

1. EINFÜHRUNG IN DIE ÖFFENTLICHE BESCHAFFUNG

1.1 Die europäische Dimension

1.1.1 Anwendungsbereich

1.1.1.1 Die „klassische“ Auftragsvergabe

Die Europäische Union hat Richtlinien erlassen, die den Bereich der öffentlichen Beschaffung regeln. Diese Vergaberichtlinien (derzeit sind dies im Wesentlichen die Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG) sind in österreichisches Recht umzusetzen. Dies erfolgte mit dem BVerG. Mit 18. 4. 2016 werden die derzeitigen Vergaberichtlinien durch die Richtlinien 2014/24/EU („klassische Richtlinie“), 2014/25/EU („Sektorenrichtlinie“) und 2014/23/EU („Konzessionsrichtlinie“) ersetzt werden.

Unter **öffentlicher Beschaffung** werden privatrechtliche Vorgänge verstanden, welche ua die **Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen** betreffen und von bestimmten, zumeist öffentlichen Auftraggebern zu verantworten sind. Diese Auftraggeber sind bspw Gebietskörperschaften, wie Staaten, Länder und Gemeinden, oder auch Selbstverwaltungskörper (zB Universitäten, Gebietskrankenkassen, Kammern).

Bedienen sich derartige öffentliche Auftraggeber privatrechtlicher Formen, wie etwa Kapitalgesellschaften (Aktiengesellschaft, GmbH), dann unterliegen diese ebenfalls den Bestimmungen der Vergaberichtlinien. Wesentlich für die Beurteilung der Zuordnung zum „öffentlichen Bereich“ sind va die konkreten Einflussmöglichkeiten (zB Eigentümerfunktion, Anteils-, Aufsichts- und Kontrollrechte etc).

1.1.1.2 Der Sektorenbereich

Neben der „klassischen“ Vergaberichtlinie 2004/18/EG kommt auch die „Sektorenrichtlinie“ 2004/17/EG zum Tragen. Das bedeutet, dass Tätigkeiten, die dem Sektorenbereich zuzurechnen sind, ebenfalls dem Vergaberecht unterliegen, auch wenn diese Tätigkeiten nur innerhalb eines Landes oder einer Gemeinde ausgeübt werden. Diese **Wirtschaftsbereiche** betreffen

- ▶ Gas, Wärme, Elektrizität,
- ▶ Wasser,
- ▶ Verkehrsleistungen,
- ▶ Postdienste,
- ▶ Erdöl, Gas, Kohle, feste Brennstoffe,
- ▶ Häfen und Flughäfen.

Auftraggeber, die in diesen Wirtschaftsbereichen tätig sind, werden „Sektorenauftraggeber“ genannt.

1. Einführung in die öffentliche Beschaffung

Beispiele zur Anwendung der Sektorenrichtlinie:

- ▶ die Versorgung der Bevölkerung (und das Betreiben fester Netze) mit Gas, Wärme oder Elektrizität¹ (zB Stadtwerke, Elektrizitätswerke, FernwärmeGmbH);
- ▶ die Wasserversorgung einschließlich Abwassermanagement (zB Abwasserverband);
- ▶ die Bereitstellung und der Betrieb von Verkehrsleistungen in Verkehrsnetzen auf der Schiene (zB Straßenbahn, Landesbahnen), Busdienste (zB Stadtbuss, aber auch Landesbusdienste, Oberleitungsbusse), oder mit Kabel (zB Seilbahnen);
- ▶ Postdienste²;
- ▶ Aufsuchen und Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und anderen Brennstoffen;
- ▶ der Betrieb von Luft³- und Seehäfen und anderen Verkehrseinrichtungen für den Luft-, See- und Binnenschiffsverkehr (zB Regionalflughafen, Seeschiffahrtsgesellschaft, Hafenbetriebsgesellschaft an Flüssen).

Unabhängig von der Eigentümerstruktur unterliegen diese Auftraggeber – somit **auch Private (!)** – der Vergaberichtlinie für Sektorenauftraggeber. Es kann daher vorkommen, dass auch private Unternehmen, die nicht im Eigentum der öffentlichen Hand stehen, die in der Sektorenrichtlinie enthaltenen Bestimmungen zur Vergabe von Aufträgen beachten müssen, wenn sie Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge vergeben.

Sollte die öffentliche Hand, auch in der Form privatrechtlich organisierter Gesellschaften (zB VersorgungsGmbH, StadtwerkeAG) im Sektorenbereich tätig sein, dann können diese, sofern die Auftragsvergabe dem Sektorenbereich dient, der Sektorenrichtlinie, sofern es nicht den Sektorenbereich betrifft, den klassischen Vergabebestimmungen, unterliegen.⁴

1.1.1.3 Ausnahmen vom Geltungsbereich

Ausnahmen von der Anwendung der EU-Richtlinien sind nur in den in den Richtlinien genannten Fällen zulässig (zB geschützte Werkstätten, aber auch Gründe der Staatssicherheit, militärische Beschaffung) und äußerst restriktiv handzuhaben. Der Auftraggeber hat – sinnvollerweise vor dem Start jeglicher konkreter Vergabe-Aktivität – begründet und nachvollziehbar darzulegen, weshalb die Richtlinien nicht anzuwenden sind.

