

# Erster Teil: Einführung

## 1. Kapitel

### Einleitung: Gründe und Herausforderungen für das BVergG 2018

Unmittelbarer Anlass für das neue **Bundesvergabegesetz 2018**<sup>1</sup> ist die (verspätete) Umsetzung des Richtlinienpakets 2014, nämlich der **klassischen Vergabe-RL 2014/24/EU**,<sup>2</sup> der **Sektoren-RL 2014/25/EU**<sup>3</sup> und der neuen **Konzessions-RL 2014/23/EU**.<sup>4</sup> Einzuarbeiten war auch die an sich unmittelbar anwendbare Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 für die **Einheitliche Europäische Eigenerklärung**.<sup>5</sup> **1.1**

Die große **wirtschaftliche Bedeutung**<sup>6</sup> und der gerade in Österreich weit entwickelte **Rechtsschutz** führen dazu, dass Ausschreibungen häufig angefochten wurden und werden. Die Genauigkeit und Hartnäckigkeit, mit der die einzelnen Bestimmungen des Vergaberegimes regelmäßig auf dem Prüfstand stehen, führt zu einer immer differenzierteren und präziseren Judikatur und diese umsetzend zu immer präziseren und detaillierteren Gesetzesbestimmungen. Zur Komplexität trägt zweifelsohne auch bei, dass das Vergaberecht an einer **Schnittstelle** zwischen Zivilrecht (Privatwirtschaftsverwaltung der öffentlichen Hand) und öffentlichem Recht (die handelnden Personen, gerade im Rechtsschutz, haben vielfach eine öffentlich-rechtliche Prägung, entscheiden aber über privatrechtliches Handeln) sowie zwischen Unionsrecht (Grundfreiheiten, EU-Vergaberichtlinien) und nationalem Recht (zB ÖNORM A 2050) liegt. Die Schnittstelle zwischen Bundes- und Landesrecht ist durch das gemeinsame Materiengesetz wesentlich entschärft und nur noch beim Rechtsschutz und bei Zuständigkeitsfragen spürbar. **1.2**

---

1 BGBl I 2018/65, im Folgenden „BVergG“; Paragrafenangaben ohne Angabe eines Gesetzes beziehen sich stets auf das BVergG.

2 RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26. 2. 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG, ABl L 2014/94, 65.

3 RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26. 2. 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der RL 2004/17/EG, ABl L 2014/94, 243.

4 RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26. 2. 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl L 2014/94, 1.

5 Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission v 5. 1. 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ABl L 2016/3, 16.

6 Das Volumen der öffentlichen Aufträge beträgt EU-weit 525 Mrd Euro jährlich, die von öffentlichen Vergabestellen geschlossenen Verträge belaufen sich auf 2.448 Mrd Euro (europarl.europa.eu/factsheets/de/sheet/34/offentliches-auftragswesen, abgerufen am 4. 1. 2023).

- 1.3 Dies ist eine Erklärung dafür, warum die Vergabennormen einerseits immer umfassender werden, um möglichst auf alle sich stellenden Fragen eine klare Antwort zu geben, andererseits das Regime dadurch stetig **komplexer** wird und die Ausschreibungen immer aufwändiger und durch die Vielzahl von Normen auch wieder fehleranfälliger werden.
- 1.4 Eigentlich wäre es ja ganz einfach: der öffentliche Auftraggeber, der keinem Wettbewerb und daher keiner Marktkontrolle ausgesetzt ist, soll durch das Vergaberecht dazu gezwungen werden, **Wettbewerb** zu schaffen, um Beschaffungen zum **besten Preis-/Leistungsverhältnis** zu tätigen, so als ob ein privates Unternehmen eigene Geldmittel einsetzen würde.
- 1.5 Dabei stellt sich regelmäßig die Notwendigkeit **betriebswirtschaftlich rationaler Entscheidungen**, nicht aber **verwaltungsbehördlicher Verhaltensmuster**. Die Komplexität wirtschaftlicher Zusammenhänge würde eine **Flexibilität** und einen Ermessensspielraum erfordern, der, wenn er gewährt wird, in der Praxis leider allzu oft zugunsten protektionistischer Entscheidungen missbraucht wird.
- 1.6 In der Folge stützen sich die Vergabegerichte und -kontrollbehörden in ihren Entscheidungen gerne auf **formale Aspekte** und weichen wichtigen, sich eigentlich stellenden Fragen aus. Diesen Entscheidungen folgend schafft der Gesetzgeber immer neue, im Lichte der Anlassfälle bisweilen durchaus nachvollziehbare Regelungen, die aber die wirtschaftlichen Abläufe verkomplizieren. Oft sind gesetzliche Normen auch das Ergebnis politischer Kompromisse, vielfach auch auf Unionsebene. Keineswegs „passen“ diese Normen auf alle künftigen Sachverhalte, zumal mit einem öffentlich-rechtlichen Normensystem<sup>7</sup> letztlich zivilrechtliches Handeln<sup>8</sup> determiniert werden soll.
- 1.7 Bspw war es früher durchaus üblich, sich als Generalunternehmer erst dann mit den Preisen der **Subunternehmer** auseinanderzusetzen, wenn ein Auftrag gewonnen war. Oft wurde dann vom Generalunternehmer eine eigene Ausschreibung durchgeführt, um die Preise der Subunternehmer zu optimieren und letztlich den gewonnenen Auftrag auch als Generalunternehmer gewinnbringend ausführen zu können.
- 1.8 Mittlerweile verlangt das BVergG<sup>9</sup> – in jenen Fällen, in denen der Subunternehmer die Eignung des Bieters mitbegründet, durchaus zu Recht –, dass nicht nur der Name bzw die Namen der in Frage kommenden Subunternehmer mit Angebotsabgabe feststehen und

