



BREITBANDSERVICEAGENTUR TIROL GMBH

Juristische Projektmanagerin

Mag. Regina Anhaus

Telefon +43 512 209309

Mobil +43 660 896 0013

[regina.anhaus@bbsa.tirol](mailto:regina.anhaus@bbsa.tirol)

## ANWENDUNG DES BUNDESVERGABEGESETZES 2018 (BVERGG 2018) IM BEREICH BREITBANDAUSBAU IN DEN GEMEINDEN

### Inhalt

|   |   |
|---|---|
| 1. Hintergrund für das BVergG 2018 .....  | 2 |
| 2. Anwendung BVergG 2018.....   | 2 |
| 3. Ausnahme elektronische Kommunikation aus dem Vergaberecht auf Unionsebene..... | 2 |
| 4. Regelung der Ausnahme auf nationaler Ebene bzw im BVergG.....                  | 2 |
| 5. Anwendung von Ausnahmen im BVergG 2018.....                                    | 3 |
| 5.1. Hauptzweck des Verfahrens.....   | 3 |
| 5.2 Auslegung öffentliche Kommunikationsnetze und -dienste .....                  | 3 |
| 5.3 Darunterfallende Technologien.....  | 4 |
| 5.4 Auslegung Bereitstellung und Betrieb .....                                    | 4 |
| 5.5 Ergebnis.....   | 5 |
| 6. Anforderungen aus Förderprogrammen .....                                       | 6 |
| 6.1 Bundesförderung .....   | 6 |
| 6.2 Landesförderung .....   | 6 |

## 1. Hintergrund für das BVergG 2018

Mit dem aktuell geltenden Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) und dem Bundesvergabegesetz Konzessionen (BVergGKonz 2018) wurden drei Richtlinien (RL) der Europäischen Union aus 2014 umgesetzt. Es sind dies die RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, die RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und die RL 2014/25/EU über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich Wasser, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (sog *Sektoren* im BVergG 2018).

## 2. Anwendung BVergG 2018

Gem § 4 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 ist dieses grundsätzlich für Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände anwendbar. Die dort enthaltenen Auftraggeber sind nicht abschließend aufgezählt und ist der Begriff weit zu verstehen. Das BVergG 2018 erfasst sämtliche Beschaffungen wobei die Ermittlung des geschätzten Auftragswerts und die Unterteilung in Ober- und Unterschwellenbereich für das jeweils anwendbare Verfahren maßgebend ist. Höhere Schwellenwerte gelten bspw auch für Beschaffungen im Sektorenbereich.<sup>1</sup>

## 3. Ausnahme elektronische Kommunikation aus dem Vergaberecht auf Unionsebene

Auf Unionsebene besteht gem Art 8 der (oben genannten Vergabe-) RL 2014/24/EU eine besondere Ausnahme im Bereich der elektronischen Kommunikation: „Diese Richtlinie gilt nicht für öffentliche Aufträge und Wettbewerbe, die hauptsächlich den Zweck haben, dem öffentlichen Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze oder die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste für die Öffentlichkeit zu ermöglichen.“ Diese Formulierung findet sich gleichermaßen in Art 11 der (Konzessions-) RL 2014/23/EU.

Diese Ausnahme für den Telekommunikationssektor wurde bereits mit Art 13 der (früheren Vergabe-) RL 2004/18/EG geschaffen und in Österreich im BVergG 2006 umgesetzt. Nähere Auskunft gibt dazu der Erwägungsgrund 21, der textgleich in die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage (EBRV) des BVergG 2006 übernommen wurde: „Da infolge der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften zur Liberalisierung des Telekommunikationssektors auf den Telekommunikationsmärkten inzwischen wirksamer Wettbewerb herrscht, müssen öffentliche Aufträge in diesem Bereich aus dem Anwendungsbereich der vorliegenden Richtlinie ausgeklammert werden, sofern sie allein mit dem Ziel vergeben werden, den Auftraggebern bestimmte Tätigkeiten auf dem Telekommunikationssektor zu ermöglichen.“ Zur Definition dieser Tätigkeiten wurde ursprünglich auf die Begriffsbestimmungen der Artikel 1, 2 und 8 der früheren Vergabe-RL 93/38/EWG, die auch den Telekommunikationsbereich noch mit einschloss, verwiesen. Inzwischen ist die Bedeutung einschlägigen RL aus dem Bereich der Telekommunikation zu entnehmen, bspw jener zur *Änderung der RL 2002/21/EG über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste* [...] 2009/140/EG (Rahmenrichtlinie – vgl aber RL 2018/1972/AEUV). Auf nationaler Ebene ist die Ausnahme in das BVergG eingeflossen, hinsichtlich der Definitionen wird aktuell auf das Telekommunikationsgesetz 2003 (TKG 2003) verwiesen.

