

**Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen
Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018**

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).

Inhaltsübersicht

I.	Kommentierung	1–8
	A. Allgemeines	1–8
II.	Judikatur	9–37
	A. Judikatur des EuGH	9–21
	B. Judikatur der nationalen Gerichte	22–37
	1. VfGH	22–23
	2. VwGH	24–29
	3. OGH	30
	4. BVwG	31–32
	5. BVA	33–37

I. Kommentierung

A. Allgemeines

- 1 § 1 BVergG 2018 umschreibt in allgemeiner Weise den Geltungsbereich des BVergG 2018. Das Wort „insbesondere“ soll verdeutlichen, dass die Aufzählung in Z 1 bis 4 bloß demonstrativ ist und daher auch dort nicht genannte Sachverhalte mitunter dem BVergG 2018 unterliegen.¹
- 2 Gemäß Z 1 und 2 unterliegen „*die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren)*“ dem BVergG 2018.² Der dort benützte Begriff „**Vergabeverfahren**“ umschreibt allgemein Vorgänge, welche zur Beschaffung von Leistungen durchgeführt werden. Der Begriff ist dabei **funktional** auszulegen.³ Demgemäß ist etwa ein Beschaffungsvorgang, welcher in mehreren Schritten erfolgt, „*unter Berücksichtigung der Gesamtheit dieser Schritte sowie ihrer Zielsetzung zu prüfen*“.⁴
- 3 Ein „**Erwerb**“ von Leistungen ist dabei bloß in einem **weiten Sinne** erforderlich: So ist allgemein darauf abzustellen, dass der Nutzen von Leistungen – also Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen – erlangt wird. Ein Erwerb von **Eigentum** durch den Auftraggeber ist hingegen nicht zwingend erforderlich.⁵
- 4 Grundsätzlich unterfallen nur **entgeltliche Verträge** dem BVergG 2018.⁶ Dieses Entgeltlichkeitsgebot ist allerdings ebenfalls **weit auszulegen** und umfasst neben Geld auch alle bewertbaren Gegenleistungen wie etwa die Einräumung von geldwerten Rechten.⁷ Dabei schadet es auch nicht, wenn

1 Siehe EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 5 mit Verweis auf die in § 4 Abs 3 BVergG 2018 umschreibenden Konstellationen.

2 Siehe zu diesem und den folgenden Punkten auch die Ausführung vor §§ 5–7 BVergG 2018.

3 Siehe EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 5.

4 Siehe EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04 (Kommission/Österreich) Rz 41; vgl auch EuGH 21.12.2016, Rs C-51/15 (Remondis) Rz 37.

5 Siehe EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 5; siehe auch den 4. Erwägungsgrund der Vergabe-RL 2014/24/EU.

6 Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 386 mwN.

7 Vgl EuGH 18.11.2004, Rs C-126/03 (Heizkraftwerk München); vgl auch den SA von GA Kokott zur Rs C-220/05 (Jean Aurox) Rz 57: „*Entgeltlich ist ein Vertrag immer dann, wenn der öffentliche Auftraggeber für die vom Unternehmer zu erbringenden Leistungen eine Gegenleistung schuldet. Gemäß der Zielsetzung*

sich das Entgelt nicht im Vorhinein bestimmen lässt, sondern etwa eine Entlohnung in Form einer nach Quoten berechneten jährlichen Vergütung vorgesehen ist.⁸ Außerdem können auch **Zahlungen von Dritten** sowie **Verträge zugunsten Dritter** den Entgeltlichkeitsbegriff erfüllen.⁹ Sogenannte „Direktverrechnungsverträge“¹⁰ oder die Vergabe von Kas senplanstellen an Ärzte unterfallen hingegen nicht dem BVergG 2018.¹¹

