

## 2 Grundlegende Betrachtung der öffentlichen Auftragsvergabe von baulichen Leistungen

Es sind nun grundlegende Betrachtungen zur öffentlichen Auftragsvergabe insbesondere von baulichen Leistungen anzustellen. Dadurch wird angestrebt, ein einheitliches Begriffsverständnis als Basis für die weiteren Ausführungen zu schaffen und den für diese Arbeit relevanten Forschungsbereich hinsichtlich der Fragestellung zur kostenberücksichtigenden Wirkung des Vergaberechts theoretisch einzugliedern und abzugrenzen.

### 2.1 Bestimmung von Begriffen der öffentlichen Auftragsvergabe

#### 2.1.1 Definition und Abgrenzung des Terminus Öffentliche Beschaffung

Für eine adäquate Festlegung des Forschungsrahmens der eingangs dargelegten Fragestellungen ist eine Abgrenzung des öffentlichen Beschaffungsprozesses vom privatwirtschaftlichen Einkaufsprozedere sinnvoll. Im Vergleich mit privatwirtschaftlichen Unternehmen, welche sich stark an einzelwirtschaftliche Zielsetzungen anlehnen, fokussieren öffentliche Institutionen eine Reihe von wettbewerbspolitischen, umweltpolitischen sowie konjunkturellen Zielen. Während die privatwirtschaftliche Beschaffung hauptsächlich unter vollkommenem Konkurrenzkampf stattfindet, kommt es an den öffentlichen Beschaffungsmärkten zu Sonderstellungen, wenn spezifische Produkte rein nur für den Staatsbedarf produziert und folglich angeboten werden.<sup>55</sup> Diese Gegebenheit ist für die weiteren Ausführungen der Arbeit essenziell. Es ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die öffentliche Hand für die Beschaffung in der Regel keine Ver- und Bearbeitungsprozesse benötigt, sondern vornehmlich Informationsverarbeitungsprozesse vollzogen werden.<sup>56</sup> Folglich werden laut Arnold unter dem Begriff der öffentlichen Beschaffung<sup>57</sup> sämtliche unternehmens- und/oder marktbezogene Tätigkeiten, die darauf ausgerichtet sind, einem Unternehmen die benötigten, aber nicht selbst hergestellten Güter wie beispielsweise Sachgüter, Dienstleistungen, Personal, Rechte, Kapital oder Information verfügbar zu machen, subsumiert.<sup>58</sup> Für eine Präzisierung der Definition zum öffentlichen Beschaffungswesen sind essenzielle Aspekte zu berücksichtigen: Wenn im Kontext des öffentlichen Beschaffungswesens von Tätigkeiten gesprochen wird, so ist eine Adaptierung hin zu Aufgaben, welche von der öffentlichen Hand zu erfüllen sind, vorzunehmen. Dies ist notwendig, damit das wesentliche Ziel, nämlich die Aufrecht-

---

<sup>55</sup> Vgl. Barth [Electronic Procurement 2002], S. 34f.

<sup>56</sup> Vgl. Barth [Electronic Procurement 2002], S. 35f.

<sup>57</sup> Für zusätzliche Definitionen des Begriffs Beschaffung siehe u.a. Kummer et al. [Beschaffung 2006], S. 16, Schulte [Logistik 2005], S. 1f., Kluck [Materialwirtschaft 2008], S. 13f., Rürup/Gruescu [Gabler Wirtschaftslexikon 2011] o.S., sowie Wagner/Weber [Beschaffungscontrolling 2006], S. 7.

<sup>58</sup> Vgl. Arnold [Beschaffungsmanagement 1995], S. 3.

erhaltung der Arbeitsfähigkeit des Verwaltungsapparates, realisiert wird.<sup>59</sup> Die Auswertung des relevanten Schrifttums hat ergeben, dass in diesem Zusammenhang Begriffe wie „Öffentliches Auftragswesen“<sup>60a</sup>, „Öffentliche Auftragsvergabe“, „Öffentlicher Einkauf“, „Beschaffung von öffentlichen Verwaltungen“, „Öffentliches Beschaffungswesen“ oder „Öffentliche Vergabe“ als Synonyme für die öffentlichen Beschaffungspraktiken angeführt sind.<sup>61</sup>