---

7 Gem Art 18 Abs 1 B-VG darf die öffentliche Verwaltung nur auf der Grundlage von Gesetzen ausgeübt werden. Das BVergG scheint diesen Grundsatz auch für das privatwirtschaftliche Handeln beim Abschluss von Leistungsverträgen mit der öffentlichen Hand einhalten zu wollen.

8 Im Zivilrecht gilt grundsätzlich Gestaltungsfreiheit und Privatautonomie. Erlaubt ist alles, was keinem Verbot unterliegt. Dadurch können Vertragspartner auf den erkennbaren Willen der Vertragspartner abstellen und auch auf neue Sachverhalte flexibel reagieren und ihre Verträge entsprechend anpassen, ohne auf eine entsprechende gesetzliche Grundlage warten zu müssen.

9 § 127 Abs 1 Z 2 Satz 1 BVergG.

offengelegt werden, sondern dass auch ein **Nachweis** erbracht wird, dass der genannte Subunternehmer im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung steht.<sup>10</sup>

Daher muss nun jeder Auftragnehmer schon vor Angebotslegung mit seinen Subunternehmern konkret Leistungen und Preise verhandeln. Subunternehmer sind aber oft nicht bereit, kompetitive Angebote auszuarbeiten und Preisverhandlungen zu führen, wenn der Auftragnehmer den gegenständlichen Auftrag noch gar nicht fix erlangt hat. Dann könnten sich Subunternehmer nämlich gleich selbst an der Ausschreibung beteiligen. Benennt ein Bieter einen notwendigen Subunternehmer ohne verhandelten Preis, liefert er sich diesem aber aus, weil er ihn im Auftragsfall jedenfalls braucht und daher dann eine schlechte Verhandlungsposition hat. Quasi „virtuelle Ausschreibungen“ (ohne konkrete Auftragsvergabe) aller Bieter mit ihren Subunternehmern erhöhen den Aufwand erheblich und führen keineswegs zu optimalen Ergebnissen. Das Erfordernis, notwendige Subunternehmer mit Angebotsabgabe zu benennen, macht daher eine ordnungsgemäße Angebotslegung wesentlich schwieriger, zeitaufwändiger und teurer. **1.9**

---

10 § 127 Abs 1 Z 2 Satz 1 BVergG; Anlassfall für diese Regelung war ein Erkenntnis des VwGH (24. 9. 2003, 2003/04/0093 ZVB 2004/29 [Gruber]), das im Gesetz rezipiert wurde. Diesem lag der Fall zugrunde, dass sich der Bestbieter unter Vorlage einer Preisliste auf die Leistungsfähigkeit des zweitgereihten Bieters berufen hatte, obwohl dieser gar nicht gewusst hatte, als Subunternehmer benannt worden zu sein und damit natürlich überhaupt nicht einverstanden war, zumal er sich selbst um den Auftrag beworben hatte; aber auch die Judikatur des EuGH (14. 4. 1994, C-389/92, *Ballast Nedam I*, ECLI:EU:C:1994:133, Rn 18, Slg 1994, I-1409; 18. 12. 1997, C-5/97, *Ballast Nedam II*, ECLI:EU:C:1997:636, Rn 14, Slg 1997, I-7549; 2. 12. 1999, C-176/98, *Holst Italia*, ECLI:EU:C:1999:593, Rn 31, Slg 1999, I-8607), wonach die Weitergabe des Auftrags an Subunternehmer nicht beschränkt werden darf, beeinflusste diese gesetzliche Entwicklung.