Erfolgt die Beschaffung nicht im Wege eines entgeltlichen Vertrages, sondern durch **Gesetz** oder **Verordnung** bzw per **individuellem Hoheitsakt** (zB Bescheid), unterliegt dieser Beschaffungsvorgang ebenfalls nicht dem Vergaberecht.¹² Dasselbe gilt für die bloße Übertragung von Zuständigkeiten bzw Befugnissen innerhalb der staatlichen Verwaltung.¹³ Allerdings spielt es keine Rolle, ob ein „privatrechtlicher“ oder ein sogenannter „öffentlich-rechtlicher“ Vertrag abgeschlossen wird.¹⁴

Veräußerungsvorgänge¹⁵ oder **Zusagen von Förderungen**¹⁶ sind nicht dem BVergG 2018 unterworfen. Dementsprechend unterliegen insbesondere Grundstücksveräußerungen grundsätzlich nicht dem Vergaberecht. Anderes gilt uU, wenn unmittelbare wirtschaftliche Interessen der öffentlichen Hand bezüglich eines (zu errichtenden) Bauwerks auf dem veräu-

der Richtlinie 93/37, [...] ist der Begriff der Entgeltlichkeit weit auszulegen. Er umfasst nicht nur Gegenleistungen in Geld, sondern auch jegliche Art von Verpflichtung, die der öffentliche Auftraggeber im Gegenzug für die Ausführung des Bauauftrags eingeht, beispielsweise die Zusage konkreter Beiträge zur Finanzierung des Projekts oder zur Deckung etwaiger Verluste bei dessen Durchführung.“

8 Vgl EuGH 26.4.1994, Rs C-272/91 (Lottomatica).

9 Siehe *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 351, 388 mwN.

10 VfGH 25.11.2002, B46/00 (zur Direktverrechnung zwischen einer Gebietskrankenkasse und einem Rettungs- und Transportunternehmen).

11 Vgl VfGH 30.11.2004, B1278/02 = ZVB 2005, 248 (mit Anm *Denk*) = RPA 2005, 96 (mit Anm *Hörl*).

12 Siehe EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 5; *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 350 mwN.

13 Siehe EuGH 21.12.2016, Rs 51/15 (Remondis); siehe ausführlich dazu auch EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 6; siehe auch Art 1 Abs 6 Vergabe-RL 2014/24/EU.

14 EuGH 12.7.2001, Rs C-399/98 (Teatro alla Bicocca) = RPA 2001, 162 und EuGH 18.1.2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux) Rz 47 = RPA 2007.

15 Siehe EuGH 6.5.2010, C-145/08 (Loutraki); EuGH 25.3.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller).

16 Vgl 4. Erwägungsgrund der Vergabe-RL 2014/24/EU; das gleiche gilt auch für die dort erwähnte „Auswahl durch den Kunden- und bei Dienstleistungsgutschein-systemen“.

ßerten Grundstück bestehen, etwa im Fall einer (Teil-)Finanzierung oder (Teil-)Risikoübernahme bei Errichtung bzw Betrieb: Diesfalls unterliegt der Gesamtvorgang der Ausschreibungspflicht.¹⁷

- 7 Die Vergabe-RL 2014/24/EU sowie die Sektoren-RL 2014/25/EU definieren öffentliche Aufträge ausdrücklich als „**schriftlich geschlossene**“ Verträge“.¹⁸ Eine Umgehung der zwingenden vergaberechtlichen Bestimmungen durch Abschluss mündlicher Verträge ist allerdings unzulässig.¹⁹
- 8 Anzumerken ist, dass einige bisher nicht ausdrücklich positivierte Regelungen, welche iZm § 1 BVergG 2006 behandelt wurden, nunmehr in eigenen Bestimmungen geregelt sind (vgl etwa die **Abgrenzungsregelungen** gemäß § 3 BVergG, **Verwaltungskooperationen** gemäß § 10 Abs 3 BVergG 2018 sowie **Vertragsänderungen** gemäß § 365 BVergG 2018).