Grundsätzlich verdeutlichen alle angeführten Definitionen einen einheitlichen Grundtenor, in dem darauf verwiesen wird, dass die öffentliche Beschaffung, im englischen als Public Procurement bezeichnet, für die Versorgung mit nicht selbst erstellten, für die eigene Leistungserstellung aber benötigten Waren und Dienstleistungen zuständig ist.<sup>62</sup> Zu Erreichung eines einheitlichen Begriffsverständnisses sowie für die nähere Untersuchung der Fragestellung hinsichtlich der Praktikabilität von vergaberechtlichen Zielsetzungen wird in den nachstehenden Ausführungen der Begriff „Öffentliche Auftragsvergabe“ verwendet werden.

### **2.1.2 Definition und Abgrenzung des Terminus „Öffentlicher Auftrag“**

Da im Mittelpunkt der vorliegenden Forschungsbemühungen die Evaluierung der Praktikabilität des Vergaberechts im Kontext der öffentlichen Auftragsvergabe steht, ist vorab eine Begriffserklärung vorzunehmen. Unter einem öffentlichen Auftrag wird ein wirtschaftsrechtlicher Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und einem oder mehreren privaten Auftragnehmern verstanden.

In Abbildung 2 ist der öffentliche Auftraggeber als Staat sowie die potenziellen privaten Auftraggeber als Unternehmen illustrativ dargestellt. Die privaten Auftragnehmer verpflichten sich dabei, für den öffentlichen Auftraggeber eine spezifische Leistung gegen Entgelt zu erbringen. Den allgemeinen Grundsätzen des Wirtschaftsrechts entsprechend repräsentieren die Kernelemente der öffentlichen Auftragsvergabe folglich die Ausschreibung als Aufforderung zur Angebotserstellung, das

---

<sup>59</sup> Vgl. Shiyachka [Public Electronic Procurement 2006], S. 8.

<sup>60</sup> Die Terminologie „öffentliches Auftragswesen“ wird im Vertrag zur Gründung der Europäischen Union ohne weitere Ausführungen erwähnt. Palenikova konstatiert, dass das Schweigen vermeintlich ist, da bereits dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Union aus dem Jahr 1957 ein Fundament der wesentlichen Vergaberegeln zu entnehmen ist. Vgl. Palenikova [Vergabeprojekte 2011], S. 5., sowie die dort angeführte Literatur.

<sup>61</sup> Vgl. Shiyachka [Public Electronic Procurement 2006], S. 8., sowie die dort angeführte Literatur.

<sup>62</sup> Vgl. Bundesverband Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik [Best Practice 2008], S. 295.

Angebot des jeweiligen Bieters als Offert und den Zuschlag in der Folge als Angebotsannahme.<sup>63</sup>

Abbildung 2 illustriert die gegenwärtige Auffassung von Holoubek zur öffentlichen Auftragsvergabe, welcher diese als Zusammenspiel von Staat und Markt, eingegliedert in die Privatwirtschaftsverwaltung des staatlichen Handelns sieht. Demzufolge ist laut Holoubek die Tätigkeit der öffentlichen Auftragsvergabe der staatlichen Verwaltungstätigkeit insbesondere der Privatwirtschaftsverwaltung zuzuordnen.<sup>64</sup> Die kritische Reflexion der dargelegten Begriffsdefinition zur öffentlichen Auftragsvergabe nach Holoubek lässt erkennen, dass es sich bei einer wirtschaftlichen Aktivität des Staates nicht um eine privatwirtschaftliche Verwaltung von öffentlichen Mitteln handeln kann, vielmehr ist diese Auffassung dahin gehend weiter zu entwickeln, dass es sich im Kontext der öffentlichen Auftragsvergabe bei der staatlichen Verwaltungstätigkeit um eine wirtschaftsrechtliche Transaktion öffentlicher Mittel handelt.

---

<sup>63</sup> Vgl. Holoubek et al. [Vergaberecht 2009], S. 11.

<sup>64</sup> Vgl. Holoubek et al. [Vergaberecht 2009], S. 12.