## 2. Kapitel

# Rechtsquellen des Vergaberechts

**Literatur:** *Grabenwarter/Frank*, Bundes-Verfassungsgesetz und Grundrechte (2020); *Holzer/Kachlyr/Poppe*, Auftraggebereigenschaft von Selbstverwaltungskörpern am Beispiel der Apothekerkammer, ZFG 2021, 52.

### Übersicht

	Rz
I. Unionsrechtliche Grundlagen	2.1
II. Bundesverfassungsrechtliche Grundlagen	2.11
A. Rechtsentwicklung	2.11
B. Öffentliches Auftragswesen	2.14
C. Öffentlicher Auftraggeber	2.17
D. Vergabe von Aufträgen	2.18
E. Angelegenheiten der Nachprüfung	2.21
F. Aufteilung der Zuständigkeiten	2.23
1. Gesetzgebung	2.23
2. Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung	2.29
3. Vollziehung	2.33
4. Gebietskörperschaften	2.34
5. Stiftungen, Fonds und Anstalten	2.35
6. Unternehmungen	2.37
7. Selbstverwaltungskörperschaften	2.39
8. Sonstige Rechtsträger	2.41
9. Gemeinsame Vergabe	2.44

### I. Unionsrechtliche Grundlagen

- 2.1** Das Vergaberecht wird maßgeblich durch das Unionsrecht geprägt. In erster Linie geschieht dies durch spezifische Vorgaben des **Sekundärrechts**, insb Richtlinien; daneben ergeben sich jedoch bereits unmittelbar aus dem **Primärrecht** grundlegende Vorgaben.
- 2.2** Die einschlägigen Bestimmungen des Primärrechts sind insb das allgemeine **Diskriminierungsverbot** gem Art 18 AEUV,<sup>11</sup> welches jede – auch mittelbare – Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet, sowie die **Grundfreiheiten**. Zu den Grundfreiheiten zählen insb die Warenverkehrs-,<sup>12</sup> Niederlassungs-<sup>13</sup> und Dienstleistungsfreiheit,<sup>14</sup> welche Beschränkungen des unionsweiten Handels im Rahmen ihres jeweiligen Anwendungsbereiches verbieten. Ein Verstoß liegt jedoch nicht nur

---

11 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2012/326, 47.

12 Art 34 AEUV.

13 Art 49 AEUV.

14 Art 56 AEUV.

dann vor, wenn eine konkrete Auswirkung auf den Binnenmarkt festgestellt werden kann.<sup>15</sup>

Aus diesen Vorschriften leitet der EuGH allgemeine Grundsätze für Vergaben ab, insb den Grundsatz der Gleichbehandlung, den Transparenzgrundsatz und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Allen voran verstößt die Vergabe ohne Einhaltung jeglicher Transparenz gegen diese Grundsätze.<sup>16</sup> Aber auch für die Gestaltung eines Vergabeverfahrens und seine Durchführung sowie nicht zuletzt für Vertragsänderungen nach Zuschlagserteilung setzen diese Grundsätze der Handlungsfreiheit eines Auftraggebers Grenzen.<sup>17</sup> **2.3**

Diese Grundsätze werden vom EuGH bei Vergaben, die in den (Voll-)Anwendungsbereich einer Richtlinie fallen, va für die Auslegung der Richtlinie herangezogen. Gerade wenn die Richtlinie keine Regelungen enthält, können sich aus dem Primärrecht jedoch zusätzliche Vorgaben ergeben.<sup>18</sup> Bedeutung haben die primärrechtlichen Grundsätze daher insb für Vergaben außerhalb des Anwendungsbereichs von Richtlinien, dh bei Vergaben unterhalb des Schwellenwerts, sowie bei Vergaben, die vom Anwendungsbereich einer Richtlinie ausgenommen sind.<sup>19</sup> **2.4**

