

## Gericht

Verfassungsgerichtshof

## Entscheidungsdatum

11.12.2018

## Geschäftszahl

G205/2018

## Leitsatz

Kompetenzwidrigkeit einer Wortfolge im Kmt VergaberechtsschutzG 2014 betreffend die Nachprüfung der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach dem BVergG 2006 durch das Landesverwaltungsgericht; keine Beschränkung der Gesetzgebungskompetenz der Länder durch den einfachen Bundesgesetzgeber im Bereich der "Nachprüfung" eines bundesgesetzlich geregelten "materiellen Vergaberechts" mangels bundesgesetzlich spezifischer Regelung des Vergabeverfahrens für Dienstleistungskonzessionsverträge; Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Regelung des "materiellen Vergaberechts" umfasst Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen

## Rechtssatz

Aufhebung der Wortfolge "und Abs2a" in §6 Abs2 Z2 und §6 Abs2a Kärntner VergaberechtsschutzG 2014 - K-VergRG 2014 idF LGBl 18/2017.

Zutreffen des Bedenkens gegen die Nachprüfung durch das Landesverwaltungsgericht:

Vor dem kompetenzrechtlichen Hintergrund hatte der VfGH zunächst das Bedenken, dass der Kärntner Landesgesetzgeber mit den in Prüfung gezogenen Bestimmungen deshalb gegen Art14b B-VG verstoße, weil er für den Bereich der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen nach dem BVergG 2006 eine Nachprüfung im Sinne von Art14b Abs3 B-VG vor dem Landesverwaltungsgericht Kärnten (LVwG) normiert hat, ohne dass der Bundesgesetzgeber gemäß Art14b Abs1 B-VG von seiner Kompetenz zur Regelung eines Verfahrens zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen Gebrauch gemacht hätte.

§11 BVergG 2006 regelte - im Abschnitt "Ausnahmen vom Geltungsbereich" - die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen dahingehend, dass nur einzelne, abschließend genannte Bestimmungen des BVergG 2006 auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen Anwendung fanden. Diese Bestimmungen betrafen - neben Regelungen in Umsetzung der Richtlinie 2011/7/EU zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr, ABl 2011 L 48, 1, von außerstaatlichen Korrekturmechanismen und von Straf- bzw Inkrafttretensbestimmungen - (nur) die Abgrenzung von Dienstleistungskonzessionsverträgen zu Dienstleistungsaufträgen und freiwillige Bekanntmachungen auf Unionsebene. In Bezug auf die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen sah §11 BVergG 2006 nur vor, dass diese "unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und, soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Vertrages erforderlich erscheint, grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes entspricht, zu vergeben" waren. Weiters war festgelegt, dass die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen in einem formfreien Verfahren der Direktvergabe nur bis zu einem bestimmten Schwellenwert zulässig war.

Mit dieser Regelung verfolgte der Bundesgesetzgeber die Zielsetzung, für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen die sich nach der Rsp des EuGH aus den primärrechtlichen Grundfreiheiten ergebenden Anforderungen festzuschreiben, im Übrigen aber die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen nicht weiter zu regeln.

Vor dem Hintergrund einer Unionsrechtslage, die in den damals geltenden Vergaberichtlinien 2004 Dienstleistungskonzessionen nicht erfasste, sodass unionsrechtlich ausschließlich die primärrechtlichen Anforderungen zu beachten waren, wird deutlich, dass der Bundesgesetzgeber kein spezifisch geregeltes

Vergabeverfahren für Dienstleistungskonzessionsverträge vorsehen wollte (auch wenn er dazu nach Art14b Abs1 B-VG unzweifelhaft ermächtigt gewesen wäre). Die rudimentäre Regelung des §11 BVergG 2006 beschränkte sich darauf, die öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen an allgemeine, schon aus den unionsrechtlichen Grundfreiheiten folgende Grundsätze zu binden, belässt aber in der Folge deren Vergabe als eine Angelegenheit des gerade nicht weiter durch "materielles Vergaberecht" determinierten privatwirtschaftlichen Handelns des Staates (und Einrichtungen des öffentlichen Rechts).