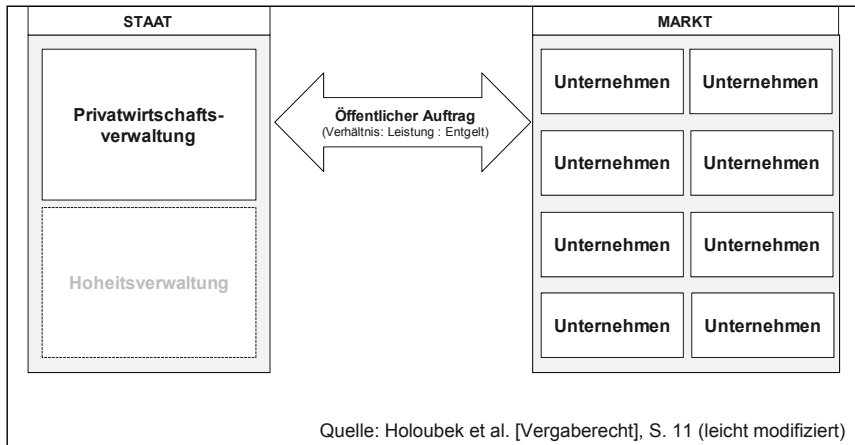


Abbildung 2: Öffentliche Auftragsvergabe als Wirtschaftsrechtliche Transaktion des Staates

An dieser Stelle nimmt das öffentliche Auftragswesen eine juristisch-verwaltungsökonomische Schnittstellenfunktion mit enormer Bedeutsamkeit ein, da das öffentliche Wirtschaftsrecht und im Speziellen das Vergaberecht, die Verwaltung von öffentlichen Mitteln durch Gebietskörperschaften und der privatwirtschaftliche Bieterkreis miteinander interagieren. Zudem ist eine weitere Konkretisierung zur Schnittstellenerörterung anhand der Ausführungen von Potacs vorzunehmen, indem das Staatsgefüge und somit die jeweiligen Gebietskörperschaften in die Teilbegriffe Autonomie, Demokratie und Finanzierung zu klassifizieren sind.<sup>65</sup> Hierbei kommt dem Teilbereich der Autonomie ein wichtiger Stellenwert zu, da an dieser Stelle das in der Verfassung grundsätzlich zugesicherte Recht auf Selbstverwaltung als zentrale Charakteristik angeführt wird.<sup>66</sup> Die dargestellte juristisch-verwaltungsökonomische Grenzziehung der öffentlichen Auftragsvergabe mit den erwähnten Teilbereichen Autonomie, Demokratie sowie Finanzierung ist in allen Ebenen der Gebietskörperschaften bzw. Gebietsinstitutionen integriert.<sup>67</sup> In diesem Zusammenhang determiniert das Vergaberecht auf öffentlich-rechtlicher Ebene ein Verfahren, auf dessen Basis der Auftraggeber den künftigen Vertragspartner und den Leistungsinhalt evaluiert. Im Gegensatz dazu ist das eigentlich zu schließende Vertragsverhältnis wirtschaftsrechtlich ausgestaltet. Der am Ende des Vergabeverfahrens stehende

<sup>65</sup> Vgl. Potacs [Verfassung 2006], S. 7.

<sup>66</sup> Vgl. Walter/Mayer [Bundesverfassungsrecht 2000], S. 367.

<sup>67</sup> Vgl. Rondo-Brovetto [Ausgliederung 2001], S. 33ff.

Zuschlag ist als Schnittpunkt zwischen öffentlichem Recht und Wirtschaftsrecht zu verstehen und begründet das zivilrechtliche Vertragsverhältnis und damit den öffentlichen Auftrag.<sup>68</sup>

Neben der juristischen Bestimmung des Begriffs „Öffentlicher Auftrag“ gilt es nun, eine deskriptive Abgrenzung der genannten Terminologie vorzunehmen. Nach Rürup/Gruescu ist ein öffentlicher Auftrag wie folgt definiert: *„Von Bund, Ländern, Gemeinden, Gemeindeverbänden und sonstigen Personen des öffentlichen Rechts (klassische öffentliche Auftraggeber) zu vergebende Aufträge zur Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen.“*<sup>69</sup> Darüber hinaus ist nach Koch et al. ein öffentlicher Auftrag *„...ein Auftrag im Rahmen der Beschaffung der öffentlichen Verwaltung und Unternehmen. Er wird grundsätzlich im Wege eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens vergeben.“*<sup>70</sup>

Nachfolgend werden auf Basis der durchgeführten Erklärungen des Terminus „Öffentlicher Auftrag“ die Begriffe „Öffentliche Auftraggeber“, „Öffentliche Ausschreibungen“ sowie „Bauftrag“ im Detail erläutert und in einen nachvollziehbaren Zusammenhang gebracht.