Die Anwendbarkeit des Primärrechts und der daraus abgeleiteten Grundsätze setzt voraus, dass an der Vergabe ein eindeutiges **grenzüberschreitendes Interesse** besteht („**Binnenmarktrelevanz**“). Indikatoren dafür sind ua der Wert,<sup>20</sup> der Ort der Durchführung und die technischen Merkmale.<sup>21</sup> Es ist eine Gesamtbetrachtung vorzunehmen, wobei der EuGH grundsätzlich keine strengen Maßstäbe aufstellt.<sup>22</sup> Bei Vergaben, die in den Anwendungsbereich einer Richtlinie fallen und damit auch den jeweiligen Schwellenwert übersteigen, wird das grenzüberschreitende Interesse (stillschweigend) angenommen.<sup>23</sup> **2.5**

15 Es genügt, wenn diese „abschreckende Wirkung“ auf Unternehmen anderer Mitgliedstaaten haben können: EuGH 23. 12. 2009, C-376/08, *Serrantoni*, ECLI:EU:C:2009:808, Rn 41 f mwN.

16 Für viele EuGH 9. 9. 2010, C-64/08, *Engelmann*, ECLI:EU:C:2010:506, Rn 51; 21. 7. 2005, C-231/03, *Coname*, ECLI:EU:C:2005:487, Rn 19.

17 Bspw hinsichtlich der Bekanntgabe bzw Änderung von Zuschlagskriterien und technischen Spezifikationen (für viele: EuGH 5. 4. 2017, C-298/15, *Borta*, ECLI:EU:C:2017:266 mwN; 16. 4. 2015, C-278/14, *Enterprise Focused Solutions*, ECLI:EU:C:2015:228, Rn 27; 24. 11. 2005, C-331/04, *ATI*, ECLI:EU:C:2005:718, Rn 28).

18 Vgl zu den vormaligen nicht prioritären Dienstleistungen: EuGH 13. 11. 2007, C-507/03, *Kommission/Irland*, ECLI:EU:C:2007:676, Rn 29 ff.

19 Der EuGH hat jüngst auch für Inhouse-Vergaben die Anwendbarkeit der primärrechtlichen Grundsätze angedeutet: EuGH 3. 10. 2019, C-285/18, *Kauno miesto*, ECLI:EU:C:2019:829, Rn 61.

20 EuGH 17. 7. 2008, C-347/06, *ASM Brescia*, ECLI:EU:C:2008:416, Rn 62.

21 EuGH verb Rs 15. 5. 2008, C-147/06 und C-148/06, *SECAP und Santorso*, ECLI:EU:C:2008:277, Rn 24; 6. 10. 2016, C-318/15, *Tecnoedi*, ECLI:EU:C:2016:747, Rn 24.

22 Vgl aber zur Zurückweisung eines Vorabentscheidungsersuchens als unzulässig: EuGH 25. 5. 2020, C-643/19, *Resopre*, ECLI:EU:C:2020:388.

23 Das wird aufgrund des erhöhten Schwellenwerts nunmehr auch für besondere Dienstleistungen vertreten werden können (vgl auch EG 114 – 117 Vergabe-RL); anders jedoch zu den vormaligen nicht prioritären Dienstleistungen: EuGH 19. 4. 2018, C-65/17, *Oftalma*, ECLI:EU:C:2018:263, Rn 35 f.

