁷⁰ EuGH 13.11.1990, Rs C-106/89, *Marleasing*, RdN8.

¹⁷¹ *Gast*, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 64.

¹⁷² *Heid/Hauck/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2010), 68f.

Wettbewerbsmöglichkeit ökonomisch nicht vertretbar bzw per se wegen des Gegenstandes keinem grenzüberschreitenden Wettbewerb zugänglich ist.¹⁷³

Darüber hinaus gilt als ein weiterer Grund für die Ausnahmebestimmung, dass es bei Immobilienverträgen aufgrund der Einzigartigkeit des Leistungsgegenstandes nur einen oder eine begrenzte Anzahl von Anbietern gibt oder die potenziellen Leistungsgegenstände in örtlicher Weise beschränkt sind.¹⁷⁴ Überhaupt sind Immobilien auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht leicht vergleichbar und sehr unterschiedlich.

Darüber hinaus fallen nach herrschender Meinung auch Verträge, welche eine (zumindest beschränkte) Verfügbarkeit des Objektes für den öffentlichen Auftraggeber vermitteln, wie etwas Leasing, Ratenkauf und Pacht, unter den Anwendungsbereich des § 10 Z 8.¹⁷⁵

Für die Anwendung des § 10 Z 4 auf gemischte Verträge ist zu differenzieren, wie groß der ausschreibungspflichtige Teil dieses Vertrages ist. Diese Verträge fallen nur dann unter den Anwendungsbereich des § 10 Z 8, wenn der ausschreibungspflichtige Teil von untergeordneter Bedeutung ist.¹⁷⁶

3.1.2. Erwerb

Gemäß § 10 Z 8 sind u.a. Verträge über den Erwerb von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen erfasst. Unter Erwerb ist jede Form der Eigentumsübertragung oder der Rechtseinräumung, die auf einem privatrechtlichen, entgeltlichen und schriftlichen Vertrag basiert, zu verstehen.¹⁷⁷ Hervorzuheben ist, dass nur der Erwerb, aber nicht der Verkauf von der Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 umfasst ist.¹⁷⁸

3.1.3. Immobilienleasing

Gemäß § 10 Z 8 sind u.a. Verträge über den Erwerb von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen erfasst. Unter Erwerb

¹⁷³ Boesen, Vergaberecht (2000), Rz 108, 100.

¹⁷⁴ Fruhmann in Schramm/Aicher/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 10 Rz 204

¹⁷⁵ Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht³, 2010, Rz 475

¹⁷⁶ OLG Frankfurt 30.08.2011, 11 Verg 3/11.

¹⁷⁷ Fruhmann in Schramm/Aicher/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 10 Rz 207.

¹⁷⁸ Ebd.

ist jede Form der Eigentumsübertragung oder der Rechtseinräumung, die auf einem privatrechtlichen, entgeltlichen und schriftlichen Vertrag basiert, zu verstehen.¹⁷⁹ Hervorzuheben ist, dass nur der Erwerb aber nicht der Verkauf von der Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 umfasst ist.¹⁸⁰

In der Praxis lassen sich folgenden Konstellationen nach dem Vertragsgegenstand unterscheiden:

- Wurde die Errichtung eines Bauwerkes oder die Ausführung eines Bauvorhabens als Leasingobjekt durch den Leasinggeber nach den Vorstellungen und Vorgaben des Auftraggebers als Leasingnehmer vereinbart, dann liegt eine Erbringung einer Bauleistung durch Dritte im Sinne des § 4 Z 3 BVergG vor.¹⁸¹
- Kein Bauleistungsvertrag sondern ein Dienstleistungsvertrag liegt vor, wenn der Leasinggeber keine eigenständige Bauleistung erbringt, sondern bloß die Mittel für die Errichtung eines Bauwerkes oder die Ausführung eines Bauvorhabens nach den Vorstellungen und Vorgaben des Auftraggebers als Leasingnehmer bereitstellt.¹⁸²
- Die Errichtung eines Bauwerkes ohne Vorgaben des Auftraggebers ist nicht als Bauauftrag im Sinne des Vergaberechts zu werten. Auf diese Thematik wird unter dem Punkt „Abgrenzung von Miet- und Bauverträgen im Vergaberecht“ näher eingegangen.¹⁸³

3.1.4. Bestandvertrag

Die Verträge über Miete von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen fallen auch unter den Anwendungsbereich des § 10 Z 8. Nach der Judikatur des EuGH ist die Miete als *das vom Vermieter dem Mieter eingeräumte Recht zu verstehen, ein Grundstück auf bestimmte Zeit gegen Vergütung im Besitz zu nehmen und jede andere Person von diesem Recht auszuschließen*.¹⁸⁴ Diese vom EuGH vorgenommene Definition der Miete deckt sich mit der Definition der Miete nach

¹⁷⁹ Ebd.

¹⁸⁰ Ebd.

¹⁸¹ a.a.O. § 6 Rz 161.

¹⁸² Ebd.

¹⁸³ a.a.O. § 6 Rz 162.

¹⁸⁴ EuGH 06.12.2007, Rs C-451/06, *Walderdorff*, Rz 17.

¹⁸⁴ EuGH 03.03.2005, Rs C-428/02, *Fonden Marselosborg Lystbadehavn*, Rz 30.

dem österreichischen bürgerlichen Recht. Gemäß § 1091 ABGB ist die Miete die entgeltliche Überlassung einer Sache zum bloßen Gebrauch.¹⁸⁵

Nicht nur die Miete, sondern jede Form der entgeltlichen Nutzungsüberlassung oder die entgeltliche Einräumung dinglicher Rechte mit dem Zweck, Raum für den öffentlichen Auftraggeber zu beschaffen, ist nicht vom Anwendungsbereich des BVergG erfasst.¹⁸⁶

Aus dem Wortlaut der Ausnahmeregelung des § 10 Z 8 ist nicht ersichtlich, dass auch die Pacht von diesem Ausnahmetatbestand erfasst ist¹⁸⁷

Allerdings sind nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auch Pachtverträge vom Anwendungsbereich des § 10 Z 8 umfasst.¹⁸⁸ Als Argument wird vorgebracht, dass Pachtverträge ein österreichisches Spezifikum seien und seinerseits von der EU-Richtlinie nicht berücksichtigt wurden.¹⁸⁹

Der EuGH¹⁹⁰ hat in seiner Judikatur festgehalten, dass für die Frage, ob die Ausnahmebestimmung des § 10 Z 8 anzuwenden ist, nicht die Bezeichnung des konkreten Vertrages als Bestandvertrag von Bedeutung ist, sondern als maßgeblicher Anknüpfungspunkt vielmehr der Zweck des Vertrages entscheidend ist.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Ausnahmebestimmung nur die Anmietung (sowie auch die Pacht), nicht aber die Vermietung von Immobilien umfasst.¹⁹¹ Allerdings ist es gerechtfertigt, von der Annahme eines Dienstleistungskonzessionsvertrages auszugehen, wenn vertragliche Nebenpflichten, wie zum Beispiel eine Betriebspflicht im Verhältnis zum Pachtzins, in den Vordergrund rücken und eine Hauptleistungspflicht darstellen.¹⁹²

3.1.5. Grundstücke oder vorhandene Gebäuden

¹⁸⁵ *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht¹³ II (2006) 216.