## 4. Regelung der Ausnahme auf nationaler Ebene bzw im BVergG

Aktuell findet sich die vormals in § 10 Z 16 BVergG 2006 umgesetzte Ausnahmebestimmung für den Telekommunikationssektor in § 9 Abs 1 Z 24 BVergG 2018.

Danach sind **Vergabeverfahren, die hauptsächlich den Zweck haben, dem öffentlichen Auftraggeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze gemäß § 3 Z 17 des TKG 2003, oder**

---

<sup>1</sup> Eine Übersicht über das BVergG 2018 für Gemeinden bietet zB: <https://gemeindebund.at/website2016/wp-content/uploads/2018/04/rfg-23-2018-das-neue-bundesvergaberecht.pdf>.

**die Bereitstellung eines oder mehrerer elektronischer Kommunikationsdienste gem § 3 Z 9 in Verbindung mit Z 11 TKG 2003 für die Öffentlichkeit zu ermöglichen**, vom BVergG 2018 ausgenommen.

In den EBRV zu § 9 Abs 1 Z 24 BVergG 2018 wird neben dem oben bereits angesprochenen Hintergrund für die Ausnahmebestimmung (Liberalisierung des Telekommunikationssektors) ausgeführt, dass damit nunmehr Vergaben des ehemaligen Sektorenbereichs aus dem klassischen Vergaberegime ausgeschlossen werden. Zu beachten ist, dass Z 24 nur jene Vergaben erfasst, deren Ziel darin besteht, einem öffentlichen Auftraggeber *bestimmte Tätigkeiten* im ehemaligen Sektor Telekommunikation zu ermöglichen.

## 5. Anwendung von Ausnahmen im BVergG 2018

Ausnahmen von der Geltung der Gemeinschaftsvorschriften sind grds eng und in Einklang mit dem Unionsrecht auszulegen. Der Anwendungsbereich dieser Ausnahme ist jedoch weit gezogen, da nach dem Gesetzeswortlaut **alle** Vergabeverfahren eines öffentlichen Auftraggebers, die hauptsächlich der Entfaltung einer der genannten Tätigkeiten dienen, in den Anwendungsbereich der Ausnahme fallen.<sup>2</sup>

Der öffentliche Auftraggeber hat die für die Anwendung der Ausnahme maßgeblichen Gründe nach § 9 Abs 2 BVergG 2018 schriftlich festzuhalten.

### 5.1. Hauptzweck des Verfahrens

Zur Auslegung des Begriffes *hauptsächlich* ist auf die Rechtsprechung des EuGH zum *Hauptgegenstand eines Auftrages* zu verweisen, bei welchem § 3 Abs 1 BVergG 2018 die Grundregel für Situationen bildet, in denen nicht alle Leistungsteile dem BVergG 2018 unterliegen und darüber hinaus objektiv nicht trennbar sind. Das BVergG 2018 ist anzuwenden, wenn der Hauptgegenstand dem BVergG 2018 unterliegt. Der Hauptgegenstand eines Auftrags ist im Rahmen einer objektiven Prüfung des Gesamtvorhabens zu bestimmen, auf das sich das gegenständliche Verfahren bezieht. Es ist auf die wesentlichen und vorrangigen Verpflichtungen abzustellen, welche den Leistungsgegenstand prägen. Untergeordnete oder ergänzende Leistungen, die zwingend aus dem eigentlichen Leistungsgegenstand folgen, werden dabei außer Acht gelassen. Der Wert der jeweiligen Leistungen ist nur ein Kriterium unter anderen. Auch das Kriterium der objektiven Trennbarkeit ist nach den vom EuGH entwickelten Grundsätzen zu prüfen. Es reicht nicht aus, die Absicht, die Leistungsteile als untrennbar zu betrachten, zum Ausdruck zu bringen oder zu vermuten. Es bedarf des Nachweises, dass ein bestimmter Vertragspartner zwingend erforderlich ist, weil ansonsten das Ziel des Verfahrens nicht realisiert werden kann und eine Trennung in Einzelteile in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht für den Auftraggeber wert- oder sinnlos ist.<sup>3</sup>

