

Franz Pachner<sup>1</sup>  
Bundesministerium für  
Wirtschaft und Arbeit  
1012 Wien

## **Das Bundesvergabegesetz 2002<sup>2</sup>**

Referat im Rahmen der Diskussionsveranstaltung des Forums Interne Revision am  
15.1. 2003

*„Die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen.“<sup>3</sup>*

### **0. Einleitung**

Auftragsvergaben finden nicht „jenseits von Zeit und Raum“ statt, sondern in konkreten Alltagssituationen, relativ häufig auch unter Zeitdruck.

Diese Aussage sei an die Kontrollinstanzen - Kontrollabteilungen, Revisionseinrichtungen und nicht zuletzt an die Vergabekontrolleinrichtungen - gerichtet. Das soll kein „Aufruf zu mehr Schlamperei“ zum großen Augenzudrücken sein, sondern ein Appell, den konkreten Alltag nicht völlig aus den Augen zu verlieren.

Hintergrund: Die massive Formalisierung und Verrechtlichung des Vergaberechts, die bei weitem nicht allein auf die Übernahme von EG-Vergaberecht zurückzuführen ist.

---

<sup>1</sup> Telefon: (01) 71100/5554; Telefax: (01) 71100/2203; e-mail: franz.pachner@bmwa.gv.at

<sup>2</sup> BGBl. I Nr. 99/2002, ausgegeben am 28.6. 2002.

<sup>3</sup> § 90 Abs 1, erster Satz BVergG 2002.

## **1. Für die Innenrevisoren (mehr oder weniger) uninteressant**

### **1.1 Die Vereinheitlichung des materiellen Vergaberechts in Österreich zwischen 1.1. 2003 und 1.7. 2003**

Wichtig für die Wirtschaft und die immer seltener werdenden Auftraggeber in mittelbarer Bundesverwaltung und Auftragsverwaltung des Bundes, und natürlich auch für die „Sachverständigen“ (Architekten, Ingenieurkonsulenten, Technische Büros, Rechtsanwälte, Unternehmensberater), jedoch für die Innenrevisoren eher uninteressant ist die überraschend geglückte Vereinheitlichung des materiellen Vergaberechts des Bundes und der Länder, beginnend mit 1.1. 2003 (Vorarlberg) und voraussichtlich abgeschlossen mit 1.7. 2003.

Damit kann endgültig von einem einheitlichen Regelwerk ausgegangen werden, zumal ja die bisherigen „drei Säulen“ des Vergaberechts ohnehin identisch waren - EG-Richtlinienrecht, Rechtsprechung des EuGH und last but not least ÖNORM A 2050.

Ein technisch sehr gelungener Schritt, der allerdings den Alltag nicht nur einfacher macht, nämlich die Regelung des Ober- und des Unterschwellenbereichs, wird in weiterer Folge noch zu erörtern sein.

Auch wenn dies praktisch nie ein sonderliches Problem dargestellt hat, so ist es formal zu begrüßen, dass gemeinsame Auftragsvergaben von einerseits Bund, andererseits Ländern oder Gemeinden nun formalrechtlich einwandfrei möglich sind.

### **1.2 Die Beibehaltung des geteilten Rechtsschutzes Bund – Länder**

Gleichfalls ohne sonderliche Relevanz für die Innenrevisoren ist die Beibehaltung des geteilten Rechtsschutzregimes Bund einerseits - Länder und Gemeinden andererseits.

Dies ist die Folge eines Kompromisses auf politischer Ebene und ist m.E. undramatisch, da ja auch die Rechtsprechung des „Bundesvergabebeamtes alt“ Unterschiede nach einzelnen Senaten erkennen ließ. Durch die Anfechtbarkeit der Bescheide des Bundesvergabebeamtes und der acht Unabhängigen Verwaltungs-

senate (alle Bundesländer mit Ausnahme Wiens) beim Verwaltungsgerichtshof wird zu hoffen sein, dass die Rechtsprechung nicht allzu stark auseinanderdriftet und dass „Exoten“<sup>4</sup> vermieden werden.

## **2. Regelungen, die gerade für die Tätigkeit von Innenrevisoren von Belang sind**

### **2.1 Erstreckung des Anwendungsbereichs des BVergG 2002 bis zum „1-Cent-Auftrag“**

Eine der gravierendsten Änderungen mit dem BVergG 2002 ist die Erstreckung des Anwendungsbereichs bis zum sprichwörtlichen „1-Cent-Auftrag“.

Rein rechtspolitisch ist dies zweifellos zu begrüßen - ob diese Regelung wirklich so revolutionär ist, mag dahin gestellt bleiben, zumal der OGH in ständiger Rechtsprechung die Bestimmungen der ÖNORM A 2050 als Sorgfaltsmaßstab für das Handeln des öffentlichen Auftraggebers für einklagbar bezeichnet.

Rein pragmatisch bedeutet dies aber, dass nicht nur ein klarer Gesetzesverstoß, sondern auch jede - nachträglich festgestellte - Überschreitung des Ermessensbereichs des Auftraggebers eine Gesetzesverletzung darstellt.

#### **2.1.1 „Formarme Vergabeverfahren“**

Ausnahmeverfahren, und damit „formarme Verfahren“, unterhalb der EG-rechtlich zu beachtenden Schwellenwerte sind<sup>5</sup>

- das nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung bis zur Höchstgrenze von

<sup>4</sup> Als „Exoten“ bezeichne ich insbesondere die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes, dass

1. bei Überschreiten des 5-Millionen-€-Schwellenwertes alle Lose kleiner 1 Mio. € dann europaweit ausgeschrieben werden müssen, wenn deren Summe größer 20 % des geschätzten Auftragswerts ist; diese verbal mögliche Auslegung ist inhaltlich sinnentleert [*inzwischen im BVergG 2002 rein sprachlich klargestellt*].
2. die Unterlassung des Widerrufs einer Ausschreibung („Sozialversicherungs-Chipcard III“) eine bekämpfbare Entscheidung des Auftraggebers darstellt [*vom VfGH inzwischen aufgehoben*].
3. der Preis als einziges Zuschlagskriterium rechtswidrig ist, auch dann, wenn die Standards für die Leistung klar definiert sind und Betriebs- oder Folgekosten keine (unterschiedliche) Rolle spielen.
4. die Verdachtsflächenuntersuchungen nach dem ALSAG nach einem Judikat von Anfang 2000 österreichweit aufzusummieren waren, wogegen 1998 und Anfang 2002 die gegenteilige Rechtsmeinung judiziert wurde.