Das unterscheidet die Regelung in §11 BVergG 2006 von der in diesem Bundesgesetz enthaltenen umfassenden Regelung der Vergabe von (regulären) Dienstleistungsaufträgen. Für diese hat das BVergG 2006 seinen sachlichen Anwendungsbereich umfassend geöffnet und deren Vergabe den Verfahrensregelungen nach den Bestimmungen des BVergG 2006 unterworfen. Dass in diesem Zusammenhang für einzelne Dienstleistungen oder auch für wertmäßig geringe Dienstleistungsaufträge erleichterte Verfahrensregelungen vorgesehen waren, ändert nichts an diesem umfassenden vergaberechtlichen Regelungsanspruch des BVergG 2006 für Dienstleistungsaufträge. Daher verfängt der Einwand, dass für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen in §141 BVergG 2006 eine inhaltlich derjenigen des §11 BVergG 2006 vergleichbare Regelung vorgesehen war, nicht, weil §141 BVergG 2006 im Kontext der Regelung der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen gesehen werden muss.

Auch die Auffassung, dass die allenfalls unmittelbar anwendbaren Bestimmungen der KonzessionsRL jene "materielle" Verfahrensregelungen im Sinne von Art14b Abs1 B-VG darstellten, die darauf aufbauend den Ländern eine Regelung der Nachprüfung im Sinne von Art14b Abs3 B-VG unabhängig einer allfälligen Gesetzgebungstätigkeit des Bundes ermöglicht, verfängt nicht.

An der in Art14b B-VG niedergelegten Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern zur Gesetzgebung im Bereich des öffentlichen Auftragswesens bzw der Nachprüfung vermag der Umstand, dass die in Prüfung gezogenen Bestimmungen des K-VergRG 2014 (auch) dazu dienen sollen, die Art46 f KonzessionsRL umzusetzen und im Vollziehungsbereich des Landes Kärnten den im Sinne der damit geänderten Rechtsmittelrichtlinien (Richtlinie 89/665/EWG, ABI 1989 L 395, 33, und Richtlinie 92/13/EWG, ABI 1992 L 76, 14) erforderlichen vergabespezifischen Rechtsschutz für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen vorzusehen, nichts zu ändern.

Zwar sind die Länder gemäß Art23d Abs5 B-VG zur Umsetzung jener Teile der Richtlinien des "Vergaberichtlinienpaketes 2014" verpflichtet, die gemäß Art14b Abs3 B-VG Angelegenheiten der Nachprüfung für Auftraggeber gemäß Art14b Abs2 Z2 B-VG betreffen. Dies ändert freilich an der - unionsrechtlich nicht determinierten - Regelung des Art14b Abs1 und Abs3 B-VG nichts, der zufolge eine entsprechende innerstaatliche Zuständigkeit des Landesgesetzgebers zur (in Umsetzung unionsrechtlicher Vorgaben ergehenden) Regelung des Nachprüfungsverfahrens nur besteht, wenn und insoweit der Bundesgesetzgeber eine entsprechende materielle vergaberechtliche Regelung im Sinne des Art14b Abs1 B-VG erlassen hat. Bis dahin trifft die Verantwortung für die Umsetzung ausschließlich den Bund.

Die in Prüfung gezogenen Bestimmungen des K-VergRG 2014 verstoßen somit aus den vorstehend genannten Gründen gegen Art14b B-VG. Ob allein vor diesem Hintergrund die in Prüfung gezogenen Bestimmungen des K-VergRG 2014 mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergGKonz 2018 konvalidiert wären, weil ab dann der Bundesgesetzgeber von seiner Kompetenz gemäß Art14b Abs1 B-VG zur Regelung des Verfahrens zur Vergabe von Dienstleistungskonzessionen Gebrauch gemacht hatte, kann angesichts der Ausführungen zur Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen dahinstehen.