Soll bspw ein Gebäude für einen öffentlichen Auftraggeber errichtet werden und soll die überwiegende Nutzfläche des Gebäudes der Bereitstellung oder dem Betrieb eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes oder der Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten für die Öffentlichkeit dienen, so unterliegt der Bauauftrag nicht dem BVergG.<sup>4</sup>

### 5.2 Auslegung öffentliche Kommunikationsnetze und -dienste

§ 3 Z 11 TKG 2003 enthält die Festlegung für **Kommunikationsnetz**, es sind dies Übertragungssysteme und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitweeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen – einschließlich der nicht aktiven Netzbestandteile –, die die elektronische Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen, einschließlich Satellitennetze, feste (leitungs- und paketvermittelte, einschließlich Internet) und mobile terrestrische Netze,

<sup>2</sup> vgl Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, *Schramm/Aicher/Fruhmann* (2009), § 10 Z 16 Rz 383

<sup>3</sup> vgl EBRV zu § 3 BVergG 2018

<sup>4</sup> vgl Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, *Schramm/Aicher/Fruhmann* (2009), § 10 Z 16 Rz 383

Stromleitungssysteme, soweit sie zur Signalübertragung genutzt werden, Netze für Hörfunk und Fernsehen sowie Kabelrundfunknetze (Rundfunknetze), unabhängig von der Art der übertragenen Informationen.

Gem § 3 Z 17 des TKG 2003 handelt es sich bei einem **öffentlichen** Kommunikationsnetz um ein Kommunikationsnetz, das ganz oder überwiegend der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste dient.

Ein Kommunikationsnetz gilt demnach dann als öffentlich, wenn sich das Angebot an einen unbestimmten Personenkreis richtet, egal, wem das Netz gehört und wer ganz (oder überwiegend) Kommunikationsdienste bereitstellt.

Ein sog *Intranet*, das nur den Nutzern in den Filialen einer Filialkette zugänglich ist, fällt bspw nicht darunter.

Nach § 3 Z 9 TKG 2003 ist ein **Kommunikationsdienst** eine gewerbliche Dienstleistung, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze besteht, einschließlich Telekommunikations- und Übertragungsdienste in Rundfunknetzen, jedoch ausgenommen Dienste, die Inhalte über Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben. Ausgenommen davon sind Dienste der Informationsgesellschaft im Sinne von § 1 Abs 1 Z 2 des Notifikationsgesetzes, [BGBl. I Nr. 183/1999](#), die nicht ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Kommunikationsnetze bestehen.

### 5.3 Darunterfallende Technologien

Die ursprünglichen Begriffe der RL *über den Wettbewerb auf dem Markt der Telekommunikationsdienste* 90/388/EWG wurden in den oben bereits genannten maßgeblichen RL für Telekommunikation in der Vergangenheit immer wieder neu formuliert. Erfasst werden nach § 3 Z 17 TKG 2003 idgF leitungsgebundene Netze. Darunter sind klassische Festnetztelefonate, aber auch VoIP-Kommunikation und Mobilfunktelefonate, ebenso (beidseitig) integrierte Funkstrecken (Richtfunk oder Satellitenfunk) als Teil des Netzes zu verstehen.