<sup>5</sup> §§ 25 – 27 BVergG 2002.

60.000 € bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und 120.000 € bei Bauaufträgen.

- das Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung.
- das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung bis zur Höchstgrenze von 60.000 € bei Aufträgen über geistig-schöpferische Dienstleistungen, 40.000 € bei allen übrigen Dienstleistungsaufträgen und Lieferaufträgen sowie 80.000 € bei Bauaufträgen.
- die Direktvergabe bis zur Höchstgrenze von 30.000 € bei Aufträgen über geistig-schöpferische Dienstleistungen und 20.000 € bei allen übrigen Aufträgen.
- die elektronische Auktion bis zu einem geschätzten Auftragswert von höchstens 40.000 €.
- die Rahmenvereinbarung (bis zur Höhe der europarechtlichen Schwellenwerte).
  - Aufträge über geistig-schöpferische Leistungen können bis zum Auftragswert von 130.000 SZR (162.293 €) im Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer vergeben werden, „sofern im Hinblick auf die Eigenart der Leistung die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes aufgrund der Kosten des Beschaffungsvorganges wirtschaftlich nicht vertretbar ist. Der Auftraggeber hat für nach dieser Bestimmung vergebene Dienstleistungen im nachhinein einen angemessenen Grad an Transparenz zu gewährleisten.“<sup>6</sup>

Die wirklich spannende Frage ist, wie

1. die Vergabekontrolleinrichtungen und
2. interne Kontrolleinrichtungen (Innenrevision, Kontrollabteilungen)

in strittigen Fällen mit den formarmen Verfahren umgehen - in erster Linie was die Berechnungsgrundlage darstellt. Das BVergG 2002 stellt auf den „Auftrag“ ab.M.E.

---

<sup>6</sup> § 26 Abs 4 (neu gegenüber der Begutachtungsversion des BVergG 2002).

werden vor allem bei Lieferaufträgen und kleineren Dienstleistungsaufträgen das Budgetjahr (willkürliche Teilung ausgenommen) und die Vorhersehbarkeit des Beschaffungsumfangs zugrunde zu legen sein. Kritischer ist dies bei Bauaufträgen - ist ein über zwei oder mehrere Jahre gehendes „Ganzes“ erkennbar, dann wird über die gesamte Laufzeit aufzusummieren sein; bei kleineren Erhaltungsaufträgen, bei denen von Jahr zu Jahr der konkrete Auftragsumfang neu ermittelt wird, sehe ich keinen Zwang, über mehrere Jahre aufzusummieren.

Zu beachten ist, dass mit Ausnahme der Direktvergabe und des Sonderverfahrens für geistig-schöpferische Dienstleistungen nach § 26 Abs 4 BVergG 2002 auch die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben ist und damit die Justiziabilität bei diesen Verfahren potenziell groß ist.

#### 2.1.2 Ab den Obergrenzen der „formarmen Vergabeverfahren“: Formalisierte Vergabeverfahren unterhalb der EG-Schwellenwerte

Ab den zuvor angegebenen „Sub-Schwellenwerten“ - 60.000 € bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, 120.000 € bei Bauaufträgen und, gegebenenfalls, 130.000 Sonderziehungsrechten bei geistig-schöpferischen Dienstleistungsaufträgen bei Erfüllung der Rahmenbedingungen des § 26 Abs 4 BVergG 2002 - sind jene formalisierten Vergabeverfahren anzuwenden, die, EG-konform, auch oberhalb der Schwellenwerte heranzuziehen sind: Gleichrangig<sup>7</sup> entweder das offene Verfahren oder das nicht offene Verfahren mit Bekanntmachung.

D.h. es wurde damit de facto die volle Verrechtlichung in den Bereich der nicht allzu hohen Aufträge hineingezogen, vom EG-Vergaberecht nur durch die erheblich kürzeren Angebots- und Aufklärungsfristen unterschieden.

Selbstverständlich gilt auch bei diesen Vergabeverfahren die Verpflichtung, die Zuschlagsentscheidung im offenen Verfahren und in der zweiten Stufe des nicht offenen Verfahrens den Bietern bekannt zu geben.

---

<sup>7</sup> § 24 BVergG 2002.

### 2.1.3 Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte

Der Rechtsschutz beginnt „grundsätzlich“ beim sprichwörtlichen „1-Cent-Auftrag“. Gemildert wird dies zwangsläufig

- einerseits durch die Direktvergabe - mit relativ hohen Werten - ,das Sonderverfahren für die Vergabe geistig-schöpferischer Dienstleistungen nach § 26 Abs 4 BVergG und die elektronische Auktion, soweit Auktionsordnung und sonstige Vorgangsweise des Auftraggebers korrekt waren,
- andererseits durch das System der gesondert bekämpfbaren Entscheidungen<sup>8</sup> und der Präklusionsfristen.<sup>9</sup> Das „österreichische Erfolgsmodell des Ansparens von (tatsächlichen oder vermeintlichen) Vergaberechtsverstößen bis zur letzten Sekunde“, nämlich dann, wann erkennbar ist, dass der Bieter den Auftrag doch nicht erhält, erscheint damit beendet und
- schließlich durch die Kostenpflicht der Vergabekontrollverfahren bei Einführung des - m.E. richtigen - Obsiegensprinzips.

Im Zeitalter der „Advokatisierung des Vergaberechts“ kann das aber, wenn auch in eingeschränktem Ausmaß, immer noch bedeuten, dass die Rechtsanwälte für ihre Mandanten auch

1. die Zulässigkeit „formarmer Vergabeverfahren“ und
2. die Zuschlagsentscheidung sowohl bei formarmen Vergabeverfahren als auch formalisierten Vergabeverfahren unterhalb der EG-Schwellenwerte

bekämpfen und somit die bisher ziemlich reibungslos verlaufenen „kleinen“ Auftragsvergaben blockieren. Die „kleinen“ Auftragsvergaben können für den Auftraggeber somit relativ teuer werden.

---

<sup>8</sup> § 20 Z 13 lit a BVergG 2002.