### **2.1.3 Definition und Abgrenzung des Terminus „Öffentliche Auftraggeber“**

Im Abschnitt 2.1.1 wurde bereits dargelegt, dass öffentliche Auftraggeber<sup>71</sup> bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Vergleich zu einem Privaten signifikanter in ihren Handlungsfreiheiten eingeschränkt sind, da sie unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Bindungen unterliegen.<sup>72</sup> Die Fragestellung, welche Organe als öffentliche Auftraggeber anzusehen sind, ist von großer Bedeutung, weshalb in Ausschreibungsdokumentationen oder Publikationen der Auftraggeber beziehungsweise der Auftraggeber und die Vergabestelle explizit zu bezeichnen sind.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Vgl. Holoubek et al. [Vergaberecht 2009], S. 12.

<sup>69</sup> Rürup/Gruescu [Gabler Wirtschaftslexikon 2011] o.S.

<sup>70</sup> Koch et al. [Juristisches Lexikon 2012], o.S.

<sup>71</sup> Öffentliche Auftraggeber sind vornehmlich öffentliche Institutionen, deren Eigenkapital ausschließlich bei der öffentlichen Hand liegt. Dabei kann es sein, dass ein einzelner Verwaltungsträger Kapitaleigner des Unternehmens ist oder aber auch, dass mehrere Verwaltungsträger am öffentlichen Unternehmen beteiligt sind. Im konkreten Fall würde man hier von gemischt-öffentlichen oder gemischt-publizistischen Unternehmen sprechen. Vgl. Püttner [Unternehmen 1985], S. 59., sowie Backhaus [Öffentliches Unternehmen 1980], S. 5ff.

<sup>72</sup> Vgl. Holoubek et al. [Vergaberecht 2009], S. 12.

<sup>73</sup> Bei Streitfragen über die Auftraggebereigenschaft ist im Ernstfall der EuGH für die klärende Interpretation hinsichtlich der korrekten Auslegung des Auftraggeber-Begriffs berufen. Der EuGH

Das BVergG 2006 definiert gemäß § 2 Z8 den Auftraggeber-Begriff folgendermaßen: „*Auftraggeber ist jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt.*“ Demnach sind öffentliche Auftraggeber gemäß § 3 des Bundesvergabegesetzes 2006 folgendermaßen klassifiziert:

- Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände sowie
- Einrichtungen, die zum besonderen Zwecke gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind und zumindest teilrechtsfähig sind und überwiegend von klassischen öffentlichen Auftraggebern finanziert oder hinsichtlich ihrer Leitung beaufsichtigt werden oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mietgliedern besteht, die von öffentlichen Auftraggebern ernannt werden.<sup>74</sup>

Potacs konstatiert, dass jedoch der Auftraggeber nicht unbedingt jene Institution ist, welche tatsächlich für die Auftragsvergabe verantwortlich ist, beziehungsweise den Auftrag vergeben soll und sieht die Definition im BVergG 2006 gemäß § 2 Z8 „...*erteilt oder zu erteilen beabsichtigt*...“ als interpretationsbedürftig an. Diese Auslegung könnte jenen Rechtsträger meinen, der aufgrund objektiver Rahmenbedingungen den Auftrag erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Dies kann isoliert davon geschehen und ist insbesondere davon abhängig, wer während eines Ausschreibungsprozesses nach außen in Erscheinung tritt. Aufgrund des objektiv ausgelegten Auftraggeber-Begriffs ist eine individuelle Bewertung darüber unerlässlich, welcher Rechtsträger die Ausschreibungsverantwortung innehat und folglich über den Zuschlag bestimmt.<sup>75</sup>