¹⁸⁶ *Dreher* in *Immenga/Mestmäcker* GWG (2007), § 100 Abs 2 lit h Rz 56.

¹⁸⁷ *Pachner* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 1 Rz 22.

¹⁸⁸ *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 10 Rz 207.

¹⁹¹ Ebd.

¹⁹⁰ EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05, *Jean-Auroux*, Rz 46.

¹⁹¹ *Fruhmann* in *Schramm/Aicher/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), § 10 Rz 207.

¹⁹² *Wertschit*, Unternehmenspachtvertrag als Leistungsvertrag des BVergG? ZVB 2005/106.

Nach dem Wortlaut der Bestimmung § 10 Z 8 gilt das Vergaberecht nicht *für Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechtserwerb an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen.*

Von einem vorhandenen Gebäude ist jedenfalls auszugehen, wenn das Bauobjekt bereits von Dritten genutzt wurde und sich keine umfangreichen Umbauarbeiten für den öffentlichen Auftraggeber ergeben.¹⁹³ Weiters ist von einem vorhandenen Gebäude, welches ein Neubau ist, auszugehen, wenn es während der Planung und Errichtungsphase keinen Einfluss seitens des öffentlichen Auftraggebers auf das Gebäude gegeben hat.¹⁹⁴

Die Bauwerke und Gebäude, die erst auf ein Grundstück verbracht werden sollen, mit der Absicht diese wieder zu entfernen, fallen nicht unter den Begriff „vorhanden“ und sind somit von der Anwendung des § 10 Z 8 ausgenommen.¹⁹⁵

Oft entsprechen allerdings die vorhandenen Gebäude nicht den Erfordernissen bzw den Eignungskriterien des Auftraggebers. Daher wird in der Praxis oftmals mit dem Vermieter des vorhandenen Gebäudes vereinbart, dass dieser noch diverse Umgestaltungen in Form von Umbau vornehmen muss. Eine solche Vereinbarung, mit der die Verpflichtung des Vermieters zum Umbauen verbunden ist, kann als Bauauftrag im Sinne des § 4 Z 3 BVergG qualifiziert werden. Dazu ausführlich nachstehend.

3.1.6. Abgrenzung von Miet- und Bauverträgen im Vergaberecht

3.1.6.1. Allgemeines

Grundsätzlich unterfallen reine Mietverträge nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts, da hierbei die öffentliche Hand nichts beschafft, sondern eigene Leistungen anbietet und eigenes Vermögen verwertet. Obwohl gesetzlich klar definiert ist, dass im Sinne des § 10 Z 8 BVergG das Vergaberecht für Mietverhältnisse über Grundstücke oder vorhandene Gebäude oder anderes unbewegliches Vermögen nicht gilt und gemäß § 4 Z 3 BVergG entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand die **Erbringung einer Bauleistung durch Dritte** gemäß den vom Auftraggeber genannten **Erfordernissen** ist, als Bauaufträge zu qualifizieren sind und in den Anwendungsbereich

¹⁹³ OLG Schleswig, Beschluss vom 01.04.2010 – 1 Verg 5/09.

¹⁹⁴ Ganske in Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht Kommentar³ (2011), § 99 GWG, Rt 103.

¹⁹⁵ VK Hess 24.03.2004, VK -09/04.

des Vergaberechts fallen, kommt es in der Praxis oft zu Abgrenzungsproblemen zwischen diesen beiden Tatbeständen.

Es geht vor allem um Fallkonstellationen, in denen nach äußerem Schein ein Mietvertrag vorliegt, was somit eine Ausnahmeregelung im Sinne des § 10 Z 8 BVergG darstellen würde, wenn man aber den Sachverhalt genauer betrachtet, so stellt sich heraus, dass es sich um keinen Mietvertrag sondern vielmehr um einen Bauauftrag handelt, der ausschreibungspflichtig ist. Es werden zum Beispiel Grundstücke an einen Bauunternehmer verkauft, der wiederum nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers ein Bauwerk zu errichtet hat, welches der öffentliche Auftraggeber dann mietet. Oder die Mietverträge sehen einen Katalog mit Leistungen vor, die nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers erstellt wurden und vom Vermieter zu erbringen sind. Die Problematik bei diesen Sachverhalten besteht darin, dass diese sowohl Elemente des Mietvertrages als auch des Bauauftrages enthalten. Hierfür ist es erforderlich, eine klare Abgrenzung zu treffen, da reine Mietverträge – wie oben dargelegt – vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen und somit ausschreibungsfrei sind. Im Gegensatz dazu fallen Bauaufträge unter bestimmten Voraussetzungen in den Anwendungsbereich des Vergaberechts und sind somit ausschreibungspflichtig.

Mit diesen Sachverhalten mussten sich die Gerichte befassen. Im Rahmen der Einzelprüfung wurden in der Rechtsprechung klare Abgrenzungen zwischen den beiden Tatbeständen entwickelt. In Kapitel 3 der vorliegenden Arbeit wird genauestens auf die relevanten Entscheidung eingegangen.

3.1.6.2. Tatbestand des § 4 Z 3 BVergG 2006

Gemäß § 4 Z 3 BVergG sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand die **Erbringung einer Bauleistung durch Dritte** gemäß den vom Auftraggeber genannten **Erfordernissen** beinhaltet, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt, als Bauaufträge zu qualifizieren.

Mit der Fragestellung, was ein öffentlicher Bauauftrag ist, musste sich der EuGH im Rahmen des Urteils *Auroux* (EuGH C-220/05 vom 18.01.2007) intensiv auseinandersetzen.

Diesem Urteil liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die französische Stadt Roanne beschloss im Jahr 2002, als Raumordnungsmaßnahme im Bahnhofsviertel ein Freizeitzentrum mit einem Multiplex-Kino, Geschäftsräumen, einem öffentlichen Parkplatz, Zugangswegen und öffentlichen Plätzen zu schaffen. Zur Durchführung dieses Vorhabens beauftragte die Stadt Roanne eine gemischtwirtschaftliche Stadtentwicklungsgesellschaft, die Société d'équipement du département de la Loire (SEDL), Grundstückskäufe zu tätigen und Finanzmittel zu beschaffen, Planungen vornehmen zu lassen, ein Auswahlverfahren für Planungsbüros zu organisieren, die Bauarbeiten durchführen zu lassen sowie die Koordinierung des Vorhabens und die Unterrichtung der Stadt sicherzustellen. Da einige Mitglieder des Stadtrats der Ansicht waren, dass dieser Vereinbarung eine öffentliche Bekanntmachung oder Ausschreibung hätte vorausgehen müssen, beantragten sie beim Tribunal administratif de Lyon die Nichtigkeitserklärung des Beschlusses des Stadtrats, der zur Beauftragung der SEDL geführt hatte.