<sup>9</sup> § 169 BVergG 2002. Im Übrigen stellte der EuGH im Urteil vom 12.12. 2002 in der Rs. C-470/99 „Universale Bau AG u. a. gegen Entsorgungsbetriebe Simmering“, Rn .79, die europarechtliche Zulässigkeit von Präklusionsfristen fest: „Somit ist auf die dritte Frage zu antworten, dass die Richtlinie 89/665 einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der die Nachprüfung einer Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers binnen einer bestimmten Frist beantragt werden muss, wobei sämtliche Mängel des Vergabeverfahrens, auf die der Antrag gestützt wird, innerhalb dieser Ausschlussfrist gerügt werden müssen, so dass bei Versäumnis der Frist im weiteren Verlauf des Verfahrens weder die betreffende Entscheidung angefochten noch ein solcher Mangel geltend gemacht werden kann, sofern die fragliche Frist angemessen ist.“

## 2.2 Elektronische Auktion<sup>10</sup> und Rahmenvereinbarung<sup>11</sup>

Diese beiden für den Auftraggeber relativ flexiblen Vergabeverfahren sind derzeit nur bis höchstens 40.000 €, im Falle der elektronischen Auktion, bzw. höchstens zu den Schwellenwerten, im Falle der Rahmenvereinbarung<sup>12</sup>, zulässig.

Mit der Übernahme des neuen europäischen Vergaberechts (1.1. 2005?) werden beide Vergabeverfahren generell zulässig sein.

Vorteil: Der Auftraggeber kann günstigere Preise erzielen. Nachteil: Vor allem bei der elektronischen Auktion können Preiskämpfe zulasten der kleineren und mittleren Unternehmungen ausgehen und die Struktur der Wirtschaft nachhaltig verändern, was sich bereits mittelfristig zu Ungunsten der öffentlichen Auftraggeber auswirken kann.

- Die elektronische Auktion als „iteratives elektronisches Verfahren“<sup>13</sup> für die Vergabe von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen über standardisierte Leistungen, sofern der Auftragsgegenstand so eindeutig und vollständig beschrieben werden kann, dass die Gleichwertigkeit der Angebote sichergestellt ist.<sup>14</sup> Für Durchführung und Abwicklung elektronischer Auktionen sieht § 116 genauere Regelungen vor (v.a. eine Auktionsordnung).
- Die Rahmenvereinbarung, die vom Rahmenauftrag<sup>15</sup> zu unterscheiden ist. Sie ist „eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen, die zum Ziel hat, die Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere in Bezug auf den in Aussicht genommenen Preis und gegebenenfalls die in Aussicht genommene Menge“; hier besteht eine einseitige Bindung des Auftragnehmers, die aber im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gesehen werden muss (d.h. der Bieter

<sup>10</sup> §§ 20 Z 12 und 28 BVergG 2002.

<sup>11</sup> §§ 20 Z 27 und 29 BVergG 2002.

<sup>12</sup> Gemeint ist hier für die „klassischen“ öffentlichen Aufträge - im Bereich der sogenannten Sektorentätigkeiten (Versorgung mit Trinkwasser, Energie, Verkehrsleistungen und -einrichtungen) ist die Rahmenvereinbarung generell zulässig.

<sup>13</sup> § 20 Z 12 BVergG 2002.

<sup>14</sup> § 28 BVergG 2002.

<sup>15</sup> Der Rahmenauftrag (der oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte immer zulässig war und dies auch weiterhin ist) bedeutet, dass geschätzte 100 % einer Leistung als Rahmen ausgeschrieben werden, derjenige, dem der Auftrag zugeschlagen wird, erbringt die Leistung in der tatsächlich anfallenden Menge, die mit 100 % des ausgeschriebenen Umfangs begrenzt werden kann.

wird nicht immer alle Kapazitäten zum niedrigstmöglichen Preis vorhalten können).

### 2.3 Die Option<sup>16</sup>

Die Option ist kein selbständiges Vergabeverfahren.

E . zu § 12 Abs 4:

BVA: Die Ausübung eines Optionsrechtes in Übereinstimmung mit der zugrunde liegenden Ausschreibung stellt kein eigenes Vergabeverfahren dar. Dazu das Bundesvergabeamt, auf der Basis der - gleichartigen - alten Rechtslage<sup>17</sup> (Hervorhebung durch mich):

„Geht man von der wirksamen Vereinbarung des Optionsrechtes aus, stellt sich die Frage, ob die Beschaffung von Lieferungen mittels Ausübung dieses Rechtes als Vergabeverfahren im Sinne des § 115 Abs. 1 BVergG bzw. des oa. Artikel 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG anzusehen ist. **Durch die Ausübung einer Option wird ein inhaltlich vorausbestimmtes Schuldverhältnis in Geltung gesetzt (vgl. Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts, Band I (10)(1995) 117). Die Optionsausübung bewirkt daher den Vertragsabschluss und würde daher unter die in § 15 Z 1 BVergG aufgestellte Definition des Vergabeverfahrens fallen, wonach alle Vorgänge, die zum Abschluss eines Vertrages zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer führen sollen, als Vergabeverfahren anzusehen sind. Unter Berücksichtigung der Systematik und des Zwecks der europäischen Vergaberichtlinien ergibt sich jedoch, dass der Wortlaut des innerstaatlichen Rechts teleologisch zu reduzieren ist.** Die Lieferkoordinierungsrichtlinie 93/36/EWG kennt den Begriff der Option (vgl. Artikel 5 Abs. 5 leg.cit. und Anhang IV B, 3.c leg.cit.) und geht daher offensichtlich von der Zulässigkeit der Vereinbarung und Ausübung von Optionsrechten aus. Dennoch wurde die Ausübung eines Optionsrechtes nicht als eigener Ausnahmetatbestand von der Pflicht zur Durchführung eines offenen oder nicht offenen Vergabeverfahrens normiert (vgl. Artikel 7 leg.cit.). Die Vereinbarung von Optionsrechten wäre aber offensichtlich vollkommen sinnlos, wenn es nicht möglich wäre, die durch ihre Ausübung bezweckte Beschaffung von Lieferungen ohne weiteres Vergabeverfahren durchzuführen.“

Ich wage die Vorhersage, dass die umsichtigen öffentlichen Auftraggeber verstärkt zum Instrument der Option greifen werden, da dadurch die Wahrscheinlichkeit von Vergabekontrollverfahren deutlich verringert wird.

<sup>16</sup> §12 Abs 4 BVergG 2002.

<sup>17</sup> BVA, N-44/99-9 vom 26.11. 1999, „Beschaffung von LKW's für den Straßendienst“.

### **3. Ausnahmen von der Anwendung des Vergaberechts**

#### 3.1 Forschungs- und Entwicklungsaufträge

Die Rechtslage war, was weitgehend unbekannt ist, seit 1.7. 2000 geänderte: Es war bei Forschungsaufträgen, sofern nicht das BVergG zur Anwendung gelangt, die ÖNORM A 2050, Ausgabe 1.1. 1993, anzuwenden.