Zur Vervollständigung sind weiters Sektorenauftraggeber zu erwähnen, die in den Bereichen Wasser-, Energie-, Verkehrsversorgung oder im Postsektor tätig sind und der Sektorenrichtlinie unterliegen.<sup>76</sup>

### **2.1.4 Besonderheiten öffentlicher Auftraggeber im Vergleich zu privaten Auftraggebern**

Die öffentlichen Auftraggeber differenzieren sich in mehreren Aspekten von privaten Marktteilnehmern<sup>77</sup>, weshalb spezifische vergaberechtliche Regelungen und folglich

---

versteht den Begriff des öffentlichen Auftraggebers nicht in einem institutionellen, sondern in einem funktionellen Sinn. Infolgedessen ist es nicht zwingend erforderlich, dass der betreffende Auftraggeber förmlich in die staatliche Verwaltung eingegliedert ist, sondern dass er nach Maßgabe spezifischer Kriterien wie beispielsweise Ernennung der Organe durch die öffentliche Hand, finanzielle Beherrschung oder Kontrolle durch staatliche Organe eine gewisse Staatsnähe aufweist. Vgl. Kaufmann/Schnabl [Vergaberecht Praxis 2010], S. 16.

<sup>74</sup> Vgl. Bundeskanzleramt [Bundesvergabegesetz 2006], § 3.

<sup>75</sup> Vgl. Potacs [Auftraggeber 2008], S. 527.

<sup>76</sup> Bundeskanzleramt [Bundesvergabegesetz 2006], §§ 163-173.

Zielsetzungen erforderlich sind.<sup>78</sup> Im Unterschied zu privaten Unternehmen, die sich üblicherweise auf einem spezifischen Markt im Wettbewerb befinden, folgen auf unökonomische Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers nicht unmittelbar Marktsanktionen.<sup>79</sup>

Das facheinschlägige Schrifttum weist daraufhin, dass öffentliche Auftraggeber im Gegensatz zu privaten Unternehmen weder einem Gewinnanreiz unterliegen, noch sich gegenüber aktuellen oder potenziellen Wettbewerbern positionieren müssen.<sup>80</sup> Es ist zu betonen, dass kaufmännisches Denken bei Geschäftsabschlüssen nicht direkt zu erkennbaren Vorteilen führt und massive Fehlentscheidungen keine unmittelbaren Sanktionen nach sich ziehen.<sup>81</sup> Diese konventionelle Denkschule erscheint jedoch obsolet zu sein – denn berücksichtigt man die Bonitätsherabstufung<sup>82</sup> diverser EU-Mitgliedsstaaten und damit auch die Bewertung von internationalen Rating-Agenturen, liegt sehr wohl eine Sanktionierung vor.

Diese Auffassung bestätigt auch der von Bungenberg diskutierte staatliche Systemwettbewerb<sup>83</sup>, denn zur Erhöhung von Standortvorteilen wird zukünftig die öffentliche Beschaffung als Intensivierungsinstrument für das staatliche Handeln dienen. Diese Rahmenbedingungen des öffentlichen Beschaffungswesens werden auch von Ganderberger diskutiert, indem er betont, dass die Bedrohung von „...*einzelwirtschaftlicher Unwirtschaftlichkeit*...“<sup>84</sup> beim Behördenkauf in stärkerem Ausmaß

---

<sup>77</sup> Privatwirtschaftliche Unternehmen stellen den Gegenpol zu den in Abschnitt 2.1.3 erläuterten öffentlichen Unternehmen dar. Ausschlaggebend ist es dabei, dass ihr Eigenkapital ausschließlich in den Händen von privaten Eigentümern liegt. Vor allem kommt es auf einen etwa verfolgten Unternehmenszweck nicht an, da ein privatwirtschaftliches Unternehmen seine Klassifizierung nicht deshalb verliert, weil es in den Prozess der öffentlichen Aufgabenerfüllung eingegliedert ist, direkt öffentlichen Zwecken dient, öffentlich-rechtlichen Sonderbeziehungen unterliegt oder in Bereichen tätig wird, die in das Aktivitätsfeld der öffentlichen Hand fallen. Becker definiert zwischen den Extremen der öffentlichen Unternehmen und den privatwirtschaftlichen Unternehmen eine Mischform, die sogenannten gemischtwirtschaftlichen Unternehmen als Vorstufen der in Abschnitt 2.3 erörterten institutionellen Alternative Public Private Partnership. Vgl. Becker [Öffentliche Aufgabenerfüllung 1997], S. 23., sowie die dort zitierte Literatur.

