

3. Wann kommt Vergaberecht zur Anwendung?

Der Leser dieses Buches wird sich uU in einer von zwei Rollen wiederfinden: Als Mitarbeiter oder Berater einer Organisation, die gerade eine IT-Beschaffung durchführen soll und sich die Frage stellt, wie das rechtskonform aber möglichst effizient funktioniert, oder aber als Mitarbeiter eines Anbieters von IT-Leistungen, der sich die Frage stellt, ob er in einem laufenden Vergabeverfahren auch rechtskonform behandelt wird. Dieses Kapitel sowie die Kapitel 4 und 5 beleuchten das Vergaberecht zunächst aus der Sicht des Auftraggebers. Im darauf folgenden Kapitel werden jene Fragen behandelt, die aus der Sicht des Bieters auftreten können.

Die nachfolgend dargestellten Ausgangsverhalte sollen Sie dabei als **Fallbeispiele** begleiten, um stets den Bezug zur Praxis zu wahren und die Theorie ein wenig greifbarer zu machen:

Fallbeispiel 1

(Beschaffung von PCs)

Die *Gemeinde Rechendorf* beschließt, die IT-Infrastruktur diverser gemeindeeigener Ämter und Einrichtungen hardwareseitig aufzurüsten und zu vereinheitlichen. Für die einzelnen Gemeindeämter, das Heimatmuseum, den Jugendtreff „IT-Cafe“ und die Volksschule sollen daher insgesamt 100 PCs der selben Art und Güte beschafft werden.

Fallbeispiel 2

(Beschaffung von Software)

Die *Nachbargemeinde Lösdorf* ist auf der Suche nach einer speziellen Softwarelösung für die Unterstützung bei den täglichen Aufgaben in den Bereichen Friedhof, Fundamt, Gemeindelohn, Meldewesen, Sitzungsindex, Staatsbürgerschaft, Einwohnerverwaltung, Standesamt und Gemeindeabgaben. Ob vom Auftragnehmer zur Umsetzung des Projekts EGIS (Elektronisches Gemeinde Informations System) Standardsoftware verwendet oder eine individuelle Softwarelösung entwickelt wird, ist den *Lösdorfern* grundsätzlich egal.

3.1. Wer unterliegt dem Vergaberecht?

Dem BVergG 2006 und damit der grundsätzlichen Ausschreibungspflicht unterliegen zunächst **öffentliche Auftraggeber** (§ 3 BVergG 2006), das sind im Wesentlichen:

- **Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände**
- Einrichtungen, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im **Allgemeininteresse** liegende Aufgaben **nicht gewerblicher Art** zu erfüllen, zumindest teilrechtsfähig sind und überwiegend von einem der oben genannten Auftraggeber finanziert werden bzw der Aufsicht oder dem Einfluss eines solchen Auftraggebers oder Einrichtung unterstehen (etwa der Verein „Österreich Werbung“), und
- Verbände, die aus einem oder mehreren (wie oben beschriebenen) Auftraggebern bestehen (zB Abwasser- und Trinkwasserverbände).

Im „**Allgemeininteresse**“ liegt zB die Behandlung und Abholung von Hausmüll, das Betreiben einer Kläranlage, der Bau von Sozialwohnungen, das Betreiben einer Erholungsanlage durch eine Behörde oder (teilweise) die Tätigkeit der Wiener Börse.

„**Nicht gewerblicher Art**“ sind Tätigkeiten dann, wenn die Einrichtungen nicht in Konkurrenz mit privaten Wirtschaftstreibenden unter den gleichen Wettbewerbsbedingungen stehen und auch nicht das wirtschaftliche Risiko (Insolvenzrisiko) tragen. Das Vorliegen eines Wettbewerbs heißt aber noch nicht, dass sich der Auftraggeber von anderen als wirtschaftlichen Bedingungen leiten lässt, und so eine „nicht gewerbliche“ Tätigkeit ausübt. Aufgaben nicht gewerblicher Art sind etwa der öffentlich-rechtliche Programmauftrag des ORF, die Leitung und Verwaltung der Wiener Börse, Regulierungsaufgaben der E-Control GmbH, die Zivilluftfahrtslenkung der Austro-Control GmbH oder die Tätigkeit der Oesterreichischen Nationalbank.