Bei Mobilfunkbasisstationen besteht die Bereitstellung ganz oder teilweise durch den Aufbau von Funkverbindungen zum Mobilfunkbenutzer, die Verbindung kommt also nicht (nur) zwischen (verdrahteten) Netzabschlusspunkten gem § 3 Z 13 TKG 2003 zustande. Mobilfunkbasisstationen sind zwar vom unionsrechtlichen Begriff nach der Rahmen-RL idF 2009/140/EG nicht erfasst, da diese Einschränkung des Art 2 lit d aber nicht in nationales Recht (§ 3 Z 17 TKG 2003 idgF) übernommen wurde, sind auch sämtliche Mobilfunkbasisstationen samt den über die Funkwellen versorgten Gebieten umfasst.<sup>5</sup>

### 5.4 Auslegung Bereitstellung und Betrieb

Ausgehend davon, dass in anderen Sprachfassungen der Vergabe-RL 2004 für die Ausnahme die Begriffe *Bereitstellung und Nutzung* verwendet wurden, wird auch die Ausnahme in § 9 Abs 1 Z 24 BVergG 2018 in diesem Sinn verstanden. Die *Bereitstellung* von Telekommunikationsnetzen erfasst die Netzinfrastruktur einschließlich deren Errichtung und Instandhaltung (auch zB das Errichten von Sendeanlagen und Sendemasten, sowie Anbringen und Service von Signalverstärkern, usw). Das *Betreiben* ist die Erbringung einer Leistung durch bzw über das Netz (bspw Telekommunikationsdienste). Die zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten erforderlichen Beschaffungen (von Betriebsmitteln) sind Beschaffungen, die für das *Betreiben* (oder den *Betrieb*) notwendig sind. Vom Begriff *Nutzung* ist begrifflich mehr umfasst als beim *Betreiben* bzw dem *Betrieb*. Im engen Wortsinn bedeutet *Betreiben / Betrieb* die aktive Tätigkeit der Entfaltung der Telekommunikationstätigkeit, während die *Nutzung* eines Netzes nicht nur den Gebrauch allein ohne Rücksicht auf den Substanzerhalt betrifft – darüberhinausgehend sind auch Wartung,

---

<sup>5</sup> vgl Kommentar zum Telekommunikationsgesetz 2003, *Riesz/Schilchegger* (2016), § 3 Rz 198 ff

Wiederherstellung und zweckmäßige Anpassungen an sich ändernde Anforderungen erfasst (bspw die technische Auf- bzw Nachrüstung). Bei einem Telekommunikationsnetz beinhaltet dies neben der Nutzung eines derartigen Netzes durch die Erbringung von Telekommunikationsdiensten auch die Instandhaltung, Erweiterung und Modernisierung der Netzinfrastruktur.

Alle Vergabeverfahren, die als Hauptzweck den Bau, den Betrieb und die Verwaltung eines Telekommunikationsnetzes haben, sind daher dem *Bereitstellen* und dem *Betrieb* eines Netzes nach Z 24 zuzurechnen und vom BVergG 2018 ausgenommen.

Von der *Bereitstellung* von Telekommunikationsdiensten werden alle Leistungen erfasst, die für das Angebot und die Erbringung der Telekommunikationsdienste erforderlich sind und welche nicht bereits durch die Bereitstellung und die Nutzung eines Telekommunikationsnetzes erfasst sind. Bspw hat der EuGH in der Rs C-324/98 (Telaustria) das Sammeln, Bearbeiten und Strukturieren von Teilnehmerdaten sowie deren technische Nutzbarmachung, das Erstellen gedruckter Telefonverzeichnisse und Werbung für und in den Telefonverzeichnissen ausdrücklich als Leistungen bezeichnet, die *unmittelbar mit einer Tätigkeit zusammenhängen, die das Angebot von öffentlichen Telekommunikationsdiensten betrifft*.<sup>6</sup>

### 5.5 Ergebnis

**Es sind daher alle Vergabeverfahren vom Regime des BVergG 2018 ausgenommen, welche im Telekommunikationsbereich unmittelbar die Infrastruktur betreffen bzw zur Erbringung von Telekommunikationsdiensten unmittelbar erforderlich sind. Darunter fallen insbesondere Errichtung, Aufrüstung, Erweiterung und Modernisierung der Netzinfrastruktur, aber auch Leistungen im Zusammenhang mit Wartung und Betrieb des öffentlichen Telekommunikationsnetzes.**<sup>7</sup>