<sup>78</sup> Vgl. Holoubek et al. [Vergaberecht 2009], S. 3.

<sup>79</sup> Vgl. Holoubek et al. [Vergaberecht 2009], S. 4.

<sup>80</sup> Vgl. Aicher [Bauleistungsvergabe 1985], S. 207ff., sowie Ganderberger [Öffentliche Auftragsvergabe 1980], S. 405ff.

<sup>81</sup> Vgl. Öhler [Vergaberechtsschutz 1997], S. 39.

<sup>82</sup> Die internationale Ratingagentur Standard & Poors hat seit 13.01.2012 laufend die Bonität diverser EU-Mitgliedsstaaten angepasst. In dem hier vorliegenden Rahmen, würde das einer Sanktionierung gleichkommen, weshalb auch zwischen den Staaten eine Wettbewerbssanktionierung vorliegt. Insbesondere Bungenberg mit seinem Werk „Wettbewerb der Systeme“ fokussiert diese Thematik. Demzufolge ist die traditionell verankerte Auffassung von Gast als obsolet anzusehen, denn auch für das Wirtschaften auf Bundesebene gibt es Sanktionen, wenn Verschuldungsgrade zu hoch werden und, wie bereits erwähnt, Bonitätsherabstufungen von Staaten vollzogen werden.

<sup>83</sup> Vgl. Bungenberg [Systemwettbewerb 2007], S. 1ff.

<sup>84</sup> Ganderberger [Öffentliche Auftragsvergabe 1980], S. 406.

als bei privatwirtschaftlichen Unternehmen vorliegt. Dies wird dahin gehend gefördert, dass öffentliche Auftraggeber im Vergleich zu privaten Auftraggebern eine starke Machtposition besitzen, da vielfach ein Nachfragemonopol oder Nachfrageoligopol<sup>85</sup> besteht.<sup>86</sup> Im Schrifttum ist diese Auffassung weitgehend vertreten, obwohl eine potenzielle Machtposition der öffentlichen Hand individuell und situationsabhängig unter besonderer Berücksichtigung des zu beschaffenden Produktes sowie in Bezug auf die Größe der Gebietskörperschaft, welche die Beschaffung veranlasst, weiter zu differenzieren ist.<sup>87</sup>

Als grundlegende Erkenntnis kritisch anzumerken, dass dem öffentlichen Auftraggeber de facto das Finanzrisiko fehlt, weshalb er nicht unter ökonomischen Gesichtspunkten beschafft, sondern im Interesse eines Sachwalters der Allgemeinheit agiert. Darüber hinaus steht öffentlichen Auftraggebern durch Steuergelder und sonstige Abgaben eine fortwährende Einnahmequelle zur Verfügung, weshalb zur Deckung von Finanzbedarfen eine Gewinnrealisierung nicht zwingend notwendig ist. Im Normalfall obliegt der öffentliche Auftraggeber und somit der Staat auch keinem unmittelbaren Insolvenzrisiko.<sup>88</sup>

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die aufgezeigten Besonderheiten wie Monopolstellung, das Fehlen von Marktsanktionen, das Nichtvorhandensein des unmittelbaren Insolvenzrisikos sowie der mangelnde Gewinnanreiz die Sonderstellung des Staates im Kontext der öffentlichen Beschaffung kennzeichnen.

### **2.1.5 Definition und Abgrenzung des Terminus „Öffentliche Ausschreibung“**

In diesem Abschnitt wird ausschließlich der Begriff der öffentlichen Ausschreibung erläutert, detaillierte Erklärungen zur Grundstruktur und Ablauf sowie Vergabearten werden im Kapitel 3 vorgenommen. Eine öffentliche Ausschreibung ist gemäß § 2 Z 10 BVergG *„...die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmen gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu*

---

<sup>85</sup> Der öffentliche Auftraggeber zeichnet sich trotz seiner wirtschaftsrechtlichen Stellung häufig durch eine wirtschaftlich dominantere Positionierung als private Auftragnehmer aus. In den Bereichen Tiefbau und medizinische Ausrüstung kommt dem Staat oft, wenn nicht ein Nachfragemonopol, so doch eine weitestgehend monopolartige Stellung zu. Vgl. Prieß [Europäisches Vergaberecht 2005], S. 5.