- 2.6** Aus dem Primärrecht ergeben sich darüber hinaus verfahrensrechtliche Vorgaben. So liegt die Gestaltung der Modalitäten von Verwaltungs- und Gerichtsverfahren bei Fehlen einschlägiger Unionsregelungen zwar grundsätzlich in der Autonomie der Mitgliedstaaten, allerdings sind dabei der Grundsatz der **Effektivität** und **Äquivalenz** zu beachten. Die Verfahrensmodalitäten zur Durchsetzung von aus dem Unionsrecht abgeleiteten Rechten dürfen daher nicht weniger günstig ausgestaltet sein als die für entsprechende innerstaatliche Rechtsbehelfe (Grundsatz der Äquivalenz) und sie dürfen die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Grundsatz der Effektivität).<sup>24</sup>
- 2.7** Darüber hinaus ist auf die ebenfalls primärrechtlich verankerte **Grundrechtecharta** zu verweisen. Insb der Gleichheitssatz<sup>25</sup> bzw die Verfahrensgrundrechte für den Rechtsschutz<sup>26</sup> sind aus vergaberechtlicher Sicht hervorzuheben.<sup>27</sup>
- 2.8** Auf sekundärrechtlicher Ebene bestehen unterschiedliche Rechtsakte, die spezifische Vergaben regulieren und für diese konkrete Vorschriften enthalten. In materieller Hinsicht sind die wichtigsten Rechtsquellen **vier Richtlinien**, welche im jeweiligen Mitgliedstaat in nationales Recht umzusetzen sind:
- RL 2014/24/EU<sup>28</sup> (Vergabe-RL; Richtlinie für Auftragsvergaben im „klassischen“ Bereich), umgesetzt im BVergG 2018;
  - RL 2014/25/EU<sup>29</sup> (Sektoren-RL; Richtlinie für Auftragsvergaben Sektorenbereich), umgesetzt im BVergG 2018;
  - RL 2014/23/EU<sup>30</sup> (Konzessions-RL; Richtlinie für Konzessionsvergaben), umgesetzt im BVergGKonz 2018;
  - RL 2009/81/EG<sup>31</sup> (Richtlinie für Auftragsvergaben im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich), umgesetzt im BVergGVS 2012.

24 EuGH verb Rs 14. 7. 2022, C-274/21 und C-275/21, *EPIC Financial Consulting*, ECLI:EU:C:2022:565, Rn 72ff mwN; 6. 10. 2015, C-61/14, *Orizzonte Salute*, ECLI:EU:C:2015:655, Rn 46 mwN.

25 Art 20 GRC.

26 Art 41, 47 GRC.

27 Vgl EuGH 24. 2. 2022, C-532/20, *Alstom Transport SA*, ECLI:EU:C:2022:128, Rn 31 f, ZVB 2022/49 (Bittner); 21. 12. 2021, C-497/20, *Randstad Italia*, ECLI:EU:C:2021:1037, Rn 79 ff; 14. 2. 2019, C-54/18, *Cooperativa Animazione Valdocco*, ECLI:EU:C:2019:118, Rn 33 mwN.

28 RL 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26. 2. 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG, ABl L 2014/94, 65.

29 RL 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26. 2. 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der RL 2004/17/EG, ABl L 2014/94, 243.

30 RL 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v 26. 2. 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl L 2014/94, 1.

31 RL 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v 13. 7. 2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der RL 2004/17/EG und 2004/18/EG, ABl L 2009/216, 76.

Einzelne Bereiche werden gesondert geregelt, wie bspw Personenverkehrsdienste auf der Schiene;<sup>32</sup> auch Vergaben von EU-Institutionen unterliegen besonderen Regelungen.<sup>33</sup>

Der Rechtsschutz für Aufträge und Konzessionen wird im „klassischen“ Bereich durch die RL 89/665/EWG (Rechtsmittel-RL)<sup>34</sup> geregelt, im Sektorenbereich durch die Richtlinie 92/13/EWG (Sektorenmittel-RL).<sup>35</sup> Umgesetzt wurden diese Richtlinien in den genannten bundesgesetzlichen Vorschriften sowie in den jeweiligen Vergaberechtschutzgesetzen der Bundesländer.

Bei der Umsetzung der Richtlinien kommt den nationalen Gesetzgebern ein Spielraum zu.<sup>36</sup> Der österreichische Bundesgesetzgeber hat sich über weite Teile eng an die Bestimmungen der Richtlinien angelehnt (Stichwort: kein „gold-plating“). Bspw die Ausschlussgründe wurden hingegen in der strengsten Form als verpflichtende Ausschlussgründe umgesetzt.<sup>37</sup>

Das Unionsrecht allgemein und die Richtlinien im Besonderen bilden die Grundlage des österreichischen Vergaberechts. Sie entfalten in der Praxis primär Bedeutung bei der Auslegung der nationalen Bestimmungen (**Prinzip der unionsrechtskonformen Interpretation**).<sup>38</sup> Die österreichischen Bestimmungen sind daher so auszulegen, dass sie im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorschriften stehen. Für Begriffe, die aus dem Unionsrecht übernommen wurden, bedeutet das konkret, dass sie nicht nach österreichischem Rechtsverständnis, sondern autonom und unionsweit einheitlich auszulegen sind.<sup>39</sup> Besteht hingegen kein Spielraum bei der Auslegung einer nationalen Bestimmung, ist eine unionsrechtskonforme Interpretation nicht möglich. Diese Bestimmung darf daher – wenn bzw insoweit sie mit dem Unionsrecht unvereinbar ist – nicht angewandt werden (**Anwendungsvorrang** des Unionsrechts).<sup>40</sup>

32 VO (EG) 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates v 23. 10. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der VO (EWG) 1191/69 und (EWG) 1107/70 des Rates, ABl L 2007/315, 1 („PSO-VO“).