In diesen Bereich fallen nach der Rsp jedenfalls auch Sozialversicherungen und Kammern.

Des Weiteren unterliegen dem BVergG sogenannte **Sektorauftraggeber**, das sind sonstige Auftraggeber, deren Tätigkeiten

- in der Bereitstellung oder dem Betreiben fester Netze zur Versorgung der Öffentlichkeit im Zusammenhang mit der Erzeugung, Beförderung oder Verteilung von Trinkwasser, Elektrizität, Gas oder Wärme, oder

3. Wann kommt Vergaberecht zur Anwendung?

- in der Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zur Suche oder Förderung von Erdöl oder anderer Brennstoffe, oder
- zum Betrieb eines Hafens oder Flughafens, oder
- in der Bereitstellung oder dem Betrieb von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel, oder
- in der Bereitstellung von Postdiensten.

bestehen. Handelt es sich bei den Auftraggebern aber nicht um öffentliche Unternehmen, so gilt das BVergG nur dann, wenn der Auftraggeber eine solche Tätigkeit aufgrund eines besonderen Rechts ausübt, das ihm von der zuständigen Behörde eingeräumt wurde.

Fallbeispiele 1 + 2

Da es sich bei *Rechendorf* und *Lösdorf* jeweils um Gemeinden handelt, unterliegen beide grundsätzlich jedenfalls dem Vergaberecht. Dies heißt freilich nicht, dass im konkreten Anlassfall auch wirklich ein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss, aber siehe dazu weiter unten...

3.2. Könnte eine Ausschreibung Vorteile haben, auch wenn ich gar nicht dazu verpflichtet bin?

Die Ausschreibung von Aufträgen muss keinesfalls nur als lästige Verpflichtung und Einschränkung gesehen werden. Insbesondere im IT-Bereich und vor allem seit der Möglichkeit einer **funktionalen Leistungsbeschreibung** durch das BVergG 2002 (und natürlich auch weiterhin im BVergG 2006) bietet ein Ausschreibungsverfahren dem Auftraggeber eine bessere Möglichkeit, eigene Zielvorstellungen und Randbedingungen in das finale Vertragswerk hineinzubekommen, als dies oft durch mühsame Vertragsverhandlungen der Fall wäre. Außerdem ist man als Auftraggeber in der bequemerer Situation, die Reaktionen potentieller Anbieter abwarten und die eingehenden Angebote den eigenen Vorstellungen entsprechend vergleichen zu können. Daher ist in internationalen Großunternehmen die Durchführung von Vergabeverfahren auch ohne rechtliche Verpflichtung allgemein üblich!

3.3. Welche Aufträge unterliegen dem Vergaberecht?

Da auch öffentliche Auftraggeber nicht alle Dienstleistungen ausschreiben müssen, sollten Sie zunächst überprüfen, ob auf die Art Ihres Auftrags eine der gesetzlichen Ausnahmen Anwendung findet.

- **Nicht ausschreibungspflichtig** sind gemäß §§ 10, 175 BVergG 2006 unter anderem folgende Aufträge:
 - Aufträge aufgrund eines besonderen Verfahrens einer internationalen Organisation (Z 3)
 - Dienstleistungsaufträge, die von einem öffentlichen Auftraggeber an einen anderen öffentlichen Auftraggeber auf Grund eines ausschließlichen Rechts vergeben werden, das dieser auf Grund veröffentlichter, mit dem EGV übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat (Z 6),
 - Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber durch eine Einrichtung erbringen lässt, über die der öffentliche Auftraggeber eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und die ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die ihre Anteile innehaben oder aus denen sie sich zusammensetzt („**Inhouse-Vergabe**“; Z 7)
 - Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit der Ausgabe, dem Verkauf, dem Ankauf oder der Übertragung von Wertpapieren oder anderen Finanzinstrumenten (Z 11)
 - Arbeitsverträge (Z 12)
 - Aufträge über Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen (Z 13)
 - ua
- Im **Sektorenbereich** unterliegen insbesondere Aufträge nicht dem Vergaberecht, die mit der Sektorentätigkeit nichts zu tun haben (§ 175 Z 15 BVergG 2006).