II. Judikatur

A. Judikatur des EuGH

- 9 EuGH 26.4.1994, Rs C-272/91 (Lottomatica)
Entgegen dem Vorbringen der italienischen Regierung spielt es keine Rolle, dass der „Preis“ für die gegenständliche Lieferung in einer jährlichen Vergütung besteht, die sich proportional zum Volumen der Einnahmen verhält.
- 10 EuGH 12.7.2001, Rs C-399/98 (Teatro alla Bicocca)
Die Beklagte und die Streithelferinnen des Ausgangsverfahrens führen aus, dass [...] das Tatbestandsmerkmal eines Vertrages nicht gegeben sei. Der Erschließungsvertrag sei nämlich ein **öffentlich-rechtlicher Vertrag**, der die Ausübung hoheitlicher Gewalt einschließe und nicht der Privatautonomie unterliege, weshalb von einem „Vertrag“ im Sinne der Richtlinie nicht gesprochen werden könne. [...] Dass sich die nationalen Rechts-

17 *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 354 mwN.

18 Siehe Art 2 Abs 1 Z 5 Vergabe-RL 2014/24/EU und Art 2 Z 1 Sektoren-RL 2014/25/EU; siehe auch EBRV 69 BlgNR XXVI. GP 27.

19 Vgl *Aicher* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006³ (2013) § 133 Rz 18; *Heid* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 389; *Keschmann* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht⁴ (2015) Rz 1718; *Ullreich/Reisinger*, „Wer schreibt, der bleibt“ – Zur Schriftlichkeit des Vertragsabschlusses als Voraussetzung für Feststellungsverfahren, RPA 2017, 151.

vorschriften über die unmittelbare Erstellung von Erschließungsanlagen in einen städtebaurechtlichen Regelungszusammenhang mit besonderen Merkmalen und einem spezifischen, gegenüber der Richtlinie unterschiedlichen Zweck einfügen, genügt jedoch nicht, um die unmittelbare Erstellung der Anlagen dem Anwendungsbereich der Richtlinie zu entziehen, wenn deren Tatbestandsmerkmale erfüllt sind.

- EuGH 18. 11. 2004, Rs C-126/03 (Heizkraftwerk München) **11**
Die **Verwendung von öffentlichen Mitteln** ist kein konstitutives Element für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags.
- EuGH 10. 11. 2005, Rs C-29/04 (Kommission/Österreich) **12**
Damit steht fest, dass es sich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag handelt, der über eine **mehrere gesonderte Schritte** umfassende **künstliche Konstruktion**, nämlich die Gründung der AbfallGmbH, den Abschluss der Entsorgungsvereinbarung mit ihr und die Abtretung von 49 % ihrer Anteile an die Saubermacher AG, an ein gemischtwirtschaftliches Unternehmen vergeben wurde, an dem ein privates Unternehmen 49 % der Anteile hält. Die Vergabe dieses Auftrags ist daher unter Berücksichtigung der **Gesamtheit dieser Schritte** sowie ihrer **Zielsetzung** zu prüfen und nicht anhand ihrer rein zeitlichen Abfolge, wie dies die österreichische Regierung vorschlägt.
- EuGH 18. 1. 2007, Rs C-220/05 (Jean Auroux) **13**
Eine Vereinbarung, nach der ein erster öffentlicher Auftraggeber einem zweiten öffentlichen Auftraggeber die **Errichtung eines Bauwerks** überträgt, stellt einen öffentlichen Bauauftrag im Sinne von Art 1 lit a der Richtlinie dar, unabhängig davon, ob vorgesehen ist, dass der erste öffentliche Auftraggeber **Eigentümer** des gesamten Bauwerks oder eines Teils davon ist oder wird.
- EuGH 18. 12. 2007, Rs C-220/06 (Asociación Profesional de Empresas) **14**
Nur dann, wenn die zwischen Correos und dem Ministerium geschlossene Vereinbarung in Wirklichkeit ein **einseitiger Verwaltungsakt** wäre, der Verpflichtungen allein für Correos vorsähe und der deutlich von den normalen Bedingungen des kommerziellen Angebots dieser Gesellschaft abwicke [...] wäre zu schließen, dass kein Vertrag besteht und dass daher die Richtlinie 92/50 keine Anwendung finden kann.
- EuGH 21. 1. 2010, Rs C-17/09 (Kommission/Deutschland) **15**
Zwar bedeuten [...] die Besonderheit der **Abfälle** und der Grundsatz, **Umweltbeeinträchtigungen** nach Möglichkeit an ihrem Ursprung zu