Kein Bedenken gegen die Zuständigkeitsbegründung der Verwaltungsgerichte für Nachprüfungsverfahren mangels spezifischer Regelung des Vergabeverfahrens für Dienstleistungskonzessionsverträge:

Der VfGH hat in seinem Prüfungsbeschluss auch das Bedenken geäußert, dass der Kärntner Landesgesetzgeber mit der Regelung der in Prüfung gezogenen Bestimmungen deshalb gegen Art14b B-VG verstoße, weil den Ländern eine Regelung eines Nachprüfungsverfahrens und damit auch, wie durch die in Prüfung gezogenen Bestimmungen bewirkt, eine Zuständigkeitsbegründung der Verwaltungsgerichte solange nicht offen stehe, als der Bundesgesetzgeber einheitlich für bestimmte Vergaben öffentlicher Aufträge, wie für Dienstleistungskonzessionen nach dem BVergG 2006, die Zuständigkeit der Zivilgerichte vorgesehen hat.

Aus dem Umstand, dass die in Art14b Abs3 B-VG genannten Angelegenheiten der Nachprüfung davon abhängen, dass der Bund entsprechend hinreichend spezifische vergabeverfahrensrechtliche Regelungen gemäß Art14b Abs1 B-VG erlassen hat, folgt zugleich auch, dass in diesem Sinn bundesgesetzlich geregeltes "materielles Vergaberecht" einer "Nachprüfung" im Sinne von Art14b B-VG zugänglich ist, für dessen Regelung im Hinblick auf die in Art14b Abs2 Z2 B-VG genannten Auftraggeber gemäß

Art14b Abs3 B-VG die Landesgesetzgeber zuständig sind. Eine Beschränkung dieser Gesetzgebungskompetenz der Länder ist dem (einfachen) Bundesgesetzgeber verwehrt.

Anders liegt die Situation dann, wenn - wie nach §11 BVergG 2006 - der Bundesgesetzgeber gerade keine spezifische Regelung des Vergabeverfahrens für Dienstleistungskonzessionsverträge getroffen, sondern nur in allgemeiner Hinsicht staatspezifisches Sonderprivatrecht geschaffen hat und somit die Grundlage für die Regelung eines Nachprüfungsverfahrens fehlt. Der Abschluss einschlägiger Leistungsverträge unterliegt dann (weiterhin) als bürgerliche Rechtssache im Sinne des §1 JN der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte.

Zutreffen des Bedenkens gegen die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen durch die Länder:

Der VfGH bleibt bei seiner im Prüfungsbeschluss dargelegten Auffassung, dass die in Prüfung gezogenen Bestimmungen des K-VergRG 2014 deswegen gegen Art14b Abs1 B-VG verstoßen, weil die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen gemäß Art14b Abs1 B-VG dem Bundesgesetzgeber zukommt und nicht in die Zuständigkeit der Länder zur Regelung der Angelegenheiten der Nachprüfung gemäß Art14b Abs3 B-VG fällt.

Unzweifelhaft kommt der Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen Bedeutung (auch) im Rechtsschutzverfahren zu. Die Bestimmung von Entscheidungen eines Auftraggebers als gesondert anfechtbar legt fest, an welche Entscheidungen eines Auftraggebers unmittelbar ein Verfahren zur Überprüfung der Entscheidung anknüpfen kann, und welche (nicht gesondert anfechtbaren) Entscheidungen erst mit einer nachfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung angefochten werden können. In Zusammenschau mit der Zuständigkeit der Länder gemäß Art14b Abs3 B-VG zur Festlegung von Präklusionsfristen könnte die Auffassung vertreten werden, dass die Länder auch dafür zuständig seien, jene Entscheidungen festzulegen, die derartige Fristen auslösen.

Aus dem Umstand, dass die Festlegung gesondert und nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen ausdrücklich neben und nicht als Teil des dezentralen Rechtsschutzes im Rahmen einer in einer Bund-Länder Arbeitsgruppe erzielten Einigung erwähnt wurde, kann kein Argument gewonnen werden, weil auch die in die Kompetenz der Länder fallenden Präklusionsfristen gesondert erwähnt werden.