Hinsichtlich der Ausnahmetatbestände ist insbesondere die Frage brisant, wann konkret im öffentlichen Bereich eine zulässige „**Inhouse-Vergabe**“ vorliegt (wann übt ein öffentlicher Auftraggeber über eine Einrichtung eine Aufsicht „wie über eine eigene Dienststelle“ aus?). In den vergangenen Jahren war diese Frage Gegenstand zahlreicher gerichtlicher Entscheidungen.

Nach den Entscheidungen des EuGH schließt jede auch noch so geringe minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital der einem öffentlichen Auftraggeber gehörenden Gesellschaft aus, dass an diesen „inhouse“, also ohne Vergabeverfahren,

3. Wann kommt Vergaberecht zur Anwendung?

vergeben werden kann. Im Fall der Stadt Halle, die einen Auftrag zur Abfallentsorgung direkt an eine Gesellschaft erteilte, an der sie selbst 75,1% und ein privates Unternehmen 24,9% hielt, erklärte der EuGH die formfreie Beauftragung für rechtswidrig, da eben kein Fall einer Inhouse-Vergabe vorlag.

Das Kriterium der „Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle“ muss dabei laut EuGH übrigens nicht nur im Zeitpunkt der Auftragsvergabe selbst, sondern während der gesamten vertraglichen Laufzeit des vergebenen Auftrags erfüllt sein!

Trotz der restriktiven Entscheidungspraxis des EuGH zu diesem Thema wird eine zulässige Inhouse-Vergabe jedenfalls dann vorliegen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber, zB eine Gemeinde, seine eigene EDV-Abteilung in eine Gesellschaft ausgliedert, die ausschließlich der Gemeinde gehört und ihre Leistungen im Wesentlichen für die Gemeinde erbringt. Bei der „Inhouse-Gesellschaft“ wird es sich allerdings um eine GmbH handeln müssen, da der Vorstand einer AG nach österreichischem Aktiengesetz nicht weisungsgebunden sein darf.

Fallbeispiel 1 (Beschaffung von PCs)

Hätte die Gemeinde *Rechendorf* also ihre EDV in eine eigene „IT-GmbH“ ausgegliedert („outsourct“), könnten die 100 PCs ohne Durchführung eines formalen Vergabeverfahrens direkt bei diesem Unternehmen beschafft werden. Die *Rechendorfer* müssten dabei allerdings die alleinige „Aufsicht“ über diese GmbH haben, das heißt es darf insbesondere – weder jetzt noch in der Zeit der Vertragserfüllung – eine private Beteiligung Dritter an dieser GmbH vorliegen!

Unklar ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob die ausgegliedert IT-GmbH ihrerseits die Beschaffung der an die Gemeinde *Rechendorf* zu liefernden PCs ausschreiben muss. Gesetz und Judikatur geben darauf keine klare Antwort.

Fallbeispiel 2 (Beschaffung von Software)

Die *Lösdorfer* könnten sich zB überlegen, die notwendige Softwarelösung als Open-Source-Produkt auszuschreiben. Das würde heißen, dass zwar eine individuelle Softwarelösung zu erstellen ist, der entsprechende Quellcode allerdings für jeden frei zugänglich und unter Einhaltung der GPL (GNU

3. Wann kommt Vergaberecht zur Anwendung?



Public License, der bedeutendsten Lizenz der Open Source Community) weiterentwickelbar wäre. In diesem Fall könnte der zu vergebende Auftrag uU als Forschungs- und Entwicklungsleistung vom Vergaberecht befreit sein (eine einschlägige Judikatur gibt es zu dieser Frage leider noch nicht)!



Die wichtigsten Entscheidungen des EuGH zum Thema „Inhouse-Vergabe“ finden sich unten im Teil „Rechtsprechung“.