Das Tribunal administratif de Lyon fragte den EuGH ob es sich bei der Beauftragung der SEDL um die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags handelte, für die eine Ausschreibung hätte erfolgen müssen.

Der EuGH stellt zunächst fest, dass ein öffentlicher Bauauftrag ein schriftlicher entgeltlicher Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem öffentlichen Auftraggeber (Staat, Gebietskörperschaften, juristische Personen des öffentlichen Rechts) über insbesondere die Planung und/oder die Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen ist.

Als Unternehmerin wurde die SEDL von der Stadt auf Grundlage einer schriftlichen Vereinbarung beauftragt. Auch wenn der Vertrag mit der SEDL Teile enthält, die die Erbringung von Dienstleistungen vorsehen, nämlich die Verwaltung und die Organisation der Arbeiten, besteht der Hauptgegenstand dieses Vertrags in der Errichtung des Freizeitentrums, eines Bauwerks. Dabei ist es in dieser Hinsicht unwesentlich, dass die SEDL die Arbeiten nicht selbst ausführt, sondern durch Subunternehmer ausführen lässt.

Unter diesen Umständen kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, dass diese Vereinbarung als öffentlicher Bauauftrag einzuordnen ist.

3.1.6.3. Öffentlicher Bauauftrag

Der Begriff „öffentlicher Bauauftrag“ erfordert, dass der Auftragnehmer direkt oder indirekt die Verpflichtung zur Erbringung der Bauleistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, übernimmt, und dass es sich um eine nach den im nationalen Recht geregelten Modalitäten einklagbare Verpflichtung handelt.¹⁹⁶

3.1.6.4. Erbringung einer Bauleistung

Unter dem Begriff „Erbringung einer Bauleistung“ ist die Errichtung eines Bauwerkes bzw Ausführungen von Bautätigkeiten zu verstehen. Unwesentlich ist dabei, ob die Bauleistungen durch den Auftraggeber selbst oder von Dritten wie zB Subunternehmern erbracht werden.¹⁹⁷ Wesentlich ist, ob der Hauptgegenstand eines Vertrages die Erfordernisse des öffentlichen Auftraggebers an das Bauvorhaben bildet, in diesem Fall liegt ein Bauauftrag vor.¹⁹⁸

3.1.6.5. Erfordernisse

Das Tatbestandsmerkmal der "Erfordernisse" in § 4 Z 3 BVergG wurde durch die nationalen Vergabekontrollbehörden bislang noch nicht behandelt.¹⁹⁹ Für eine Auslegung ist die Judikatur des EuGH heranzuziehen.

Nach herrschender Lehre liegen „Erfordernisse“ im Sinne des § 4 Z 3 BVergG vor, wenn die Funktion des Vertrages ein Bauvorhaben ist.²⁰⁰

Nach der herrschenden Lehre erfolgt eine Bauführung nach den "Erfordernissen" des Auftraggebers, wenn auf die *funktionalen und architektonischen Bedingungen der baulichen Anlage* eingewirkt wird²⁰¹ bzw der Auftraggeber die *funktionalen, allenfalls auch die architektonischen Anforderungen an das Gebäude festlegt*²⁰². Die Erfordernisse

¹⁹⁶ EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08, Rz 67.

¹⁹⁷ EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05, *Auroux/Comune de Roane*, Rz 38.

¹⁹⁸ *Schramm/Öhler in Fruhmann in Schramm/Aicher/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), Rz 47.

¹⁹⁹ a.a.O. Rz 53.

²⁰⁰ a.a.O. Rz 57.

²⁰¹ *Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz² 2002 (2005) §3 Rz 26.

²⁰² *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht³ (2010), 188.

sind auch gegeben, wenn der Auftraggeber *Einfluss auf das Planungs- oder auf das Errichtungsstadium, somit auf das Ergebnis der Bauleistungen* hat.²⁰³

3.1.6.6. Zweck dieser Regelung

„Nach dem Willen des Gesetzgebers sind mit dieser Bestimmung Bauaufträge-, Mietkauf- und Leasingverträge umfasst, bei denen der öffentliche Auftraggeber nicht selbst baut, sondern für seine Zwecke und nach seinen Vorgaben bauen lässt.“²⁰⁴

Diese Bestimmung soll gewährleisten, dass Umgehungsfälle eingefangen werden.²⁰⁵

Ohne diese Regelung ist es problematisch festzustellen, ob die Anmietung einer Immobilie samt Verpflichtung zum Umbau ein Mietvertrag und somit als ein vergabefreies Rechtsgeschäft im Sinne des § 10 Z 8 BVergG zu qualifizieren ist oder als Bauvertrag.²⁰⁶

Die Ausnahmeregelung in § 10 Z 8 BVergG kommt hier nicht zur Anwendung, da der Zweck des Vertrages in der Deckung eines konkreten Baubedarfs des öffentlichen Auftraggebers liegt.

Der Vertragspartner verpflichtet sich, die anzumietende Immobilie exakt nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers zu errichten.

Durch die Regelung des § 4 Z 3 BVergG sollen alle Verträge erfasst werden, wenn deren Funktion auf die Herstellung eines Bauvorhabens gerichtet ist. Diese Bestimmung lässt allerdings offen wie diese Funktion zu erreichen ist, um eben jede Vertragsgestaltung zu umfassen, die als Ziel ein Bauvorhaben hat.²⁰⁷ Bei Mischverträgen, die sowohl vergabefreie Leistungen als auch Bauleistungen enthalten, ist die Zuordnung dieses Mischvertrages nach der Hauptfunktion des Vertrages vorzunehmen.²⁰⁸

²⁰³ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz² 2002 (2005) § 3 Rz 26.

²⁰⁴ Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006), 54.

²⁰⁵ Boesen, Vergaberecht (2000), 99 Rz 137.

²⁰⁶ Schramm/Öhler in Fruhmann in Schramm/Aicher/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2009), Rz 46.

²⁰⁷ a.a.O. Rz 59.

²⁰⁸ a.a.O. Rz 60.

Für die klare Abgrenzung zwischen § 10 Z 8 und § 4 Z 3 BVergG ist die Durchführung einer Einzelprüfung erforderlich und zu hinterfragen, ob das Ziel des Vertrages die Errichtung eines Bauwerks ist oder die bloße Nutzungsüberlassung einer Immobilie. Bei der Zuordnung ist zu beachten, ob der öffentliche Auftraggeber seine baulichen Erfordernisse verfolgt²⁰⁹.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass reine Mietverträge zwar grundsätzlich vergaberechtsfrei sind. Die Anmietung eines Gebäudes kann allerdings als öffentlicher Bauauftrag im Sinne des § 4 Z 3 BVergG zu qualifizieren sein, wenn das Gebäude nach den bestimmten Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers errichtet wird, womit ein Bauauftrag vorliegt, welcher dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliegt. Daraus folgt, dass die Anwendung des § 10 Z 8 BVergG dort endet, wo im Rahmen eines Immobiliengeschäfts ein vergaberechtspflichtiges Geschäft verwirklicht werden soll.