Die Gemeinde kann sich selbstverständlich freiwillig für die Anwendung des BVergG 2018 entscheiden oder sich zur Einholung einer bestimmten Anzahl von Angeboten verpflichten (vgl zB auch § 81 Tiroler Gemeindeordnung 2001 – TGO 2001 – für Veräußerung, Vermietung und Verpachtung). Auch kann sie ein Verfahren wählen, dass sich zumindest an den Grundsätzen des BVergG 2018 orientiert.

---

<sup>6</sup> vgl Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, *Schramm/Aicher/Fruhmann* (2009), § 10 Z 16 Rz 393

<sup>7</sup> vgl Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, *Schramm/Aicher/Fruhmann* (2009), § 10 Z 16 Rz 394

## 6. Anforderungen aus Förderprogrammen

Neben dem BVergG 2018 sind hinsichtlich einer erforderlich werdenden Ausschreibung auch Vorgaben aus anderen Bereichen zu beachten.

### 6.1 Bundesförderung

Die Leitlinien der aktuellen Breitbandausbau-Förderprogramme enthalten keinen Hinweis auf ein durchzuführendes Vergabeverfahren, es findet sich aber in den Förderverträgen mit den Gemeinden als Fördernehmern folgender Passus:

*Der/Die FörderungsnehmerIn verpflichtet sich weiter, insbesondere [...] bei der Vergabe von Aufträgen für Lieferungen und Leistungen unbeschadet der Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006), BGBl I Nr. 17/2006, zu Vergleichszwecken nachweislich mehrere Angebote einzuholen, soweit dies im Hinblick auf die Höhe des geschätzten Auftragswertes zweckmäßig ist;*

Grds beruht diese Festlegung auf § 24 Abs 2 Z 7 der allgemeinen Rahmenrichtlinie für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln (ARR 2014). Konkretisierende Ausführungen, ab welcher Auftragswertschwelle wie viele Angebote einzuholen sind, finden sich in der ARR 2014 nicht. Seitens des Fördergebers gibt es zu der gegenständlichen Festlegung ebenfalls keine Vorgaben bezüglich Auftragswertschwelle und Anzahl der Vergleichsangebote. Begründet wird dies mit der Vorgabe, dass das entscheidende Kriterium für die Auftragswertschwelle bzw die Anzahl der Vergleichsangebote die *Zweckmäßigkeit* ist. Die *Zweckmäßigkeit* wird von Beschaffung zu Beschaffung variieren, da unterschiedliche Komponenten vorliegen, welche zu berücksichtigen sein werden. Es ergibt sich daraus, dass hier auch dem Förderwerber eine Verantwortung zukommt, deren Entsprechen durch die (die Kosten) prüfende Person beim Fördergeber im Zweifel (im Einzelfall) überprüft wird.

### 6.2 Landesförderung

Bei der Herstellung der Infrastruktur selbst (Tiefbau etc) wird keine Ausschreibung vom Land Tirol verlangt. Anderes gilt jedoch für die Betreibersuche.

Hintergrund hierfür ist das (EU-) Beihilfenrecht. Die Providersuche hat nach den vom Land Tirol erarbeiteten Vorgaben zu erfolgen, damit über die bereits gefördert gebauten Netze der Gemeinden die Provider nicht indirekt eine Förderung erhalten, indem sie sich zusätzlich auch keinem Wettbewerb stellen müssen. Sie kommen ohnehin – ohne eigene Ausbaurkosten aufwenden zu müssen – in den Genuss der durch die Gemeinden realisierten (und bereits gefördert gebauten) Glasfasernetze.

Es sind dafür Muster-Dokumente *Betreibersuche nach dem Modell Passives Sharing* zu verwenden. Diese können bei der Breitbandserviceagentur Tirol GmbH (BBSA) bezogen werden. Die darin enthaltenen Vorgaben sind einzuhalten, bspw Kundmachung im Boten für Tirol und Vorgabe eines am BVergG angelehnten Verfahrens.