Diese Regelung erfolgte mit einer Novelle zum FOG, BGBl. I Nr. 47/2000, kundgemacht mit 11.7. 2000 und mit 1.7. 2000 rückwirkend in Kraft getreten (§ 13 Abs. 1, gemäß § 13 Abs. 2 hat die Bundesregierung Richtlinien zu erlassen, dem RH zur Kenntnis zu bringen und im Amtsblatt zur Wiener Zeitung zu veröffentlichen).

Da das BVergG 2002 die erheblich jüngere Rechtsmaterie und eine Spezialvorschrift für die Vergabe öffentlicher Aufträge darstellt, spricht m.E. mehr dafür, dass die ÖNORM A 2050 bei der Vergabe von Aufträgen nicht mehr anzuwenden ist.

Forschungsaufträge fallen, ab Erreichen des Schwellenwertes, dann nicht unter das BVergG, wenn

- entweder die Ergebnisse der Öffentlichkeit zugänglich sind, sei es der „breiten Öffentlichkeit“ oder der Fachöffentlichkeit - das bedeutet zumindest einen Zugang zu den Unterlagen über eine Bibliothek
- oder die öffentliche Hand nicht allein einen Forschungsauftrag finanziert, sondern zusammen mit einem Privaten im Sinne des Vergaberechts - wie hoch der Anteil der privaten Finanzierung für die Inanspruchnahme dieses Ausnahmetatbestandes sein muss, wird vom Vergaberecht nicht geregelt (ich gehe von mindestens 10 % aus); BAK und WKÖ sind keine Privaten, der ÖGB streng genommen schon (stellt aber einen Grenzfall dar).

Da es auf Grund der doppelten Verneinung, die aus der Fußnote 4 zu Anhang I A der Richtlinien 93/38/EWG (Sektorenrichtlinie) und 92/50/EWG (Dienstleistungs Koordinierungsrichtlinie) wörtlich in die Formulierung des § 6 Abs. 1 Z 12 BVergG 2002 übernommen worden war, ziemlich divergierende Auffassungen gibt, sei hier aus

dem in der Fachöffentlichkeit anerkannten Kommentar zur VOL/A der Bundesrepublik Deutschland von DAUB – EBERSTEIN<sup>18</sup>, in welchen Fällen keine europaweite Bekanntmachung erfolgen muss, wobei auf die gleichlautenden Regelungen der Richtlinien 93/38/EWG und 92/50/EWG Bezug genommen wird:

*„Zum einen muss es sich bei den vergebenen Aufträgen um Dienstleistungsaufträge der Kategorie 8 des Anhangs I A gehandelt haben. Hierunter fallen Aufträge der Kategorie Forschung und Entwicklung. Die Aufnahme dieses Dienstleistungsbereichs muss vor dem Hintergrund des Art. 130f des EG-Vertrages gesehen werden. Nach diesem Art. Trägt u.a. die Unterstützung der Forschung und Entwicklung dazu bei, die wissenschaftlichen und technischen Grundlagen der Europäischen Industrie zu stärken, wobei die Öffnung der Beschaffungsmärkte an der Erreichung dieses Zieles Anteil hat. Allerdings macht die Fußnote 4 bei der Kategorie 8 des Anhangs I A deutlich, daß der Forschungs- und Entwicklungssektor nur teilweise der EG-Sektorenrichtlinie unterfällt. Dies ergibt sich daraus, dass die EG-Sektorenrichtlinie ebenso wie die EG-Dienstleistungsrichtlinie im Bereich des öffentlichen Auftragswesens den Zweck verfolgt, dem Auftraggeber zielgerichtete Aufträge zu verschaffen. Nicht erfasst werden demgegenüber Forschungs- und Entwicklungsaufträge, die etwa im Bereich der Grundlagenforschung, aus allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen erfolgen und daher nicht konkret auftragsbezogen sind. Dies bedeutet, dass etwa Beiträge zur Finanzierung von Forschungs- und Entwicklungsprogrammen nicht von Kategorie 8 des Anhangs I A erfasst werden. Die Fußnote 4 drückt dies in einer etwas umständlichen Beschreibung aus: Danach fallen nur Aufträge über Forschungs- und Entwicklungsleistungen unter die Kategorie 8, wenn ihre Ergebnisse einerseits ausschließlich Eigentum des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seines eigenen Tätigkeit sind und andererseits die Dienstleistungen vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet werden.*

*Mit dieser Bestimmung wird im Bereich der EG-Sektorenrichtlinie das vollzogen, was bereits in Art. 1 a) ix) der EG-Dienstleistungsrichtlinie vorgegeben ist. Danach gelten als 'öffentliche Dienstleistungsaufträge' die zwischen einem Dienstleistungserbringer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen Verträge, ausgenommen Aufträge über Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen anderer Art als derjenigen, deren Ergebnisse ausschließlich Eigentum des öffentlichen Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit sind, sofern die Dienstleistung vollständig durch den öffentlichen Auftraggeber vergütet wird. Indem die Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen nur dann von der Kategorie 8 erfasst werden, wenn die genannten Voraussetzungen des ausschließlichen Eigentums des Auftraggebers für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit und der vollständigen Vergütung durch den Auftraggeber erfüllt sind, wird der zweckgerichtete Ansatz bei der Vergabe im Forschungs- und Entwicklungsbereich herausgestellt. Nur dann, wenn der Auftraggeber die Forschungs- und Entwicklungsdienstleistung - wie bei anderen Dienstleistungen auch - ausschließlich für seine eigenen Zwecke und damit für seinen eigenen Gebrauch und sein Eigentum in Auftrag gegeben hat und diese ausschließlich eigenen Zwecke durch die vollständige Vergütung des Auftraggebers untermauert werden, liegt ein Forschungs- und Entwicklungsauftrag i. S. d. Kategorie 8 des Anhangs I A vor. Erfasst werden damit i. d. R. nur solche Dienstleistungsaufträge, die der Auftraggeber seinerseits für seine unternehmerische Tätigkeit einsetzen kann, so daß auch nur der Auftraggeber ein Interesse daran hat, diese Dienstleistung vollständig zu vergüten.*

*Zum anderen muss als Voraussetzung einer eingeschränkten Bekanntmachung bei Forschungs- und Entwicklungsaufträgen A § 3b Nr. 2 Buchst. b) angewandt werden [Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung, unter der Voraussetzung, dass keine Folgeaufträge zu erwarten sind]. Nach dieser Bestimmung können Auftraggeber ein Verfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchführen, wenn ein Auftrag nur zum Zweck von Forschungen, Versuchen, Untersuchungen oder Entwicklungen und nicht mit dem Ziel der Gewinnerzielung oder der Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten beim Auftragnehmer vergeben wird und die Vergabe des Auftrags einem Aufruf zum Wettbewerb für Folgeaufträge, die insbesondere dieses Ziel verfolgen, nicht vorgreift. Wenn gleich daher die Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen sowohl Eigentum des Auftraggebers*

<sup>18</sup> Kommentar zur VOL-A: Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – Teil A. Allg. Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen / begr. von Walter Daub u. Rudolf Meierrose. Fortgef. u. hrsg. in 4., vollständig neubearbeiteter Auflage von Hans Hermann Eberstein, Düsseldorf 1998: Werner Verlag, Rn. 8-10 zu § 28b der VOL/A (S. 995 f).