<sup>86</sup> Öhler erwähnt in diesem Kontext, dass in einigen Märkten der Staat der alleinige Nachfrager ist. Beispielfhaft sind hier spezifische Tiefbauleistungen oder Schienenfahrzeuge zu nennen. Hier resultiert eher die Monopolstellung des Staates als Nachfrager in einer Verzerrung des Wettbewerbs zuungunsten von öffentlichen Auftraggebern. Vgl. Öhler [Vergaberechtsschutz 1997], S. 39ff.

<sup>87</sup> In diesem Zusammenhang ist es wichtig zu erwähnen, dass die Machtposition einer Gemeinde im Zuge der Beschaffung von Büromöbeln eine geringere ist, als wenn die Bundesbeschaffung GmbH Polizeimotorräder oder andere spezifische Güter zur Erfüllung von Staatsaufgaben einkauft.

<sup>88</sup> Vgl. Holoubek et al. [Vergaberecht 2009], S.4.

welchen Bestimmungen erhalten möchte.“<sup>89</sup> Die Ausschreibung wird durch die Ausschreibungsdokumente inhaltlich strukturiert, welche als zentrales Element des stringenten öffentlichen Beschaffungsvorganges eingesetzt werden.<sup>90</sup> Eine öffentliche Ausschreibung ist juristisch gesehen als Aufforderung zur Angebotseinreichung für potenzielle Auftragnehmer aufzufassen.<sup>91</sup> Die Dokumente der öffentlichen Ausschreibung inkludieren im Optimalzustand jegliche relevanten Informationen hinsichtlich der Leistungs-, Mengen-, Qualitäts-, Spezifikations- und Vertragsbeschreibung, damit ein effizientes Abwickeln des Ausschreibungsprozesses bestmöglich unterstützt wird. Grundsätzlich stellt sich die Frage, welche Kosteneffizienzpotenziale sich in den einzelnen Teilelementen der öffentlichen Ausschreibungen identifizieren lassen; diese Fragestellung steht im Mittelpunkt der vorliegenden Betrachtung und wird in den nachstehenden Abschnitten im Detail behandelt.

#### **2.1.6 Definition und Abgrenzung der Termini „Bauftrag“, „Bauleistung“, „Bauvorhaben“ und „Baulose“**

Das Bundesvergabegesetz 2006 ist in erster Linie für die öffentliche Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen anzuwenden. Im Fokus dieser Arbeit stehen Bauaufträge, da sie mit 5,4 Milliarden Euro den höchsten Anteil am öffentlichen Beschaffungsvolumen in Österreich darstellen.<sup>92</sup> Beispiele für Bauaufträge von öffentlichen Auftraggebern sind der Neu-, Zu- und Umbau eines Krankenhauses, die Planung und Ausführung des Neubaus einer Sportanlage, der Bau von Abwasserentsorgungsanlagen, die Errichtung von Schienenverkehrsnetzen oder die Revitalisierung von Museen inklusive einer Fenstersanierung.<sup>93</sup> Bauaufträge sind gemäß § 4 des Bundesvergabegesetzes 2006 entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand nachstehend gelisteten Inhalt aufweisen:

- die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit einer der in Anhang I<sup>94</sup> genannten Tätigkeit,
- die Ausführung eines Bauwerkes, oder
- die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln dies erfolgt ist.

---

<sup>89</sup> Bundeskanzleramt [Bundesvergabegesetz 2006], § 2 Z 10.

<sup>90</sup> Vgl. Estermann [Ausschreibungsunterlagen 2005], S. 262.

<sup>91</sup> Vgl. Kaufmann/Schnabl [Vergaberecht Praxis 2010], S. 40.

<sup>92</sup> Vgl. Statistik Austria [Konjunkturerhebung im Produzierenden Bereich 2010], o.S.