²⁰⁹ a.a.O. Rz 61.

Kapitel 4: Die Rechtsprechung

Im Folgenden werden die Rechtsprechungen des EuGH und Senate der deutschen Gerichte zum Thema Miete oder Bauauftrag im Überblick beleuchtet. Die Urteile werden sowohl in Hinblick auf ihre Sachverhalte als auch in rechtlicher Hinsicht dargestellt. Somit soll einerseits dargelegt werden, was ein Mietvertrag im Sinne der Ausnahmeregelung des § 10 Z 8 BVergG ist und andererseits eine klare Abgrenzung zum Bauauftrag gemäß § 4 Z 3 BVergG vorgenommen werden.

4.1. *Pizzarotti* gegen Gemeinde Bari, Italien (EuGH, Rs C-213/10, Urteil vom 10.07.2014)

Fragestellung der Entscheidung ist das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages bei der Anmietung noch zu errichtender Gebäude. Es wurde darin erläutert, wann ein Mietvertrag einen öffentlichen Bauauftrag darstellt. Wie im zweiten Teil dieser Arbeit erörtert, sind Mietverträge im Sinne des § 10 Z 8 BVergG vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen. Vor diesem rechtlichen Hintergrund hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen dem Unternehmen *Impresa Pizzarotti & C. SpA* (in Folge: *Pizzarotti*) und der Gemeinde Bari die Frage zu entscheiden, ob ein Vertrag mit der Verpflichtung, noch nicht errichtete Gebäude zu vermieten, trotz des Vorliegens charakteristischer Merkmale eines Mietvertrages, einen öffentlichen Bauauftrag darstellt.

Sachverhalt: Die Gemeinde Bari hatte 2003 öffentlich ausgeschrieben, für die schnellstmögliche Errichtung eines neuen einheitlichen, geeigneten und angemessenen Sitzes für sämtliche Gerichte von Bari. Geplant war die Errichtung eines Gebäudes mit öffentlichen Mitteln von maximal 43,5 Mio zuzüglich 3 Mio für die Anmietung der Gebäude, in denen die Gerichte untergebracht sein sollen.

Pizzarotti wurde aufgrund seines Angebots ausgewählt.

Im Jahr 2004 wurde anfangs die öffentliche Finanzierung für die Errichtung empfindlich gekürzt, in weiterer Folge gänzlich gestrichen. Infolgedessen reichte *Pizzarotti* ein zweites Angebot ein zur Realisierung des für die Vermietung bestimmten Gebäudes, doch die Gemeinde blieb untätig, weswegen zuerst eine Klage auf Verpflichtung zum Handeln eingebracht und dieser auch stattgegeben wurde. 2008 kam der vom Gericht

bestellte Kommissar, der mit der Vertretung der Gemeinde bei deren andauernden Untätigkeit beauftragt war, zum Ergebnis, dass die Angebote von Pizzarotti gültig seien und das Verfahren mit dessen Anbotslegung positiv geendet habe.

Die Gemeinde argumentierte daraufhin, dass dessen vorgelegtes Angebot nicht mit den in der Bekanntmachung enthaltenen Vorgaben übereinstimme, weswegen es nicht angenommen werden konnte. Dagegen klagte Pizzarotti, dass das Angebot den verschlechterten Bedingungen angepasst worden sei und die Gemeinde dem nicht Rechnung getragen habe, woraufhin er Recht bekam und die Sache erneut an den Kommissar verwiesen wurde.

Im Jahr 2010 kam der Kommissar mit Bescheid zum Ergebnis, dass die Vermietung von Gebäuden, die privat errichtet werden sollten, für den Zweck völlig ungeeignet sei und der Verlust der öffentlichen Finanzierung die Erreichung des verfolgten Zwecks unmöglich gemacht habe. In Folge klagte Pizzarotti erneut und das Gericht kam zur Entscheidung, dass die Entscheidung aus dem ersten Bescheid gültig sei und erklärte den zweiten Bescheid mit der Begründung für nichtig, dass er die Rechtskraft breche. Der Kommissar ergriff in 2012 alle Maßnahmen, damit eine „städtebauliche Variante“ für die Errichtung des geplanten Justizkomplexes betroffenen Grundstücke angenommen werden konnte. Diese Entscheidung focht Pizzarotti an mit der Begründung, dass sie die Rechtskraft breche.

Aufgrund dieses SV beehrte das italienische Gericht eine Vorabentscheidung zu den Fragen:

- (i) ob der Vertrag über die Vermietung einer zukünftigen Sache als Bauauftrag iSd RL zu werten sei
oder
- (ii) verneinendenfalls, ob er damit von der Anwendung der Regelung über die Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen ist
und
- (iii) ob bei Bejahung der ersten Frage eine in Rechtskraft erwachsene Entscheidung als unwirksam betrachtet werden kann, da man sonst eine mit dem Unionsrecht unvereinbare rechtskräftige Entscheidung zu vollstrecken hätte.

Zur ersten Vorlagefrage hinsichtlich des Bauauftrages stellte der EuGH eingangs fest, dass es nicht auf die Bezeichnung oder Qualifizierung als „Mietvertrag“ ankommt und bestätigt seine ständige Rechtsprechung, dass sich die Qualifikation eines Vertrages nach Unionsrecht richtet, dh es kommt nicht darauf an, ob der Vertrag von den Beteiligten als „Mietvertrag“ nach italienischem Recht eingeordnet und abgeschlossen wird.²¹⁰ Weist ein Vertrag Elemente eines öffentlichen Bauauftrages und Elemente eines Auftrags anderer Art auf, ist er nach seinem Hauptgegenstand zu qualifizieren.²¹¹ Da mit der Errichtung des Gebäudes, auf das sich der Vertrag bezogen hat, noch nicht begonnen wurde, liegt nach Auffassung des EuGH der Hauptgegenstand in dieser Errichtung.

Der EuGH nimmt Bezug auf das Urteil C-536/07 (**Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland**). Demnach muss für das Vorliegen eines öffentlichen Bauauftrages *die Errichtung des geplanten Gebäudes den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen genügen*; dies ist der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber *Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder um zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen*. Diese Einflussnahmemöglichkeit wurde vom EuGH bejaht, nachdem der Vertragsentwurf vorsah, dass der Gemeinde Bari das Recht vorbehalten war, vor Abnahme des Gebäudes dessen Übereinstimmung mit dem in der Ausschreibung veröffentlichten Anforderungsrahmen zu überprüfen und in diesem verschiedene technische und technologischen Merkmale des Gebäudes unter Berücksichtigung statistischer Daten zur Gerichtstätigkeit im Bezirk von Bari präzisiert wurden. Daraus schlussfolgerte der EuGH, dass Hauptgegenstand des Vertrages die Errichtung eines Gebäudes war und damit einen öffentlichen Bauauftrag nicht ausschließt, selbst wenn er eine Verpflichtung enthält, das betreffende Bauwerk zu vermieten.