*für seinen Gebrauch bei der Ausübung seiner eigenen Tätigkeit werden als auch vollständig durch den Auftraggeber vergütet werden müssen (...), wird durch A § 3b Nr. 2 Buchst. b) weitergehend klar gestellt, dass der Auftrag nur zum Zweck von Forschungen, Versuchen, Untersuchungen oder Entwicklungen vergeben worden sein darf.“*

Die Grundsätze des Vergaberechts gelten auch hier, insbesondere der Grundsatz der Preisangemessenheit und, falls dies sachlich in Betracht kommt, dass mindestens 3 angebotswillige Unternehmer zur Einreichung von Angeboten aufzufordern sind.

Ist dies möglich und sinnvoll, dann ist so vorzugehen; ist dies entweder nicht möglich oder nicht sinnvoll, so warne ich persönlich vor einem „Scheinwettbewerb“ mit drei Bietern (z.B. wenn es nur einen tatsächlich geeigneten Bieter gibt).

### 3.2 Inhouse-Aufträge<sup>19</sup>

Das BVergG 2002 folgt hier, erkennbar weitergehend als der Begutachtungsentwurf, dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in der Rechtssache „Teckal“<sup>20</sup> und stellt auf ein Unternehmen ab

- das von einem oder mehreren öffentlichen Auftraggeber(n) beherrscht wird (nicht „vollständig“ - das dürfte aber eine Lösung 51 % öffentlich : 49 % privat ausschließen, sondern mindestens 75 % öffentlich : 25 % privat bedeuten) und
- das seine Leistungen „im wesentlichen“ (vermutlich mindestens 80 %<sup>21</sup>) für diese(n) Auftraggeber erbringt, in dessen (deren) Eigentum es steht.

Treffen diese Voraussetzungen zu, dann lässt dies die Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes des § 6 Abs 1 Z 6 von der Anwendung des BVergG 2002 zu.

Es wird im Gründungsakt bzw. in der Satzung zu regeln sein, zur Erfüllung welcher Aufgaben dieses Unternehmen gegründet wurde und ob im Falle der Beherrschung durch mehrere Auftraggeber einer dieser Auftraggeber besondere Anordnungs- oder Kontrollrechte besitzt); sollte die Gründung eines derartigen Unternehmens beab-

<sup>19</sup> § 6 Abs 1 Z 6 BVergG 2002.

<sup>20</sup> EuGH, Rs. C-107/98, Vorabentscheidungsersuchen, vorgelegt vom Tribunale amministrativo regionale Emilia-Romagna (Italien), Urteil vom 18.11. 1999.

sichtigt werden, so sollte der Gesellschaftszweck zwar nicht allzu weit, aber jedenfalls nicht zu eng festgelegt werden.

Dass es in einem derartigen Fall nicht nur auf den Gründungsakt oder die Satzung, sondern auch auf die „faktischen Verhältnisse“ der Tätigkeit eines derartigen Unternehmens ankommt, sprach der Generalanwalt am EuGH, Siegbert ALBER, in den Schlussanträgen in der Rs. „Universale Bau AG u. a. gegen Entsorgungsbetriebe Simmering“<sup>22</sup> aus. Der EuGH hat in seinem Urteil diesen Punkt bestätigt.<sup>23</sup>

### 3.3 Nachtrags- bzw. Folgeaufträge

Wann kann ein Nachtrags- bzw. Folgeauftrag im Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung vergeben werden?

Voraussetzung ist, dass dies an den bisherigen Auftragnehmer erfolgen soll:

- Bei einem bestehenden Bauauftrag<sup>24</sup> oder Dienstleistungsauftrag<sup>25</sup> bis maximal 50 %, jedoch nur dann
  - wenn eine Trennung vom bisherigen Auftrag technisch oder wirtschaftlich nachteilig wäre oder
  - der Nachtragsauftrag zur Verbesserung der ursprünglich beauftragten Leistung erforderlich ist.
- Bei neuen Bauleistungen, die in der Wiederholung gleichartiger Bauleistungen bestehen<sup>26</sup> und bei neuen Dienstleistungen, die in der Wiederholung gleichartiger Dienstleistungen bestehen<sup>27</sup> dann, wenn (kumulativ!)

<sup>21</sup> Bei der Annahme, dass es sich um mindestens 80 % handeln sollte oder müsste, wird der Analogieschluss bezüglich der Ausnahmeregelung im Bereich der Sektorentätigkeiten - § 121 Abs 2 BVergG 2002 - gezogen.

<sup>22</sup> EuGH, Rs. C-470/99, Vorabentscheidungsersuchen, vorgelegt vom Vergabekontrollsenat Wien, Schlussanträge vom 8.11. 2001.

<sup>23</sup> EuGH, Rs. C-470/99, Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1. Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H Salzburg, 2. ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH gegen Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH, Urteil vom 12.12. 2002, vor allem Rn. 55-63 (Vorabentscheidungsersuchen des Wiener Vergabekontrollsenates).

<sup>24</sup> § 25 Abs 4 Z 4.

<sup>25</sup> § 25 Abs 6 Z 4.

<sup>26</sup> § 25 Abs 4 Z 5.

<sup>27</sup> § 25 Abs 6 Z 5.

- der Auftrag an den ursprünglichen Auftragnehmer vergeben wird,
  - der erste Auftrag im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben wurde (!),
  - der Auftragsgegenstand<sup>28</sup> bzw. die Planung<sup>29</sup> gleich bleibt,
  - die Möglichkeit eines Folgeauftrags in der ursprünglichen Ausschreibung bereits vorgesehen war (!),
  - die Vergabe des Folgeauftrags binnen drei Jahren nach Abschluss des ursprünglichen Vertrags erfolgt und
  - der Wert des Folgeauftrags bei der Berechnung des Gesamtauftrags bereits berücksichtigt worden war (!).
- Beim Lieferauftrag<sup>30</sup> ist ein Zusatzauftrag dann im Verhandlungsverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung zulässig, wenn (kumulativ)
    - zusätzliche Lieferungen zur Erneuerung oder zur Ergänzung des Bestandes notwendig sind und
    - ein Wechsel des Auftragnehmers Probleme der technischen Kompatibilität verursacht und
    - der Nachtragsauftrag binnen 3 Jahren ab Abschluss des ersten Auftrags [= i.d.R. Hauptauftrag] abgeschlossen wird.