bekämpfen, dass es Sache jeder Region, Gemeinde oder anderen Gebietskörperschaft ist, die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um Aufnahme, Behandlung und Beseitigung ihrer eigenen Abfälle sicherzustellen, und dass diese daher möglichst nah am Ort ihrer Erzeugung zu beseitigen sind [...]. Jedoch können solche Erwägungen die Bundesrepublik Deutschland nicht von den Verpflichtungen entbinden, die sich für sie aus der Richtlinie 92/50 ergeben. Die Richtlinie als solche hindert den öffentlichen Auftraggeber nämlich nicht daran, einen Vertrag mit Bieter zu schließen, die in der Lage sind, die Abfälle möglichst nah am Ort ihrer Erzeugung zu beseitigen.

- 16** EuGH 25.3.2010, Rs C-451/08 (Helmut Müller)
Die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18 finden unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens keine Anwendung auf eine Situation, in der eine öffentliche Stelle ein **Grundstück an ein Unternehmen veräußert**, während eine andere öffentliche Stelle beabsichtigt, einen öffentlichen Bauauftrag in Bezug auf dieses Grundstück zu vergeben, auch wenn sie noch nicht formell beschlossen hat, den entsprechenden Auftrag zu erteilen.
- 17** EuGH 29.4.2010, Rs C-160/08 (Kommission/Deutschland)
Nach Art 45 Abs 1 EG in Verbindung mit Art 55 EG erstrecken sich die Bestimmungen über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr nicht auf Tätigkeiten, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der **Ausübung öffentlicher Gewalt** verbunden sind. [...] Was das Recht der Erbringer von **Krankentransportleistungen** betrifft, auf Mittel wie Blaulicht oder Einsatzhorn sowie das ihnen durch die deutsche Straßenverkehrsordnung eingeräumte Vorfahrtsrecht zurückzugreifen, so kommt in ihnen zwar die vorrangige Bedeutung zum Ausdruck, die der nationale Gesetzgeber der Gesundheit der Bevölkerung gegenüber den allgemeinen Regeln des Straßenverkehrs beigemessen hat. Diese Rechte als solche können jedoch nicht als unmittelbare und spezifische Teilhabe an der Ausübung öffentlicher Gewalt betrachtet werden, da die betreffenden Leistungserbringer nicht mit vom allgemeinen Recht abweichenden Vorrechten oder Zwangsbefugnissen ausgestattet sind, um dessen Einhaltung zu gewährleisten.
- 18** EuGH 6.5.2010, Rs C-145/08 und C-149/08 (Loutraki)
Die **Veräußerung von Aktien** an einen Bieter im Rahmen der Privatisierung eines öffentlichen Unternehmens fällt jedoch nicht unter die Vergaberichtlinien.