Auf Grund der Tatsache, dass das Gebäude, in dem die Räumlichkeiten „angemietet“ werden, ein Neubau ist, liegt für den EuGH der Hauptgegenstand des Vertrages in seiner Errichtung als Voraussetzung für seine spätere Anmietung. Ein solcher „Mietvertrag“ ist dann ein öffentlicher Bauauftrag, wenn der Auftraggeber die Merkmale der Bauleistung festlegt oder zumindest einen entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung nimmt. Das ist für den EuGH hier bei einer Gesamtschau der Umstände der Fall: Die Verwaltung kann schon während der Bauphase kontrollieren, ob ihr

²¹⁰ Vgl EuGH 10.07.2014, Rs C-213/10, *Pizzarotti*, Rdnr. 40.

²¹¹ a.a.O. Rdnr. 41.

Anforderungsrahmen eingehalten ist, der die verschiedenen technischen und technologischen Merkmale des Gebäudes präzisiert. Dass die Gesamtmiete die Errichtungskosten unterschreite, kann für den EuGH schon vom grundsätzlichen Ansatz her nicht entscheidend sein, da ausschlaggebend für die Qualifizierung des Vertrages der Hauptgegenstand und nicht die Höhe der Vergütung des Unternehmens oder die Art und Weise ihrer Zahlung ist.

Hinsichtlich der zweiten Frage stellte der EuGH fest, dass das Unionsrecht die Bedeutung der Rechtskraft *zur Gewährleistung des Rechtsfriedens und der Beständigkeit rechtlicher Beziehungen sowie einer geordneten Rechtspflege* anerkennt und einem nationalen Gericht nicht gebietet, *von der Anwendung innerstaatlicher Verfahrensvorschriften, aufgrund deren eine Gerichtsentscheidung Rechtskraft erlangt, abzusehen, selbst wenn dadurch einer mit dem Unionsrecht unvereinbaren nationalen Situation abgeholfen werden könnte*. Sollte allerdings für das nationale Gericht die Möglichkeit bestehen, eine rechtskräftige Entscheidung rückgängig zu machen, muss *nach den Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werden* um Vereinbarkeit herbeizuführen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass ein Bauauftrag gemäß § 4 Z 3 BVergG dann vorliegt, wenn nicht ein bereits vorhandenes Gebäude angemietet wird, sondern der Mietgegenstand erst gemäß seinen Vorgaben geschaffen werden soll. Dabei spielt es keine Rolle ob dies im Rahmen eines Neubaus oder im Rahmen eines Umbaus eines vorhandenen Gebäudes erfolgt.

4.2. Kommission gegen Bundesrepublik Deutschland (EuGH, C-536/07, Urteil vom 29.10.2009)

In diesem Fall geht es um die Vergabe des Kölner Messeneubaus an den Oppenheim-Esch-Fonds. Das komplizierte Vertragskonstrukt zwischen Stadt Köln und Auftragnehmer (Oppenheim-Esch-Fonds.) sieht vor, dass der Oppenheim-Esch-Fonds die Messehallen und das Konferenzzentrum nach den Plänen der Stadt baut, jedoch weiterhin Eigentümer bleibt. Gleichzeitig vermietet der Oppenheim-Esch-Fonds die Gebäude für 30 Jahre an die Stadt, diese wiederum an die Messegesellschaft als Untermieterin. Dabei betragen die Mietkosten für die Stadt über 20 Millionen Euro pro Jahr. Für diese muss die Stadt bei einem Ausfall ihrer Nachmieterin selbst aufkommen.

Daraufhin erhielt der Oppenheim-Esch-Fonds den Auftrag für den Bau der vier Hallen mitsamt dem Konferenzzentrum ohne vorangegangenes förmliches Vergabeverfahren.

Die Kommission erhob Klage vor dem EuGH, weil sie der Ansicht war, dass es sich bei Vergabe dieses Auftrages um einen öffentlichen Bauauftrag gehandelt habe, der europaweit hätte ausgeschrieben werden müssen.

Der EuGH gab der Klage der Kommission statt und hielt fest, dass es für die Qualifizierung eines Vertrages, welcher zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines Auftrags anderer Art aufweist, auf den Hauptgegenstand des Vertrags ankommt.

Ausschlaggebend für die Einstufung eines Auftrags wie des hier in Rede stehenden ist dessen Hauptgegenstand und nicht die Höhe der Vergütung des Unternehmers oder die Art und Weise ihrer Zahlung.

Der EuGH betonte, dass die *betreffenden Bauwerke gemäß den sehr detaillierten und von der Stadt Köln im Hauptvertrag deutlich formulierten Spezifikationen errichtet* wurden. Aus diesem Vertrag und seinen Anlagen gehe hervor, dass *die betreffenden Spezifikationen in Form einer genauen Beschreibung der zu errichtenden Gebäude, ihrer Beschaffenheit und ihrer Ausstattung weit über die üblichen Vorgaben eines Mieters für eine neue Immobilie einer gewissen Größe hinausgehen.*

Darauf folgt, dass das vorrangige Ziel des Hauptvertrags somit der Bau der fraglichen Messehallen gemäß den von der Stadt Köln genannten Erfordernissen war. Der Vertrag ist daher als öffentlicher Bauauftrag einzustufen.

4.3. Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 7. Oktober 2015, Az.: 2 Verg 3/15

Ob ein vergaberechtsfreier Miet- oder ein ausschreibungspflichtiger Bauvertrag vorliegt, hängt davon ab, wie groß der Einfluss des Auftraggebers auf die Umbauplanung des Auftragnehmers ist.

Diese Entscheidung behandelt den Mietvertrag einer Polizeibehörde, die bereits seit 1998 in einem Gebäude des bisherigen Vermieters und späteren Antragstellers auf

Nachprüfung untergebracht war. Für die zukünftige Unterbringung hatte die Kriminalpolizei im Jahr 2013 ein Markterkundungsverfahren erfolglos durchgeführt. Der bestehende Mietvertrag wurde daraufhin gekündigt und der streitgegenständliche Mietvertrag mit einem neuen Vermieter im Jahr 2014 abgeschlossen.

Der bisherige Vermieter beantragte deshalb die Nachprüfung. Er war der Ansicht, dass der Mietvertrag vergaberechtlich einen öffentlichen Bauauftrag darstellen würde. Der neue Vermieter müsse einen Neubau errichten, um die Anforderungen der Kriminalpolizei erfüllen zu können. Bei dem Mietobjekt handele es sich um eine *unter Denkmalschutz stehende Ruine*, die erhebliche Aufwendungen erfordern würde. Der Nachprüfungsantrag wurde in erster Instanz als unzulässig zurückgewiesen, weil der EU-Schwellenwert für die Vergabe öffentlicher Bauaufträge nicht erreicht sei. Die dagegen gerichtete Beschwerde des bisherigen Vermieters blieb ebenfalls erfolglos.