<sup>93</sup> Vgl. Holoubek et al. [Vergaberecht 2009], S. 58.

<sup>94</sup> Siehe zur Detaillierung das Verzeichnis der Tätigkeiten entsprechend der Allgemeinen Systematik der Wirtschaftszweige gemäß § 4 Z 1 im BVerG in Anhang I.

Führt man im nächsten Schritt eine Abgrenzung des Begriffs „Bauleistungen“ durch, ist festzuhalten, dass zu den Bauleistungen alle für ein funktionsfähiges Bauwerk erforderlichen Leistungen zählen. Entsprechend der Interpretation der Definition von „Bauleistungen“ des Bundesvergabegesetzes 2006 ist das Resultat eines Bauwerkes ein funktionstüchtiges Ganzes, das seinem Wesen nach eine technische und wirtschaftliche Funktion erfüllt – folglich umfasst es sämtliche Hoch- und Tiefbauarbeiten.<sup>95</sup> Der Begriff „Bauvorhaben“ inkludiert nicht nur die Errichtung eines Bauwerkes, sondern darüber hinaus auch Umbauten, Renovierungen, Instandhaltungen und Reparaturen.<sup>96</sup> Zur Vervollständigung sind noch Baukonzessionsverträge<sup>97</sup> zu erörtern, welche auch in das Anwendungsgebiet des BVergG fallen. In diesen Verträgen differenziert sich der Vertragsgegenstand von Bauaufträgen insoweit, als die Gegenleistung für den Arbeitsaufwand ausschließlich im Recht zur Nutzung eines Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines preislichen Aufschlages besteht.<sup>98</sup>

| Klassischer Bereich (vgl. § 12)                                        | Schwellenwert in Euro |
|------------------------------------------------------------------------|-----------------------|
| Liefer-, Dienstleistungsaufträge und Wettbewerbe bei AG gemäß Anhang V | 130.000 Euro          |
| Liefer-, Dienstleistungsaufträge und Wettbewerbe                       | 200.000 Euro          |
| Bauaufträge                                                            | 5.000.000 Euro        |
| Sektorenbereich (vgl. § 180)                                           | Schwellenwert in Euro |
| Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge, Wettbewerbe                   | 400.000 Euro          |
| Bauaufträge                                                            | 5.000.000 Euro        |

Quelle: Bundeskanzleramt [Bundesvergabegesetz 2006], §12.

Abbildung 3: Vergleich von Schwellenwerten für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge<sup>99</sup>

<sup>95</sup> Vgl. Kaufmann/Schnabl [Vergaberecht Praxis 2010], S. 23.

<sup>96</sup> Vgl. Kaufmann/Schnabl [Vergaberecht Praxis 2010], S. 23.

<sup>97</sup> Beispielhaft handelt es sich um eine Baukonzession, wenn nicht nur die Errichtung einer Freizeitanlage, sondern auch deren Betrieb ausgeschrieben wird und Gegenleistung für die Errichtung im Recht zur Einhebung von Eintrittsgeldern besteht. Vgl. Kaufmann/Schnabl [Vergaberecht Praxis 2010], S. 23.

<sup>98</sup> Vgl. Kropik et al. [Vergaberecht in Österreich 2009], S. 16.

<sup>99</sup> Alle öffentlichen Ausschreibungen, die ab dem 1.1.2012 veröffentlicht werden, müssen bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes die neuen Schwellenwerte einhalten. Die in Abbildung 3 angeführten Schwellenwerte gelten exklusive Umsatzsteuer. Neue Schwellenwerte gibt es ebenso für die Direktvergabe. Diese gelten von 01.05.2009 bis zum 31.12.2012 gemäß der sogenannten „Schwellenwertverordnung“. Direktvergaben sind demzufolge bei Bauaufträgen, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis 100.000 Euro gültig. Im nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung bei Bauaufträgen wurde die Grenze auf 1.000.000 Euro hinaufgesetzt. Vgl. Österreichische Wirtschaftskammer [Vergaberecht 2012], o.S.

Vergaberecht als praktikables Regulativ

Theoretische Überlegungen und empirische Befunde

Höfferer, S.

2014, XXI, 332 S. 83 Abb., Softcover

ISBN: 978-3-658-06552-2