

# 1. Teil

---

## Regelungsgegenstand und Begriffsbestimmungen

### Regelungsgegenstand

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt insbesondere

1. die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie die Durchführung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber und die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden (2. Teil),
2. die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im Sektorenbereich, das sind die Vergabe von Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträgen durch Sektorenauftraggeber sowie die Durchführung von Wettbewerben durch Sektorenauftraggeber (3. Teil),
3. den Rechtsschutz im Zusammenhang mit Vergabeverfahren im Sinne der Z 1 und 2, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (4. Teil), sowie
4. die Vorgangsweise im Zusammenhang mit der außerstaatlichen Kontrolle von Vergabeverfahren und der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit von Auftraggebern und zuständigen Stellen sowie bestimmte zivilrechtliche Konsequenzen (5. Teil).

### Erläuterungen:

Die Bestimmung enthält eine allgemeine und programmatische Umschreibung des Geltungsbereiches des BVergG 2018. Der Begriff „Vergabeverfahren“ im Sinne des § 1 Z 1 und 2 umfasst alle Vorgänge (Ver-

fahren) zur Beschaffung von Leistungen. Er ist insoweit funktional und im Einklang mit dem Unionsrecht auszulegen, als er – falls der Vorgang aus mehreren Schritten bestehen sollte – in seiner Gesamtheit und unter Berücksichtigung seiner Ziele zu prüfen ist (vgl. Rs C-29/04, *Kommission gegen Österreich*, Rs C-51/15, *Remondis*): dient er dem Erwerb einer Leistung (vgl. Art. 1 Abs. 2 der RL 2014/24/EU), so handelt es sich um einen Beschaffungsvorgang, der den Richtlinien und dem BVerG unterliegt. Der Begriff des „Erwerbes“ einer Leistung ist nach EG 4 der RL 2014/24/EU in einem weiten Sinn zu verstehen als Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen und setzt nicht unbedingt den Eigentumsübergang auf den Auftraggeber voraus. Der Begriff „Vergabeverfahren“ stellt einen Überbegriff für die in der Aufzählung enthaltenen Beschaffungsvorgänge dar und wird in weiterer Folge im Gesetz auch mit dieser Bedeutung verwendet.

In Verbindung mit den Bestimmungen der §§ 5 bis 7 folgt aus dem bisher Gesagten, dass im Kontext der „Auftragsvergabe“ nur synallagmatische Vertragsverhältnisse den Regelungsgegenstand des Gesetzes bilden (vgl. dazu auch EuGH Rs C-410/14, *Falk Pharma*, Rs C-51/15, *Remondis*, und die Ausführungen zu den §§ 5 bis 7). Andere (alternative) Formen öffentlicher Aufgabenerfüllungen wie etwa durch einseitige Rechtsverhältnisse (vgl. dazu etwa Rs C-295/05, *Asemfo gegen Tragsa*), durch die Beleihung mit der Durchführung von Leistungen im Wege von Gesetzen oder sonstigen Hoheitsakten (vgl. VfSlg 14.473/1996, Verwaltungsgerichtshof [VwGH] vom 13. September 2016, Ro 2014/03/0062 und EG 5 der RL 2014/24/EU), durch die „Betrattung“ mit der Durchführung bestimmter Leistungen im Wege von Akten der Gerichtsbarkeit (zB Gerichtsbeschlüsse, vgl. § 351 ZPO) oder durch Zuständigkeitsübertragungen innerhalb der öffentlichen Verwaltung (vgl. Rs C-51/15, *Remondis*) fallen daher ebenso wenig in den Anwendungsbereich des Gesetzes wie Veräußerungen durch Auftraggeber (vgl. dazu Rs C-145/08, *Loutraki*, und Rs C-451/08, *Helmut Müller*) oder (rein einseitige) Förderzusagen oder andere Formen der reinen Finanzierung (vgl. dazu „Förderverträge“, die fiskalische Anreize zur Setzung eines gewünschten Verhaltens darstellen und bei denen sich die Verpflichtung auf Seiten des Förderungsempfängers typischerweise auf die Vorlage bestimmter Urkunden und die Rückzahlung der Förderung im Fall der Nicht-Setzung des geförderten Verhaltens beschränkt wie etwa eine Förderung zum Einbau alternativer Heizungen oder von Stromgewinnungsanlagen bei Eigen-

heimen; vgl. dazu EG 4 der RL 2014/24/EU). Ferner umfasst das Konzept der „Auftragsvergabe“ auch nicht jene Fälle, in denen alle Unternehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe bzw. zur Erbringung einer bestimmten Leistung — ohne irgendeine Selektivität — berechtigt sind, wie beispielsweise bei einer Auswahl durch den Kunden- und bei Dienstleistungsgutschein-systemen; diese sind als einfache Zulassungssysteme zu qualifizieren (siehe EG 4 der RL 2014/24/EU und EuGH Rs C-410/14, *Falk Pharma*).