Das Thüringer Oberlandesgericht wies die Beschwerde als unbegründet zurück und führte aus, dass es sich im konkreten Fall nicht um einen ausschreibungspflichtigen Mietvertrag handelt.

Ein von den Vertragsparteien offiziell als Mietvertrag bezeichneter Vertrag ist dann als öffentlicher Bauauftrag zu qualifizieren, wenn das vorrangige Vertragsziel der Bau der vertragsgegenständlichen Immobilie ist und es sich bei ihr um ein Bauwerk im Sinne des Vergaberechts handelt. In diesem Fall bildet der Hauptgegenstand die Miete. Zwar hat die Kriminalpolizei Einfluss auf die Ausgestaltung der Mietsache genommen, allerdings genügt es für einen öffentlichen Bauauftrag nicht, dass der öffentliche Auftraggeber überhaupt Einfluss auf die Ausgestaltung der Mietsache nimmt. Wäre dies so, gäbe es nur sehr wenige Anmietungen, die vergaberechtlich nicht als öffentlicher Bauauftrag zu werten wären. Vielmehr kommt es bei der Frage, was der Hauptgegenstand eines Vertrages ist, maßgeblich darauf an, ob der öffentliche Auftraggeber entscheidenden Einfluss auf die Konzeption der Bauleistung genommen hat.

EXKURS: Abgrenzung zwischen speziellen Auftraggeberwünschen und üblichen Mieterwünschen

Für die Abgrenzung zwischen einem ausschreibungspflichtigen Bauauftrag und nicht dem Vergaberecht unterliegender Miete wird insbesondere in Anlehnung der

Rechtsprechung des EuGH in der deutschen Judikatur zwischen „speziellen Auftraggeberwünschen“ und „üblichen Mieterwünschen“ unterschieden.

Bereits in der Sache *Pizzarotti* gegen Gemeinde Bari, Italien²¹² hat der EuGH zur Unterscheidung zwischen einem vergaberechtsfreien Mietvertrag und einem öffentlichen und somit ausschreibungspflichtigen Bauauftrag festgehalten, dass es sich um Auftraggeberwünsche handelt, wenn unter anderem verschiedene technische Merkmale des Gebäudes, spezifische Bedürfnisse der einzelnen Abteilungen (Anzahl der notwendigen Büros und Sitzungssäle, Konferenz-, Besprechungs- und Archivräume, Flächen der Räume, Arten der internen Kommunikation) sowie bestimmte gemeinsame Bedürfnisse wie die Anzahl der Parkplätze, vom Auftraggeber vorgegeben werden. Bei Vorlage dieser Auftraggeberwünsche handelt es sich beim Hauptgegenstand des Vertrags um die Errichtung eines Gebäudes nach den Erfordernissen bzw Wünschen des öffentlichen Auftraggebers. Dass der öffentliche Auftraggeber in weiterer Folge nur Mieter bleibt und nicht Eigentümer des Gebäudes wird, änderte daran nichts.

Das OLG Düsseldorf hat in seiner Entscheidung vom 13.06.2007²¹³ ausgeführt, dass für die Annahme eines Bauauftrages es deshalb ausreicht, dass der Auftraggeber den Auftragnehmer (Dritten) mit der Erstellung und gegebenenfalls auch mit der Planung von Bauwerken oder Bauvorhaben entsprechend **seinen Erfordernissen** beauftragt.

Auch im Beschluss des Bundes vom 30.09.2016²¹⁴ wird ausgeführt, dass Verträge über Mietverhältnisse für Grundstücke oder vorhandene Gebäude nicht als öffentliche Aufträge zu qualifizieren sind. Für die Qualifizierung eines Mietvertrages als Mietvertrag oder als öffentlicher Bauauftrag iSd Vergaberechts ist darauf abzustellen, was den Hauptgegenstand des Auftrags bildet. Ein öffentlicher Bauauftrag liegt vor, wenn Hauptgegenstand die entgeltliche Erbringung einer Bauleistung ist, für die der Auftraggeber **die Merkmale festlegt oder zumindest entscheidenden Einfluss** auf die Planung der Bauleistung nehmen kann.

Anders sieht es aus²¹⁵ wenn zwar sehr genaue Vorgaben von der Vergabestelle gemacht werden, zum Beispiel das benötigte Objekt zu beschaffen und wie dieses ausgestattet sein soll, jedoch kein Einfluss auf die Baupläne und die Bauausführung

²¹² EuGH 10.07.2014, Rs C-213/10.

²¹³ OLG Düsseldorf vom 13.06.2007, Verg 2/07.

²¹⁴ Beschluss des Bundes vom 30.09.2016, VK 1-86/16.

²¹⁵ VK Südbayern vom 22.05.2003, Verg 17-04/03.

eines möglicherweise erst noch zu errichtenden Mietobjekts genommen wird. Dann handelt es sich um reine Mieterwünsche und um keine Auftraggeberwünsche.

4.4. VK Sachsen, Beschluss vom 19.06.2015 – 1/SVK/009-15; VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.06.2014 – 1 VK 21/14; OLG Schleswig, Beschluss vom 01.04.2010 – 1 Verg 5/09; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.08.2014 – Verg 14/13

Die Entscheidungen nehmen Bezug auf die Entscheidung des EuGH und halten fest, dass die Anmietung eines nach den Erfordernissen des öffentlichen Auftraggebers noch zu errichtenden oder umzubauenden Gebäudes als Bauauftrag qualifiziert werden kann, wenn der Mietvertrag ohne Bauleistungen nicht zu realisieren ist.

Auf Grunde der dargelegten Judikatur ist für die Abgrenzung zwischen einem Mietvertrag und einen Bauauftrag auf Folgendes zu achten:

- Die Bezeichnung des Vertrages etwa als "Mietvertrag" ist nicht entscheidend. Es kommt darauf an, welcher Intention der Vertrag tatsächlich überwiegend dient.
- Die Errichtung des geplanten Gebäudes muss nach den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen hergestellt werden. Das ist dann der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber Maßnahmen ergriffen hat, um die Merkmale der Bauleistung festzulegen oder zumindest entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung zu nehmen (zB durch Präzisierung der verschiedenen technischen und technologischen Merkmale des geplanten Gebäudes sowie der spezifischen Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers, wie etwa die Festlegung der Anzahl und der Nutzungszweck der Räumlichkeiten, die Fläche der Räume, die Arten der internen Kommunikation, die Parkplatzkapazitäten uÄ).
- Enthält ein Vertrag sowohl Elemente eines Bauauftrages als auch eines Mietvertrages, so ist für die Bestimmung bzw Einordnung der rechtlichen Qualifizierung sein Hauptgegenstand bzw der Schwerpunkt des Vertrages ausschlaggebend. Die Höhe der Vergütung des Unternehmers oder die Art und Weise ihrer Zahlung ist nicht maßgeblich.