33 VO (EU, Euratom) 2018/1046 des Europäischen Parlaments und des Rates v 18. 7. 2018 über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Union, ABl L 2018/193, 1.

34 RL 89/665/EWG des Rates v 21. 12. 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl L 1989/395, 33.

35 RL 92/13/EWG des Rates v 25. 2. 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl L 1992/76, 14.

36 Das gilt nicht bei jenen Bestimmungen, die als vollharmonisierend eingeordnet werden. Welche Bestimmungen dazu zählen, ist allerdings strittig. Vertreten wird insb, dass im klassischen Bereich der Kreis der Verfahrensarten abschließend ist und Mitgliedstaaten im Anwendungsbebereich der Richtlinien keine zusätzlichen Verfahrensarten vorsehen können: SA GA *Trstenjak* C-160/08, *Kommission/Deutschland*, ECLI:EU:C:2010:67, Rn 102, FN 43.

37 Art 57 Abs 4 Vergabe-RL.

38 VwGH 30. 4. 2019, Ro 2016/04/0053.

39 VwGH 29. 6. 2017, Ro 2017/04/0005; 10. 12. 2009, 2005/04/0201; 12. 12. 2007, 2006/04/0179.

40 VwGH 28. 1. 2004, 2003/04/0134.

- 2.10** Besondere Bedeutung erlangten die Richtlinien bis zum Inkrafttreten des BVergG 2018 und des BVergGKonz 2018 insofern, als einzelnen Bestimmungen dieser Richtlinien mangels rechtzeitiger Umsetzung im nationalen Recht **unmittelbare Wirkung** zuerkannt wurde.<sup>41</sup> Damit konnten sich Rechtsunterworfenen auf die jeweilige Bestimmung der Richtlinie unmittelbar berufen, ohne dass eine entsprechende innerstaatliche Umsetzungsbestimmung bestand.<sup>42</sup>

## II. Bundesverfassungsrechtliche Grundlagen

### A. Rechtsentwicklung

- 2.11** Bis zur Einführung des Art 14b B-VG bestanden **keine Kompetenzregelungen** im Bereich des öffentlichen Auftragswesens. Der VfGH ging vom Verständnis aus, dass dem Bundesgesetzgeber nur die Kompetenz zur Regelung der Vergabe öffentlicher Aufträge im Bundesbereich und in der Sozialversicherung zukomme, während die Regelung des Vergabeverfahrens der Länder und Gemeinden Sache der Landesgesetzgebung sei.<sup>43</sup> Entsprechend diesem Verständnis bestanden neben dem Bundesgesetz neun Landesgesetze, die das materielle Vergaberecht und den Rechtsschutz regeln.<sup>44</sup>
- 2.12** Gleichzeitig mit der Erlassung des BVergG 2002 erfolgte eine **umfassende kompetenzrechtliche Regelung** des Vergaberechts im B-VG.<sup>45</sup> Weitere verfassungsrechtliche Änderungen in diesem Bereich erfolgten durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012.<sup>46</sup>
- 2.13** Art 14b B-VG regelt die Gesetzgebung und Vollziehung in den **Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens**. Die Bestimmung steht außerhalb der allgemeinen Kompetenznormen (Art 10 bis 12 und 15 B-VG), weil in dieser Regelungsmaterie in Gesetzgebung und Vollziehung zwischen dem Bundes- und Landesbereich unterschieden wird.<sup>47</sup> Eine Besonderheit besteht darin, dass bei der Gesetzgebungs- und Vollziehungskompetenz an Merkmale des Normunterworfenen (des Auftraggebers) angeknüpft wird.