Es wird davon ausgegangen werden können, dass die Inanspruchnahme dieser Ausnahmetatbestände, bei Beibehaltung des Status quo im Vergaberecht, eher zu- als abnehmen wird.

---

<sup>28</sup> Dienstleistungsauftrag.

<sup>29</sup> Bauauftrag.

<sup>30</sup> § 25 Abs 2 Z 5.

### 3.4 „Aus zwingenden Gründen kommt nur ein Unternehmer für die Auftragserteilung in Betracht“

Die bisherige „technische Kompatibilitätsbestimmung“ ist entfallen.

Im BVergG 1997 bestand in § 71 Abs 3 Z 3, im Einklang mit dem damaligen EG-Vergaberecht, die Ausnahmebestimmung, dass in den technischen Spezifikationen von der Bezugnahme auf Europäische Spezifikationen abgewichen werden konnte, wenn der Auftraggeber dadurch gezwungen würde, inkompatible Materialien oder Anlagen(teile) zu erwerben, die mit bereits benützten Anlagen nicht kompatibel wären oder die Herstellung von Kompatibilität einen unverhältnismäßig hohen Aufwand verursachen würde. In diesem Fall war der Auftraggeber aber verpflichtet, in den Ausschreibungsunterlagen oder im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften die Gründe für diese Abweichung anzugeben, wobei diese Gründe auf Anfrage auch der Europäischen Kommission bzw. den anderen Vertragsparteien des EWR-Abkommens weiterzugeben waren.

Diese Bestimmung ist im BVergG 2002, zumindest im Einklang mit den Entwürfen der künftigen EG-Vergaberichtlinien, entfallen. Es bleibt somit nur mehr der wesentlich schwieriger in Anspruch zu nehmende Tatbestand, dass aus technischen oder künstlerischen Gründen oder wegen des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten ein Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer durchgeführt werden muss (Lieferaufträge: § 25 Abs 2 Z 3; Bauaufträge: § 25 Abs 4 Z 2; Dienstleistungsaufträge: § 25 Abs 6 Z 2).

## **4. Aktuelle vergaberechtliche Entwicklungen**

### **4.1 Gewichtung von Auswahlkriterien bei zweistufigen Verfahren, über den Richtlinientext hinausgehend?**

Völlig überraschend, und zwar nicht nur von den Texten der bestehenden EG-Vergaberichtlinien und des künftigen konsolidierten Richtlinienentwurfs, sondern auch abweichend von den Schlussanträgen des Generalanwalts ALBER<sup>31</sup> in derselben Rechtssache, gelangt der EuGH im bereits zitierten Urteil „Universale Bau AG u. a. gegen Entsorgungsbetriebe Simmering“<sup>32</sup> zum Schluss, dass Auswahlkriterien auf der Basis des Grundsatzes der Transparenz gewichtet werden müssen:

„3. Die Richtlinie 93/37 ist dahin auszulegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens im Voraus Regeln für die Gewichtung der Kriterien für die Auswahl der Bewerber, die zur Abgabe eines Angebots aufgefordert werden, aufgestellt hat, verpflichtet ist, diese Regeln in der Auftragsbekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben.“<sup>33</sup>

Das bedeutet in der Realität natürlich einen Druck zugunsten jener denkbaren Auswahlkriterien, die in irgendeiner Form quantifizierbar sind, aber auch einen Druck zugunsten der Wahl des offenen Verfahrens, wo immer dieses sinnvoll anwendbar ist.

### **4.2 Muss der Widerruf bekämpfbar sein?**

Der EuGH hat in der Rechtssache „Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs GmbH gegen Stadt Wien“<sup>34</sup> folgendes Urteil gesprochen:

„1. Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge in der durch die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge geänderten Fassung verlangt, dass die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, die Ausschreibung eines Dienstleistungsauftrags zu widerrufen, in einem Nachprüfungsverfahren auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht

<sup>31</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Siegbert ALBER in der Rs. C-470/99 vom 8.11. 2001, Rn. 90 und Punkt 4. des Ergebnisses - GA ALBER hatte sogar die Auffassung vertreten, dass eine notarielle Hinterlegung der Auswahlkriterien ausreichend ist, um diese (nachträglich) überprüfen zu können.

<sup>32</sup> Rs. C-470/99, Urteil vom 12.12. 2002.

<sup>33</sup> Punkt 3. des Urteils und, inhaltlich identisch, Rn. 100.

<sup>34</sup> Rs. C-92/00, „Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs GmbH gegen Stadt Wien“, Urteil vom 18.6. 2002 (Vorabentscheidungsersuchen des Vergabekontrollsenates Wien).

im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die einzelstaatlichen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden kann.

2. Die Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 92/50 geänderten Fassung steht einer nationalen Regelung entgegen, die die Kontrolle der Rechtmäßigkeit des Widerrufs einer Ausschreibung auf die Prüfung beschränkt, ob diese Entscheidung willkürlich erfolgt ist.

3. Der Zeitpunkt, der für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, eine Ausschreibung zu widerrufen, maßgebend ist, bestimmt sich nach nationalem Recht, wobei die anwendbaren nationalen Regelungen nicht weniger günstig ausgestaltet sein dürfen als die Regelungen für entsprechende innerstaatliche Nachprüfungsverfahren und die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren dürfen.“

In der Theorie mag dies rechtspolitisch positiv zu werten sein. Wie man in der Praxis mit diesem Urteil umgehen soll, erscheint völlig zweifelhaft - d.h. die Bieter wären nicht (oder nur „bedingt“?) aus der Bindungswirkung an ihre Angebote zu entlassen. Das Urteil scheint, so meinen Vergabeexperten, auf die bescheidmäßige Zuschlagserteilung abzustellen und daher müsste ein den Widerruf aussprechender „Bescheid“, so wie jeder andere Bescheid auch, bekämpfbar sein.

#### 4.3 Sind interne Weisungen der öffentlichen Auftraggeber, die Vergaberegulungen unterhalb der Regelungen von Gesetzen und Richtlinien betreffen, justiziabel?