- Ist ein Bauwerk noch nicht errichtet, so ist davon auszugehen, dass der vertragliche Hauptgegenstand in dem Bau liegt, der zwangsläufig Voraussetzung für die spätere Vermietung des Gebäudes ist.
- Die Abgrenzung zwischen einem vergaberechtlich relevanten öffentlichen Bauauftrag von einem Mietvertrag, der nicht unter die Anwendung des Vergaberechts fällt, erfordert eine Gesamtbetrachtung und ist eine Einzelfallentscheidung.

Kapitel 5: Schlusskapitel

Wie in der Einleitung dieser Arbeit dargelegt, dienen die Bestimmungen des Vergaberechts insbesondere der Möglichkeit zur Schaffung von fairem Wettbewerb als auch Chancengleichheit für die Unternehmen, die an diesem Wettbewerb teilzunehmen beabsichtigen. Die Übersicht der diversen Rechtsquellen und die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts verdeutlichen, dass das Vergaberecht ein dynamisches Rechtsgebiet ist, welches auf Grund der Rechtsprechungen des EuGH, Richtlinien sowie anderer Rechtsakte des Europäischen Union angepasst und novelliert wird und welches mit der Zeit eine gewichtige Rolle bekommen hat.

Weiters wurde im Rahmen dieser Arbeit dargestellt, dass bestimmte Beschaffenheit und Aufträge vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen sind. Diese Ausnahmebestimmungen sind insbesondere in § 10 und § 175 BVergG taxativ aufgelistet und eng auszulegen. Dh im Zweifel ist jedenfalls von der Anwendung des BVergG auszugehen.

So zum Beispiel normiert § 10 Z 8 BVergG, dass das BVergG nicht für Verträge über Erwerb oder Miete von oder Rechte an Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen, ungeachtet deren Finanzierungsmodalitäten, ausgenommen Verträge über finanzielle Dienstleistungen jeder Form, die gleichzeitig, vor oder nach dem Kauf- oder Mietvertrag abgeschlossen werden, gilt. Hintergrund für die Ausnahmeregelung ist insbesondere, dass es sich bei Grundstücken um individuelle Objekte handelt, die nicht austauschbar sind und über die daher kein Wettbewerb organisiert werden kann.

Im Kapitel 3 dieser Arbeit findet sich eine genaue Auseinandersetzung mit Verträgen über die Miete von Grundstücken oder vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen. Grundsätzlich ist die Anmietung vom sachlichen Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen. Die Definition von Miete, die in der Judikatur des EuGH zu finden ist und sich mit der Definition der Miete nach dem ABGB deckt, lautet, dass die Miete als *das vom Vermieter dem Mieter eingeräumte Recht zu verstehen ist, ein Grundstück auf bestimmte Zeit gegen Vergütung in Besitz zu nehmen und jede andere Person von diesem Recht auszuschließen.*

Obwohl die Definition der Miete eindeutig und verständlich scheint, ist es dennoch oft in der Praxis problematisch eine klare Abgrenzung zwischen einem ausschreibungsfreiem Mietvertrag nach § 10 Z 8 BVergG und einem ausschreibungspflichtigen Bauauftrag im Sinne des § 4 Z 3 BVergG vorzunehmen. Der Grund dafür ist, dass in der Praxis Kontraktionen zu finden sind, die nach einem äußeren Schein einen Mietvertrag erkennen lassen. Bei genauerer Betrachtung des Inhaltes dieses Mietvertrages stellt sich als Hauptgegenstand oft eine Bauleistung heraus.

Diese Kontraktionen wurden in vielen Judikaturen in sachverhältnismäßiger und rechtlicher Hinsicht erläutert.

Entsprechend diesen Judikaten wurden in der Praxis einige Kriterien ausgearbeitet, anhand derer sich eine Abgrenzung zwischen Mietverträgen, die von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen sind, und Bauaufträgen, die grundsätzlich unter den Anwendungsbereich des Vergaberechts fallen, aber Elemente des Mietvertrages enthalten, vornehmen lässt. Aus diesen Judikaten ist abzuleiten, dass die Bezeichnung des Vertrages etwa als "Mietvertrag" nicht entscheidend ist. Im Sinne von *falsa demonstratio non nocet* kommt es vielmehr darauf an, welcher Intention der Vertrag tatsächlich überwiegend dient. Für die Abgrenzung zwischen einem Mietvertrag und einem Bausauftrag ist die Qualifizierung bzw der Schwerpunkt des Vertrages ausschlaggebend. Es ist von einem Bauauftrag auszugehen, wenn die Errichtung des geplanten Gebäudes nach den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen und festgelegten Merkmalen hergestellt wird oder der öffentliche Auftrag entscheidenden Einfluss auf die Planung der Bauleistung ausübt.

Diese Kriterien dienen lediglich als Orientierung. Die Überprüfung bedarf einer Gesamtbetrachtung und Einzelfallentscheidung.

Literaturverzeichnis

Walter Berka (2016): *Verfassungsrecht*. 6. Auflage, Österreich, Wien

Arnold Boesen (2000): *Vergaberecht*. Bundesanzeiger-Verlag, Bonn

Ulrich Immenga / Ernst-Joachim Mestmäcker (2007): *GWG*. 5. Auflage 2014, C. H. Beck Verlag

Alexander Egger (2008): *Europäisches Vergaberecht*. 2. Auflage, Nomos, Österreich, Wien

Klaus Eschenbruch (2000): *Supplement Leasing – Berater 2000*

Michael Fruhmann in Johannes Schramm/ Josef Aicher/ Rudolf Thienel (2009): *Bundesvergabegesetz 2006*, 1. Auflage, Springer Verlag, Österreich, Wien

Günther Gast (2006): *Das öffentliche Vergabewesen in Österreich*. 6. Auflage, Österreich, Wien

Matthias Ganske in Olaf Reidt/ Thomas Stickler/ Heike Glahs (2011): *Vergaberecht Kommentar*, 3. Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Deutschland, Köln

Hans Göllles in Johannes Schramm/Josef Aicher/ Michael Fruhmann/ Rudolf Thienel (2005): *Bundesvergabegesetz 2002*, 1. Auflage, Springer Verlag, Österreich, Wien

Stephan Heid/ Dieter Hauck/ Karl Preslmayr (2015): *Handbuch des Vergaberechts*, 4. Auflage, Lexis Nexis Verlag, Österreich, Wien

Stephan Heid/ Karl Preslmayer (2010): *Handbuch Vergaberecht*, Lexis Nexis Verlag, Österreich, Wien

Michael Holoubek/ Claudia Fuchs in Johannes Schramm/ Josef Aicher/ Michael Fruhmann/

Rudolf Thienel (2009): *Bundesvergabegesetz 2006*, Springer Verlag, Österreich, Wien

Helmut Koziol/ Rudolf Welsch (2006): *Bürgerliches Recht Band II*, 13. Auflage, Manz Verlag, Österreich Wien