Unter Zuständigkeitsübertragungen innerhalb der öffentlichen Verwaltung versteht der EuGH insbesondere behördlich angeordnete Kompetenzverlagerungen oder freiwillige Kompetenzübertragungen zwischen öffentlichen Stellen, die zur Folge haben, dass eine zuvor zuständige Stelle von ihrer Pflicht zur Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe entlastet wird bzw. ihr Recht darauf verliert oder sich selbst davon entlastet bzw. darauf verzichtet, während fortan einer anderen Stelle diese Pflicht obliegt und dieses Recht zusteht (vgl. Rs C-51/15, *Remondis*). Eine derartige Zuständigkeitsübertragung schließt nicht aus, dass sie in der Zukunft wieder rückgängig gemacht werden oder an andere öffentliche Stellen weiter übertragen werden kann. Notwendige Voraussetzung ist, dass durch eine Zuständigkeitsübertragung nicht nur die mit der übertragenen Kompetenz verbundenen Zuständigkeiten, u.a. die Verpflichtung, den mit dieser Kompetenz verbundenen Aufgaben nachzukommen, sondern auch die damit einhergehenden Befugnisse übertragen werden. Hierfür ist es erforderlich, dass die öffentliche Stelle, der eine Kompetenz übertragen wird, befugt ist, die Erfüllung der sich aus dieser Kompetenz ergebenden Aufgaben zu organisieren und den diese Aufgaben betreffenden rechtlichen Rahmen zu schaffen. Weiter muss sie über eine finanzielle Unabhängigkeit verfügen, die es ihr erlaubt, die Finanzierung dieser Aufgaben sicherzustellen. Dies ist nach der Rechtsprechung nicht der Fall, wenn die ursprünglich zuständige Stelle die Hauptverantwortung für diese Aufgaben behält, sich die finanzielle Kontrolle über diese Aufgaben (bzw. deren Erfüllung) vorbehält oder den Entscheidungen, die die von ihr hinzugezogene Einrichtung treffen möchte, vorab zustimmen muss. Die (nunmehr zuständige) Stelle muss daher von ihrer neuen Zuständigkeit selbständig und eigenverantwortlich Gebrauch machen können (vgl. dazu Rs C-51/15, *Remondis*). Dies schließt nicht aus, dass die bisher zuständige Stelle noch ein gewisses Überwachungsrecht hinsichtlich der übertragenen Aufgabe behält, sofern jede Einmischung in

die konkreten Modalitäten der Aufgabenerfüllung durch die nunmehr zuständige Stelle ausgeschlossen ist.

Art. 1 Abs. 2 der RL 2014/24/EU definiert idS den Anwendungsbereich der RL wie folgt: *„Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, unabhängig davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen öffentlichen Zweck bestimmt sind oder nicht.“* Deswegen werden *„Vereinbarungen, Beschlüsse oder andere Rechtsinstrumente, die die Übertragung von Befugnissen und Zuständigkeiten für die Ausführung öffentlicher Aufgaben zwischen öffentlichen Auftraggebern oder Gruppen von öffentlichen Auftraggebern regeln und die keine Vergütung für vertragliche Leistungen vorsehen, ... als Angelegenheit der internen Organisation des betreffenden Mitgliedstaats betrachtet und als solche nicht von dieser Richtlinie berührt“* (so Art. 1 Abs. 6 der RL).

Durch das Wort „insbesondere“ in der Einleitung zu § 1 wird zum Ausdruck gebracht, dass die Umschreibung des Regelungsgegenstandes in den nachfolgenden Z 1 bis 4 nicht abschließend ist (vgl. etwa die Regelung des § 4 Abs. 3). Auch ergibt sich aus der Aufzählung nicht, dass alle darin genannten Verfahren in gleicher Weise bzw. gleichermaßen dem BVerG unterliegen. Durch die Unterteilung in vier Ziffern sollen die vier wesentlichen Teile (so genannter klassischer Teil, Sektorenteil, Rechtsschutzteil, Außerstaatliche Kontrolle und zivilrechtliche Bestimmungen) klar erkennbar sein.

Da das BVerG – neben den Bestimmungen des BVerGVS und des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (BVerGKonz) – explizit der umfassenden Umsetzung der VergabeRL der Union dient (und deswegen auch gemäß dem Verfahren des Art. 14b B-VG zu beschließen ist), unterliegen alle Sachverhalte, die als Leistungsvergaben gemäß § 1 zu qualifizieren sind, ausschließlich den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes; für (verfassungskonforme) Spezialregelungen außerhalb dieses Bundesgesetzes besteht sohin kein Raum.

*Anmerkung:* Zur vergaberechtlichen Qualifikation von Zulassungssystemen vgl. auch EuGH Rs C-9/17, Maria Tirkkonen.