- EuGH 15.7.2010, Rs C-271/08 (Kommission/Deutschland) 19
Der Grundrechtscharakter des Rechts auf Kollektivverhandlungen und die sozialpolitische Zielsetzung des TV-EUmw/VKA als Ganzes gesehen können als solche die kommunalen Arbeitgeber jedoch nicht ohne Weiteres der Verpflichtung entheben, die Erfordernisse aus den Richtlinien 92/50 und 2004/18 zu beachten [...]. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass im Unterschied zu dem zwischen den Sozialpartnern vereinbarten Ziel, das Rentenniveau der Beschäftigten im kommunalen öffentlichen Dienst zu verbessern, die Bestimmung von Einrichtungen und Unternehmen in einem Tarifvertrag wie dem im Ausgangsverfahren in Rede stehenden das Recht auf Kollektivverhandlungen nicht in seinem Kern berührt. Demnach führt der Umstand, dass die streitigen Vertragsvergabevorgänge in Durchführung eines **Tarifvertrags** erfolgen, als solcher nicht dazu, dass der vorliegende Fall dem Anwendungsbereich der Richtlinien 92/50 und 2004/18 entzogen ist.
- EuGH 21.12.2016, Rs C-51/15 (Remondis) 20
Bei einem aus **mehreren Schritten bestehenden Vorgang** ist dieser im Hinblick auf diese Definition für eine etwaige Einstufung als öffentlicher Auftrag in seiner Gesamtheit sowie unter Berücksichtigung seiner Zielsetzung zu prüfen (vgl. in diesem Sinne EuGH 10.11.2005, Rs C-29/04 [Kommission/Österreich] Rz 41).
- EuGH 21.12.2016, Rs 51/15 (Remondis) 21
Die **Umverteilung** der für die **Ausübung der Befugnis verwendeten Mittel**, die von der bisher zuständigen auf die nunmehr zuständige Stelle übertragen werden, kann **nicht als Entrichtung eines Entgelts** beurteilt werden, sondern stellt vielmehr eine logische – ja sogar notwendige – Folge der freiwilligen Übertragung oder der angeordneten Kompetenzverlagerung von der einen auf die andere Stelle dar.

B. Judikatur der nationalen Gerichte

1. VfGH

- VfGH 25.11.2002, B46/00 22
Durch **Direktverrechnungsverträge** wird für bestimmte Fälle eine Ersatzleistung geregelt. Die Direktverrechnungsverträge betreffen daher nicht entgeltliche Dienstleistungen, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden

Kostenersatzes. Die belangte Behörde ist daher zutreffend davon ausgegangen, dass der Abschluss von Direktverrechnungsverträgen nicht dem Regime des BVergG unterliegt.

23 VfGH 30.11.2004, B1278/02

Jener Vertrag, dessen Gegenstand die ärztliche Dienstleistung ist, wird zwischen dem Arzt und dem Patienten geschlossen. Das BVergG regelt demgegenüber die Vergabe einer Leistung, die ein privater Auftragnehmer einem öffentlichen Auftraggeber gegen Entgelt erbringt. Im Fall der Vergabe einer **Kassenplanstelle** wird eine solche – vom Auftraggeber abzugeltende – Leistung nicht erbracht: Der Abschluss des Einzelvertrages zwischen Versicherungsträger und Facharzt bewirkt allein, dass der Facharzt eine dem Leistungsberechtigten gegenüber – durch ausdrücklich oder konkludent zustande gekommenen Behandlungsvertrag – erbrachte Leistung direkt über den Versicherungsträger abrechnen kann. Ein Kassenvertrag betrifft daher nicht eine entgeltliche Dienstleistung, die der Arzt dem Versicherungsträger gegenüber erbringt, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Kostenersatzes.

2. VwGH

24 VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201

Auch aus dem Argument der Beschwerdeführerin, sie sei nach den sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen nur zur Sicherstellung einer ausreichenden Vorsorge der Krankenbehandlung, nicht aber zu Sachleistungen in natura verpflichtet bzw sie habe teilweise überhaupt nur eine Zuschussleistung zu erbringen, ist für sie nichts zu gewinnen, kommt es doch vor dem Hintergrund des oben dargestellten Zwecks des Vergaberechts für seine Anwendbarkeit nicht auf die **gesetzliche Verpflichtung** eines öffentlichen Auftraggebers zur Beschaffung an, sondern darauf, ob die „**Beschaffung einer Leistung**“ iSd § 1 BVergG 2002 vorliegt.

25 VwGH 10.12.2009, 2005/04/0201

Auch ein **Rahmenvertrag** ist – vor allem mit Blick auf den Zweck des BVergG 2002 und der damit einhergehenden extensiven Interpretation der einschlägigen Bestimmungen – als Auftrag iSd § 2 bis 4 BVergG 2002 zu qualifizieren und somit nach den Bestimmungen des BVergG 2002 zu vergeben.