Thomas Müller in Johannes Schramm/Josef Aicher/ Michael Fruhmann/ Rudolf Thienel (2016): *Bundesvergabegesetz 2006*, 2. Auflage, Springer Verlag, Österreich, Wien

Matthias Öhler/ Johannes Schramm in Johannes Schramm/ Josef Aicher/ Michael Fruhmann (2009): *Bundesvergabegesetz 2006*, 2. Auflage, Springer Verlag, Österreich, Wien

Albert Oppel/ Franz Pachner in Johannes Schramm/ Josef Aicher/ Michael Fruhmann/ Rudolf Thienel (2016): *Bundesvergabegesetz 2006*, 2. Auflage, Springer Verlag, Österreich, Wien

Franz Pachner in Johannes Schramm/ Josef Aicher/ Michael Fruhmann/ Rudolf Thienel (2009): *Bundesvergabegesetz 2006*, 2. Auflage, Springer Verlag, Österreich, Wien

Otto Wertschit (12/2005), *Unternehmenspachtvertrag als Leistungsvertrag des BVergG?*, ZVB 2005/106: 330.

Judikaturverzeichnis

EuGH 16.06.1994, Rs C-132/93, *Stehen/Dt. Post*.
EuGH 08.11.1978, Rs 251/78, *Denkavit*.
EuGH 21.06.1974, Rs 2/74, *Reyners*.
EuGH 03.12.1974, Rs 33/74, *van Binsbergen*.
EuGH 20.03.1990, Rs 21/88, *Du Pont de Nemour Italiana*.
EuGH 22.06.1993, Rs C-243/89, *Storebaelt*.
EuGH 11.07.1991, Rs 351/88, *Laboratori Bruneau*.
EuGH 18.06.1985, Rs 197/84, *Steinhauser*.
EuGH 26.04.1993, Rs C-340/89, *Vlassopoulou*.
EuGH 26.09.2000, Rs C-225/98, *Nord Pas de Calais*.
EuGH 07.12.2000, Rs C-324/98, *Teleaustria*.
EuGH 19.11.1991, Rs C-6/90, *Francovich*.
EuGH 20.09.1988, Rs C-31/87, *Beentjes*.
EuGH 28.03.1996, Rs C-3180/94, *Kommission/Deutschland*.
EuGH 13.11.1990, Rs C-106/89, *Marleasing*.
EuGH 06.12.2007, Rs C-451/06, *Walderdorff*.
EuGH 03.03.2005, Rs C-428/02, *Fonden Marselosborg Lystbadehavn*.
EuGH 25.03.2010, Rs C-451/08.
EuGH 18.01.2007, Rs C-220/05, *Auroux/Comune de Roane*.
EuGH 10.07.2014, Rs C-213/10, *Pizzarotti*.
Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 7. Oktober 2015, Az.: 2 Verg 3/15.
VK Sachsen, Beschluss vom 19.06.2015 – 1/SVK/009-15.
VK Südbayern vom 22.05.2003 – Verg 17-04/03.
VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.06.2014 - 1 VK 21/14.
VK Hess 24.03.2004, VK 09/04.
OLG Frankfurt 30.08.2011, 11 Verg 3/11.
OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.08.2014 – Verg 14/13.
OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 13.06.2007 – Verg 2/07.
OLG Schleswig, Beschluss vom 01.04.2010 – 1 Verg 5/09.
RIS Justiz 085/06/02003.

Rechtsquellenverzeichnis

Bundesgesetz, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017)

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) BGBl. I Nr. 17/2006.

Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) BGBl. Nr. 1/1930 idF BGBl. I Nr. 194/1999.

Bundesgesetz, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017)

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union BGBl. III Nr. 132/2009.

Gesetz vom 14. Dezember 2006 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz - Bgld. VergRSG) LGBl. Nr. 66/2006.

Gesetz vom 13. Dezember 2013, mit dem ein Gesetz über den Rechtsschutz bei der Vergabe von Aufträgen (Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz 2014 – K-VergRG 2014) LGBl. Nr. 95/2013

NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz LGBl. 7200-0.

Landesgesetz über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006) LGBl.Nr. 130/2006.

Gesetz vom 7. Februar 2007 über die Kontrolle der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Salzburger Vergabekontrollgesetz 2007 - S.VKG 2007) LGBl Nr 28/2007.

Gesetz vom 19. Juni 2012 über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz 2012 – StVergRG 2012) LGBl. Nr. 80/2012.

Gesetz vom 5. Juli 2006 über die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in Tirol (Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006) LGBl. Nr. 70/2006.

Gesetz über die Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen LGBl.Nr. 1/2003.

Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) 37/2013.

VO (EU) 2015/2170 (betreffend die allgemeine VergabeRL 2014), 2015/2171 (betreffend die SektorenRL 2014) und 2015/2172 (betreffend die KonzessionsRL 2014), alle ABI 2015 L 307.

VO 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABI 2007 L 315/1.

VO (EG) 213/2008 idF RL 2014/25/EU, ABI 2008 L 74/1.

VO (EU) 2015/1986, ABI 2015 L 296/1.

Verordnung des Bundeskanzlers über die Festlegung des Publikationsmediums für Bekanntmachungen gemäß dem Bundesvergabegesetz 2006 und dem Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 (Publikationsmedienverordnung 2006) BGBl. II Nr. 300/2006 idF BGBl. II Nr. 111/2012.

Verordnung der Bundesregierung betreffend die Pauschalgebühr für die Inanspruchnahme des Bundesverwaltungsgerichtes in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe – BVwG-PauschGebV Vergabe) BGBl. II Nr. 491/2013.

Verordnung des Bundeskanzlers betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerten – Schwellenwertverordnung 2012 BGBl. II Nr. 95/2012, zuletzt geändert durch BGBl. II Nr. 250/2016.

RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG, ABI 2014 L 94/65.

RL 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch die Auftraggeber im Bereich Wasser- und Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der RL 2004/17/EG, ABI L 94/243.

RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, ABI 2014 L 94/1.

RMRL 89/665/EWG idF RL 2014/23/EU

SektorenRMRL 92/13/EWG idF RL 2014/23/EU.

RL über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABI 1992 L 209/1.

RL über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABI 1977 L 13/1.

RL über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABI 1971 L 185/5.

RL betreffend die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABI 1990 L 297/1.

RL 2009/81/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und

zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG ABI 2009 L 216/76 idF VO (EU) 2015/2340, ABI 2009 L 314/64.

Richtlinie 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 2014/94, 65.

Richtlinie 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 Text von Bedeutung für den EWR, ABI L 2014/94/243.

Internetverzeichnis

<https://www.wko.at/service/wirtschaftsrecht-gewerberecht/vergabeverfahren-rechtschutz.html> [07.02.2018].

Parlamentskorrespondenz Nr. 743 vom 19.06.2017,

https://www.parlament.gv.at/PAKT/PR/JAHR_2017/PK0743/ [08.02.2018].