### B. Öffentliches Auftragswesen

- 2.14** Die zentralen Begriffe in Art 14b B-VG sind das „**öffentliche Auftragswesen**“, die „**Vergabe von Aufträgen**“ und die „**Angelegenheiten der Nachprüfung**“. Die Begriffe werden im Kompetenzartikel selbst nicht definiert. Sie sind nach der stRsp des VfGH zur Auslegung im Bereich der Kompetenzartikel im Sinne der **Versteinerungstheorie**<sup>48</sup> nach dem vom Verfassungsgesetzgeber vorgefundenen Wesens- und Begriffsinhalt auszule-

41 VwGH 26. 6. 2019, Ra 2018/04/0161.

42 EuGH 7. 7. 2016, C-46/15, *Ambisig*, ECLI:EU:C:2016:530, Rn 16 ff mwN (zur RL 2004/18/EG, ABl L 2004/134, 114, der Vorgängerrichtlinie der Vergabe-RL).

43 VfSlg 15.286/1998.

44 Näher *Denk/Müller in Korinek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/2 Art 14b B-VG Rz 17.

45 Art I BG BGBl I 2002/99.

46 BGBl I 2012/51.

47 Durchaus vergleichbar mit Art 14 und 14a B-VG.

48 *Reisner in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer*, BVergG 2018 § 327 Rz 4.



gen.<sup>49</sup> Im Hinblick auf die gleichzeitige Erlassung des BVergG 2002 kommt daher diesem Gesetz und der mit ihm umgesetzten unionsrechtlichen Vergabe-RL besondere Bedeutung zu.

Nach den Materialien ist der Begriff des öffentlichen Auftragswesens dem **Unionsrecht** 2.15 entlehnt. Dabei soll es sich um einen **offenen Begriff** handeln, der nicht nur zur Umsetzung des zum Zeitpunkt der Erlassung des Kompetenzartikels geltenden Unionsrechts, sondern auch zur innerstaatlichen Umsetzung künftiger Rechtsakte der Union dient.<sup>50</sup> Man wird dies einschränkend als eine **intrasystematische Fortentwicklungsmöglichkeit**<sup>51</sup> zu verstehen haben,<sup>52</sup> wie etwa die im EU-Sekundärrecht im Jahr 2002 noch nicht geregelten Dienstleistungskonzessionen.<sup>53</sup> Der Begriff des öffentlichen Auftragswesens darf jedenfalls nicht weiter gezogen werden als dies durch das Vergaberecht der Union vorgegeben ist.<sup>54</sup>

Das öffentliche Auftragswesen umfasst das **staatspezifische Sonderzivilrecht** betreffend 2.16 das Verhältnis und den Privatrechtsverkehr zwischen staatlichen und staatsnahen Rechtsträgern und Dritten, einschließlich der Vertragsanbahnung sowie flankierende Regelungen, etwa Bekanntmachungspflichten und statistische Verpflichtungen. Im Kern geht es um die **Regelung des Beschaffungsvorgangs und dessen Nachprüfung**. Das ist im Wesentlichen die Durchführung des Vergabeverfahrens und aller damit in einem inhaltlichen Zusammenhang stehenden Regelungen.<sup>55</sup> Nicht umfasst sind „klassische“ zivilrechtliche Bestimmungen, etwa die Schadenersatzansprüche oder Kündigungsrechte im 5. Teil des BVergG 2018,<sup>56</sup> und die Regelungen über die Rechtsfähigkeit, die Vertretung und die interne Willensbildung der Gebietskörperschaften.<sup>57</sup>

### C. Öffentlicher Auftraggeber

Art 14b B-VG verwendet im Unterschied zum BVergG 2018 den Begriff des **öffentlichen Auftraggebers** nicht. Dennoch liegt ihm ein vergleichbares **Begriffsverständnis**, das jenem des **BVergG 2002** entspricht, zu Grunde. Wer als öffentlicher Auftraggeber gilt, ist für die Auslegung der Auffangbestimmung des Art 14b Abs 2 Z 1 lit g B-VG wichtig, in der „nicht genannte Rechtsträger“ angeführt sind. Die Erlassung gesetzlicher Regelungen der Vergabe durch diese vom Staat nicht beherrschten Auftraggeber ist auf der Grundlage des Art 14b B-VG nicht grenzenlos, sondern im Wesentlichen nur in jenen zwei Fällen zulässig, die bereits im Zeitpunkt der Erlassung der Kompetenznorm geregelt waren: Es

49 Vgl etwa VfSlg 20.359/2019.

50 AB 1118 BlgNR 21. GP 9.

51 Vgl etwa VfSlg 20.262/2018.

52 Keine „Blankovollmacht“: *Denk/Müller in Korinek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/2 Art 14b B-VG Rz 27.