Dass innerstaatliche Vergaberichtlinien justiziabel sind, hat der OGH zumindest vor dem Inkrafttreten der österreichischen Vergabegesetze judiziert, was zum Zeitpunkt des Urteils für ein gewisses Aufsehen sorgte.<sup>35</sup>

Gravierender erscheint aber die Feststellung, die der OGH in einer Entscheidung von Ende 2001 traf, die auch interne Weisungen mit umfasst:<sup>36</sup>

„Finde der Gleichheitssatz im Verhältnis der öffentlichen Hand als Trägerin von Privatrechten zum einzelnen anerkanntermaßen schon ganz allgemein Anwendung, so verstehe sich das bei der Durchführung von Ausschreibungen - als Einladungen zum Wettbewerb unter den Interessenten - nachgerade von selbst. Soweit öffentliche Auftraggeber nicht schon ohnehin durch "nach außen" wirksame Gesetze (zB § 16 BVergG) an das Diskriminierungsverbot gebunden seien, müssten sie im Vergabeverfahren jedenfalls das Gleichbehandlungsgebot und alle jene - selbst bloß als interne Dienstanweisungen einzuhaltenden - Vergabennormen beachten, die zur Durchsetzung eben dieser Gleichbehandlung aller Bieter bestimmt seien.“

<sup>35</sup> OGH, 4Ob10/96 vom 12.3. 1996 („Forstpflanzen I“): „Zur Sicherung des mit Klage geltend gemachten Anspruches auf Unterlassung wettbewerbswidriger Handlungen wird der erstbeklagten Partei bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils aufgetragen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr, insbesondere im Rahmen von Projekten zur Neu- und Wiederbewaldung gemäß § 18 Abs 3 Forstgesetz und im Rahmen von Schutzwaldsanierungsprojekten, Lieferaufträge für Forstpflanzen ohne vorangegangene Ausschreibung gemäß den internen Vergaberichtlinien zu vergeben.“ [Die „erstbeklagte Partei“ war das damalige Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft].

<sup>36</sup> OGH, 1Ob284/01y vom 17.12. 2001 („Neubau Turnhalle Volksschule Traun“).

Es erscheint mir geboten „Sub-Sub-Schwellenwerte“, z.B. Zwischenwerte bei der Zulässigkeit von Direktvergaben, oder Bindungen an Genehmigungserfordernisse, die nicht aus dem BVergG 2002 ableitbar sind,<sup>37</sup> möglichst zu eliminieren und, generell, interne Bindungen, die strenger sind als das BVergG und die dazu erlassenen Verordnungen, möglichst gänzlich entfallen zu lassen.

#### 4.4 Sind Vergaben von Bundesdienststellen bei Leistungen, deren Vergabe der Bundesbeschaffungs GmbH vorbehalten ist, durch das Bundesvergabeamt für nichtig erklärbar?

Beim 4-tägigen Vergabeseminar an der Verwaltungsakademie des Bundes erklärte im Rahmen eines Vortrages der Vorsitzende des Bundesvergabeamtes („neu“), Min.-Rat Dr. Michael SACHS am 13.11. 2002, dass im Falle der Befassung des Bundesvergabeamtes dieses den Widerruf der Ausschreibung in jenen Fällen auftragen werde, in denen eine Bundesdienststelle Leistungen ausgeschrieben hat, die gemäß BBG-Gesetz bzw. den beiden dazu ergangenen Verordnungen der Bundesbeschaffung GmbH vorbehalten sind. Dr. SACHS verwies weiters darauf, dass dies sowohl mit dem VfGH (Präs. Dr. KORINEK) als auch mit dem VwGH (Vizepräs. Dr. PESENDORFER) abgesprochen sei [und somit „halten“ dürfte].

#### 4.5 „e-procurement“

Bezüglich der aktuellen Diskussion: Die elektronische Einreichung von Angeboten (per e-mail) ist derzeit nicht zulässig; zulässig sind, soweit der öffentliche Auftraggeber dies vorsieht, die elektronische Anforderung oder Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen durch bzw. an den Bieter und die Einholung bzw. Erteilung von Auskünften via e-mail. § 85 BVergG 2002 sieht die Zulässigkeit der elektronischen Erstellung grundsätzlich vor, allerdings hat die Bundesregierung eine Rechtsverordnung zu erlassen, die nähere Regelungen trifft. Wird (zukünftig) ein Angebot elektronisch eingereicht, so ist die Einreichung eines Angebotes in Papierform durch denselben Bieter unzulässig.

---

<sup>37</sup> Aus dem BVergG ableitbar dürfte jedenfalls sein, dass die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 100 BVergG 2002 jedenfalls durch ein befugtes Organ erfolgen muss, d.h. dass dies nicht zur Disposition durch den öffentlichen Auftraggeber stehen dürfte!

Hauptproblem ist die Geheimhaltung der Angebote bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung, dieses Problem ist vorrangig zu lösen und dürfte zweifellos auch in absehbarer Zeit lösbar sein.

Ein weiteres Problem ist, dass es derzeit im deutschsprachigen Raum nur ein einziges Programm gibt, das in der Praxis tatsächlich funktioniert<sup>38</sup> und dass dieses nur schwer exklusiv vorgeschrieben werden kann.

Der Fachnormenausschuss 018 – Vergabewesen des Österreichischen Normungsinstitutes hat im Herbst 2002 eine Arbeitsgruppe zum Thema „e-procurement“ eingerichtet, die noch im Herbst 2002 ihre Arbeit aufgenommen hat und mit hoher Intensität betreibt. Die Probleme für die tägliche Praxis, im Einklang mit dem geltenden Vergaberecht, dürften aber größer sein, als es bei unbedarfter Betrachtung zu erwarten gewesen wäre.

---

<sup>38</sup> Die Stadt Düsseldorf soll bereits elektronische Vergabeverfahren erfolgreich durchgeführt haben.