¹ Vgl Entscheidung 2008/585/EG vom 7. 7. 2008 zur Freistellung der Erzeugung von Strom in Österreich, ABI L 188, 16. 7. 2008, 28 ff.

² Vgl Freistellung bestimmter Postdienste (Paketdienste), Entscheidung 2010/142/EU vom 3. 3. 2010 ABI L 56, 6. 3. 2010 und Durchführungsbeschluss der Kommission vom 2. 4. 2014 zur Ausnahme bestimmter Dienste des Postsektors in Österreich von der Anwendung der Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABI L 101, 4. 4. 2014.

³ Vgl dazu den Antrag des Flughafen Wiens gemäß Artikel 35 der Richtlinie 2014/25/EU, ABI C 93, 20. 3. 2015.

⁴ Vgl EuGH 10. 4. 2008, Rs C-393/06 (*Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH/Fernwärme Wien GmbH*).

1.2 Die Umsetzung der EU-Richtlinien

Die Umsetzung der EU-Richtlinien obliegt den jeweiligen Mitgliedstaaten.

In Österreich war bis zum 1. September 2002 die Zuständigkeit zur Umsetzung der ver-gabespezifischen Richtlinien zwischen Bund und Ländern geteilt. Sowohl die materiellen, inhaltlichen Bestimmungen der Vorschriften zum öffentlichen Beschaffungswesen als auch die Vorschriften hinsichtlich des Rechtsschutzes lagen, soweit es den Bund (im weiteren Sinn, dh also auch Gesellschaften, Fonds, Selbstverwaltungskörperschaften etc) als auch Länder und Gemeinden (ebenfalls im weiteren Sinn) betraf, bei den jewei-ligen Gebietskörperschaften.

Mit dem In-Kraft-Treten des **Art 14 b Bundes-Verfassungsgesetz** (B-VG) im Jahr 2003 kam es zur Neuregelung der verfassungsrechtlichen Kompetenzen: Vereinfacht darge-stellt **gelten die materiell-rechtlichen Bestimmungen des BVergG sowohl für den Bund als auch für die Länder und Gemeinden, während der Rechtsschutz weiter-hin geteilt bleibt.**

Die Organisation sowie auch die anzuwendenden Vorschriften hinsichtlich des Rechts-schutzes sind, soweit es nicht die Bundesebene betrifft, Angelegenheit des jeweiligen Landes.

Die Länder haben deshalb nach dem In-Kraft-Treten des BVergG 2006 teilweise neue landesgesetzliche Vorschriften erlassen. Diese Normen sind zum 1. 3. 2016:

- Burgenland:** Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz, Bgld VergRSG, LGBl 2006/66 idF LGBl 2013/79.
- Kärnten:** Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz, K-VergRG 2014, LGBl 2003/17 idF LGBl 2013/95.
- Niederösterreich:** Niederösterreichisches Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBl 7200-0 idF 7200-3.
- Oberösterreich:** Oberösterreichisches Vergaberechtsschutzgesetz 2006, LGBl 2006/130 idF LGBl 2013/90.
- Salzburg:** Salzburger Vergabekontrollgesetz, S.VKG 2007, LGBl 2007/28 idF LGBl 2015/120.
- Steiermark:** Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz, StVergRG, LGBl 2006/154 idF LGBl 2014/49.
- Tirol:** Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006, LGBl 2006/70 idF LGBl 2013/130.
- Vorarlberg:** Vorarlberger Vergabenachprüfungsgesetz, LGBl 2003/1 idF LGBl 2013/44.
- Wien:** Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007, WVRG 2007, LGBl 2006/65 idF LGBl 2013/37.

1. Einführung in die öffentliche Beschaffung

Mit der Verwaltungsgerichtsreform 2014 haben die Länder die **Landesverwaltungsgerichte** als Rechtsschutzeinrichtungen mit dem öffentlichen Beschaffungswesen betraut. Die Verfahrensvorschriften sind im Wesentlichen den Rechtsschutzbestimmungen, wie sie im BVergG 2006 enthalten sind, nachgebildet. Zur Nachprüfung von Beschaffungen des Bundes ist das **Bundesverwaltungsgericht** (BVwG) berufen. Besondere Abweichungen in den Landesgesetzen werden im Kapitel Rechtsschutz (vgl Punkt 3) hervorgehoben.

In Umsetzung der Richtlinie 2009/81/EG trat für Beschaffungen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich ein eigenes Bundesgesetz in Kraft, das Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich – **BVergVS 2012**, BGBl I 2012/10 idF BGBl I 2016/7). Diese gilt materiell-rechtlich auch für die Bundesländer und Gemeinden, der Anwendungsbereich wird faktisch aber gering sein.