

# Entscheidender kleiner Unterschied

---

**B** [bauforum.at/bauzeitung/entscheidender-kleiner-unterschied-52130](https://www.bauforum.at/bauzeitung/entscheidender-kleiner-unterschied-52130)

Der europäische Gerichtshof hat sich mit der Frage um die Auftragsart auseinandergesetzt. Der Anlassfall passierte in Südeuropa. In Spanien sind für die Erschließung von Grundstücken diverse Verfahren vorgesehen. So kann etwa für die mittelbare Umsetzung eines sogenannten „integrierten Aktionsprogramms“ ein Erschließungsbeauftragter herangezogen werden. Dieser muss nicht zwingend der Grundstückseigentümer sein.

Der Erschließungsbeauftragte erhält von der öffentlichen Hand keine direkte Vergütung, sondern wird etwa vom Grundeigentümer bezahlt. Die Benennung des Erschließungsbeauftragten erfolgt nach Durchführung eines öffentlichen Ausschreibungsverfahrens, das nach Ansicht der Europäischen Kommission nicht den Vorgaben der Vergaberichtlinie, im Besonderen der Vorschriften für öffentliche Bauaufträge entspricht.

Spanien rechtfertigt sich mit dem Hinweis, dass es sich um ein Bündel von Dienst- und Bauleistungen handelt und mangels Vergütung durch die öffentliche Hand von einer – nicht der Vergaberichtlinien unterliegenden – Dienstleistungskonzession auszugehen ist. Es folgte eine Klage.

## **Verfahrenswahl und „Splitting“**

Ob ein öffentlicher Auftrag ein Bau- oder Liefer- beziehungsweise Dienstleistungsauftrag ist, ist von großer Bedeutung. Denn für Bauleistungen und Dienstleistungen gelten andere Schwellwerte, die bei der Wahl des Vergabeverfahrens angewendet werden müssen. Grundsätzlich gilt: Der Auftragswert darf nicht „gesplittet“ werden, um mit kleineren Summen das Vergaberecht zu umgehen. Weiters ist bei mehrjährigen Leistungen derjenige Auftragswert maßgebend, der einem Leistungszeitraum von vier Jahren entspricht.

## **Lose und Direktvergabe**

Der Auftraggeber kann den Auftrag in Teilen – „in Losen“ – vergeben, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist. In so einem Fall sind die Auftragswerte der Lose zu kumulieren, um den Gesamtauftragswert zu ermitteln und das Vergabeverfahren zu wählen.

Für Bauaufträge im Unterschwellenbereich bestehen wesentliche Erleichterungen: Wenn bei einem Bauauftrag unter einem Wert von 4,845 Millionen Euro jedes einzelne Los unter 100.000 Euro Auftragswert liegt, kann der Auftraggeber die Aufträge losweise an die Unternehmen direkt vergeben (§ 14 Abs 4 BVergG).

Die Direktvergabe ist ein vereinfachtes und rasches Vergabeverfahren. Daneben ist im Oberschwellenbereich die 20-Prozent-Regel und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich die 40-Prozent-Regel anwendbar.

### **Klage abgewiesen, aber klargestellt**

Der Europäische Gerichtshof hat am 26. Mai 2011 in der Entscheidung Rs C-306/08, Kommission/Spanien zur Abgrenzung zwischen den Auftragsarten deutlich Stellung genommen. Diese Klage wurde abgewiesen, da die Europäische Kommission das Vorliegen der behaupteten Vertragsverletzung nicht hinreichend nachgewiesen hat. Insbesondere zur Abgrenzung von Dienst- und Bauleistungen. Die Klage wurde abgewiesen, trotzdem ist die Sache bedeutungsvoll für die zulässige Wahl des Vergabeverfahrens.

### **Vorrangige Vertragsverpflichtung**

Der Gerichtshof führte aus, dass jeder Vertrag ein „öffentlicher Bauauftrag“ ist, der die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung eines Bauvorhabens oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen zum Inhalt hat.

Bauleistungen, die von untergeordneter Bedeutung sind und nicht den Inhalt des Vertrags ausmachen, können nicht zur Einordnung des Vertrags als öffentlicher Bauauftrag führen.

Nach dieser Rechtsprechung bestimmt der Hauptgegenstand des Vertrags, welche Rechtsvorschriften der Union über öffentliche Aufträge grundsätzlich Anwendung finden, wenn ein Vertrag zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines öffentlichen Auftrags anderer Art aufweist. Dabei ist auf die wesentlichen vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, die den Auftrag als solche prägen, und nicht auf die Verpflichtungen bloß untergeordneter oder ergänzender Art, die zwingend aus dem eigentlichen Gegenstand des Vertrags folgen.

Fazit: Unternehmer, die an öffentlichen Aufträgen interessiert sind, müssen achtsam sein. Für den Fall, dass eine Vergabe durch eine Direktvergabe erfolgt, sind die Auftragsart und der Auftragswert anhand des Leistungsbildes zu prüfen. Erst danach kann entschieden werden, ob die Wahl der Direktvergabe durch den Unternehmer angefochten wird. Die Anfechtungsfrist bei Direktvergaben beträgt sieben Tage nach dem § 321 Abs. 3 BVergG.

Mag. Matthias Trauner  
Rechtsanwalt  
[www.heid-schiefer.at](http://www.heid-schiefer.at)