53 VfSlg 20.203/2018.

54 VwGH 29. 6. 2017, Ro 2017/04/0005.

55 *Denk/Müller in Korinek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/2 Art 14b B-VG Rz 43.

56 *Denk/Müller in Korinek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/2 Art 14b B-VG Rz 29.

57 AB 1118 BlgNR 21. GP 9.

handelt sich dabei um die privaten Sektorenauftraggeber<sup>58</sup> und Auftraggeber, die von der öffentlichen Hand überwiegend finanziert und gefördert werden.<sup>59</sup>

### D. Vergabe von Aufträgen

- 2.18** Die Vergabe von **Aufträgen** hat eine prozessuale und eine inhaltliche Seite. Mit der Vergabe ist das im Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftragswesen erläuterte **Vergabeverfahren** gemeint. Aufträge beziehen sich auf den Beschaffungsgegenstand. ISd Versteigerungstheorie lässt sich der Begriffsinhalt aus dem BVergG 2002 gewinnen: die Beschaffung von **Leistungen** in der Form von **Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, Bau- und Dienstleistungskonzessionen** und die **Durchführung von Wettbewerben**.<sup>60</sup> In intrasystematischer Fortentwicklung fallen darunter wohl auch die erst später eingeführten Instrumente wie Rahmenvereinbarungen und die Einrichtung und der Betrieb eines dynamischen Beschaffungssystems, auch wenn damit noch nicht unmittelbar eine Leistung beauftragt wird.<sup>61</sup>
- 2.19** **Veräußerungsgeschäfte** fallen mE nicht unter den Begriff des Auftrages.<sup>62</sup> Dagegen spricht schon der Wortlaut, auch wenn Veräußerungsvorgänge im Anwendungsbereich des Unionsrechts durchaus Parallelen zum Vergabeverfahren aufweisen (müssen).<sup>63</sup> Unter dem Blickwinkel der verfassungsrechtlichen Kompetenzverteilung ist jedoch entscheidend, ob bei Veräußerungsgeschäften das Ausschreibungsverfahren und dessen Nachprüfung in die zwischen Bund und Ländern geteilte Zuständigkeit iSd Art 14 b B-VG fällt. Das ist mE nicht der Fall, weil im Zeitpunkt der Erlassung dieser Kompetenzbestimmung (reine) Veräußerungsgeschäfte nicht vom unionsrechtlichen Vergaberegime erfasst waren.<sup>64</sup>
- 2.20** Ebensowenig fällt die Vergabe von **Beihilfen** unter den Begriff des Auftrages,<sup>65</sup> ist für diesen doch charakteristisch, dass der öffentliche Auftraggeber eine Leistung für eine Gegenleistung erhält, wobei die erbrachte Leistung ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse für den öffentlichen Auftraggeber bedeuten muss.<sup>66</sup>

58 § 169 BVergG (entspricht § 7 Abs 2 BVergG 2002).

59 § 4 Abs 2 und 3 BVergG (entspricht § 8 BVergG 2002); vgl auch *Denk* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, BVergG 2006<sup>2</sup> Art 14b Rz 24.

60 § 1 BVergG 2002.

61 IdS *Denk/Müller* in *Korinek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/2 Art 14b B-VG Rz 41.

62 Zu den unterschiedlichen Meinungen im Schrifttum vgl *Denk/Müller* in *Korinek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht I/2 Art 14b B-VG Rz 42 mwN.

63 Vgl zum wettbewerblichen Ausschreibungsverfahren Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl C 2016/262, 1, Rz 89 ff, insb Rz 93.

64 Siehe VwGH 22. 4. 2015, Ro 2014/04/0059 zum Anwendungsbereich des BVergG 2006 unter Bezugnahme auf das unionsrechtliche Vergaberegime. Anderes gilt bei gemischten Verträgen; vgl EuGH verb Rs 6. 5. 2010, C-145/08 und C-149/08, *Club Hotel Loutraki AE*, ECLI:EU:C:2010:247.

65 *Katary/Breitenfeld/Ertl* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> Rz 239 ff.

66 VwGH 22. 4. 2015, Ro 2014/04/0059; auch bei der Vergabe von Förderungen gelten wesentliche im Vergaberecht etablierte Grundsätze, insb die Gleichbehandlung von Förderungswerber (RIS-Justiz RS0038110).