Auch aus dem Umstand, dass im BVergG 2002 die gesondert anfechtbaren Entscheidungen in §20 Z13 *lita leg cit* und damit im ersten Teil "Geltungsbereich, Begriffsbestimmungen" (und nicht im fünften Teil "Rechtsschutz") geregelt waren, lässt sich, kein überzeugender Schluss auf die Zuordnung der Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen zum "materiellen Vergaberecht" oder zum "Nachprüfungsverfahren" gewinnen, haben die Begriffsbestimmungen doch Bedeutung für alle weiteren Regelungen des Bundesvergabegesetzes.

Demgegenüber kann freilich auch aus dem Umstand, dass der Verfassungsgesetzgeber des Art14b B-VG landesvergabegesetzliche Regelungen vorgefunden hat, die dem mit dem BVergG 2002 eingeführten System der gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Grundsatz vergleichbar sind, nichts für die Auslegung des Art14b B-VG gewonnen werden. Es war Zielsetzung des Art14b B-VG, die auf Bund und Länder sowohl hinsichtlich des materiellen Vergaberechts und des vergabespezifischen Rechtsschutzes verteilte Zuständigkeit zu vereinheitlichen. Damit kann aus Landesvergabegesetzen, die auf einer insoweit geteilten Kompetenzrechtslage beruhten und sich noch nicht auf Art14b B-VG stützten, kein eindeutiger Schluss auf den Inhalt der abgesonderten Adhäsionskompetenz der Länder zur Regelung des Nachprüfungsverfahrens in Art14b Abs3 B-VG gezogen werden.

Für die Zuordnung der Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen zur Regelung des Vergabeverfahrens (dem "materiellen Vergaberecht") im Sinne des Art14b Abs1 B-VG spricht, dass der Regelung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers als gesondert anfechtbar nicht nur verfahrensrechtliche Bedeutung im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zukommt. Mit der Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen strukturiert und regelt der Vergabegesetzgeber insbesondere auch das eigentliche Vergabeverfahren (und nicht das Nachprüfungsverfahren), indem er den öffentlichen Auftraggeber dazu verhält, solche Entscheidungen in formalisierter Weise eigenständig zu treffen. Typischerweise ist die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen daher von der Struktur des jeweiligen Vergabeverfahrens (zB offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren oder Verhandlungsverfahren) abhängig und muss somit mit Bezug auf das - unstrittig als Teil des "materiellen Vergaberechts" vom Bundesgesetzgeber gemäß Art14b Abs1 B-VG zu regelnde - konkrete Vergabeverfahren getroffen werden. Die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen ist daher - im Unterschied zur Festlegung von Präklusionsfristen als Regelung des Nachprüfungsverfahrens - nicht nur die Festlegung einer Anknüpfung für die verfahrensrechtliche Geltendmachung subjektiver Rechte der Bewerber und Bieter im Nachprüfungsverfahren, sondern hat insbesondere auch Bedeutung für den öffentlichen Auftraggeber bei der Strukturierung seines Vergabeverfahrens. Daher besteht ein

wesentlicher Zusammenhang mit der - jedenfalls dem Bundesgesetzgeber zukommenden - Festlegung von Entscheidungen in einem bestimmten Vergabeverfahren.

Angesichts dessen und vor dem Hintergrund der Art14b B-VG zugrunde liegenden Zielsetzung, mit Art14b Abs1 B-VG grundsätzlich eine Vereinheitlichung der gesetzlichen Regelung des Vergabeverfahrens zu erreichen, gelangt der VfGH daher zur Auffassung, dass die Festlegung gesondert anfechtbarer Entscheidungen in die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers gemäß Art14b Abs1 B-VG fällt. Da sich die Regelung des §6 Abs2a K-VergRG 2014 nicht als Anknüpfung an die im BVergGKonz 2018 festgelegten gesondert anfechtbaren Entscheidungen deuten lässt, weil §6 Abs2a K-VergRG 2014 jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers als gesondert anfechtbare Entscheidung bestimmt, sind die in Prüfung gezogenen Bestimmungen wegen Verstoßes gegen Art14b B-VG aufzuheben.

### **European Case Law Identifier**

ECLI:AT:VFGH:2018:G205.2018