## **5. Wie könnte (dürfte, müsste) es weitergehen?**

### **5.1 „Auftragswertberechnung unterhalb der Schwellenwerte?“**

Es gibt zumindest eine Meinung (eines in der Fachwelt bekannten Rechtsanwaltes), dass im Unterschwellenbereich dieselben Zusammenrechnungsregeln wie im Oberschwellenbereich gelten, da das BVergG 2002 nichts anderes besage. Folgt man dieser Auffassung, so gilt, dass ganz bestimmte Regeln für das Zusammenrechnen (bzw. auch das Nicht-Zusammenrechnen) von Aufträgen aus dem EG-Richtlinienrecht zu beachten sind. Für diese Meinung könnte die Bestimmung des § 17 Abs 1 BVergG 2002 sprechen, wonach im Unterschwellenbereich die Bestimmungen des Gesetzes gelten, soweit § 17 Abs 3 – 7 nichts anderes vorsehen. Geht man von dieser Meinung aus, dann bedeutet das in der Praxis:

### **Lieferaufträge**

Zusammenzurechnen ist gemäß „Arbeitsbekleidungsbescheid“ des Bundesvergabeamtes (BVA):<sup>39</sup>

„Der geschätzte Gesamtwert einzelner Lieferungen ist zusammenzurechnen, falls die beabsichtigten Beschaffungen gleichartiger Lieferungen zu Aufträgen führen (können), die gleichzeitig in Losen vergeben werden. Solche gleichartige Lieferungen liegen dann vor, wenn von einem im wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach den gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einem im wesentlichen einheitlichen Verwendungszweck dienen.

Die Bestellung von Arbeitsmänteln, Arbeitsjacken, Latzhosen und Bundhosen als Arbeitsbekleidung für Männer und Frauen ist idS als gleichartig anzusehen. Die gleichzeitige Vergabe muss lediglich möglich und zumutbar sein, auf die tatsächliche gleichzeitige Vergabe kommt es hingegen nicht an. Die Auftraggeberin konnte nicht darlegen, dass ihr die gleichzeitige Vergabe nicht möglich oder zumindest unzumutbar gewesen wäre. Sie hat die getrennten Vergaben lediglich mit innerorganisatorischen Gründen motiviert.“<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Unter anderem im Bescheid N-12/95 vom 28.12. 1995.

<sup>40</sup> So zutreffend der Bescheid hinsichtlich des Zusammenrechnungsgebotes ist, so vergrößert ist er hinsichtlich der „Ausschreibungen“: Ob in einem Vergabeverfahren oder in mehreren Vergabeverfahren ausgeschrieben wird, ist so lange im Rahmen des Sachlichkeitsgebotes ohne Bedeutung, als die Bestimmungen des EG-Vergaberechts nicht verletzt werden.

## **Baufträge**

Im Oberschwellenbereich sind Bauaufträge im Hinblick auf Bauvorhaben - dieses stellt eine technisch und wirtschaftlich funktionsfähige Einheit dar - oder Gesamtaufträge - diese dürften als örtlich und zeitlich in Zusammenhang stehende Arbeiten anzusehen sein - zusammenzurechnen.

Vergabekontrollsenat Vorarlberg: Abgrenzung Bauvorhaben – Baulos, Schwellenwertberechnung<sup>41</sup>

Der VKS Vorarlberg argumentierte damit für die Betrachtung, dass ein Bauabschnitt einer Abwasserbeseitigungsanlage ein „Bauvorhaben“ und nicht ein „Los“ eines größeren Ganzen ist, dass

- für jeden Bauabschnitt gesondert die Finanzierung gesichert werden muss und jeder der Bauabschnitte über einen längeren Zeitraum verläuft und
- „nur einzelne Bauabschnitte nach konkretem Bedarf und Finanzierbarkeit jeweils projiziert und der Wasserrechtsbehörde zur Genehmigung vorgelegt werden“.

In gleicher Weise entschied das Bundesvergabeamt:<sup>42</sup>

„Zu prüfen war, ob es sich beim gegenständlichen Bauabschnitt einer Kanalisationsanlage um ein eigenständiges Bauwerk oder um das Los eines größeren Bauwerks iSd § 6 Abs2 handelt, dessen Bauabschnitte in einem technischen, funktionalen und wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. Bei dem Gesamtausbau handelt es sich um ein übergreifendes Konzept, doch ist die Realisierung der im Gesamtkonzept erwogenen Bauabschnitte zeitlich von ihrer Dringlichkeit und im Ausmaß von der tatsächlichen Bedarfsentwicklung abhängig. Mangels Vorhersehbarkeit dieser Faktoren wird der Begriff des Gesamtbauwerks unterbrochen. Die einzelnen Abwasserbeseitigungsanlagen führen an eine gemeinsame Ringleitung, die zur Kläranlage führt, doch ist diese Ringleitung seit über 25 Jahren im Einsatz und die einzelnen, großteils später errichteten Abwasserbeseitigungsanlagen sind vonein-

---

<sup>41</sup> Vorarlberger Vergabekontrollsenat, VKS-1/94, Bescheid vom 31.1. 1995.

ander unabhängig verwendbar. Der Begriff Bauabschnitt entspricht daher nicht einem Baulos iSd § 6 Abs 2 und der Gesamtausbau der Kanalisationsanlage stellt daher kein Bauwerk dar.“

Empfehlung der Bundes-Vergabekontrollkommission: Außenanlagen und Grünflächen sind verschiedene Lose eines Bauvorhabens<sup>43</sup>

In einem konkreten Schlichtungsverfahren stand zur Klärung an, ob Außenanlagen (es handelte sich um Sportanlagen) und Grünflächen zwei verschiedene Lose sind oder als ein einziges Los gesehen werden müssen.

Die B-VKK gab die Empfehlung ab, dass es sich um zwei getrennte Lose handelt, die zwar bei der Ermittlung der Gesamtkosten des Bauwerks zu berücksichtigen sind, nicht jedoch im Sinne eines - ganzen - Loses zusammenzurechnen sind:

- Sportplatzbau fällt in der Systematik der Berufstätigkeiten unter die Gruppe 45 Bauwesen, und zwar unter 45.23-00 Straßenbau- und Eisenbahnoberbau (diese Leistungen waren im konkreten Fall hinsichtlich der erforderlichen Berufsberechtigung auch Bauunternehmungen vorbehalten, da spezifische Erfordernisse, wie etwa Errichtung von Entwässerungen, vorlagen).
- Landschaftsgärtnerische Dienstleistungen fallen unter Gruppe 01 Landwirtschaft (01.41-01, Anlage und Pflege von Gärten, Parks, Grünflächen für Sportplätze).

### **Dienstleistungsaufträge**

Diese sind je Fachgebiet zusammenzurechnen, Fachgebiet bedeutet im Wesentlichen „Berufsberechtigung“ (allenfalls auch Lehrkanzel an einer Universität). So sind etwa Architektenaufträge und Statikeraufträge Aufträge zweier verschiedener Fachgebiete und daher nicht zusammenzuzählen.

Judikaturbeispiel zum Zusammenrechnungsgebot bei Losen – Dienstleistungsauf-

<sup>42</sup> Bescheid N-35/97 vom 8.1. 1998.

<sup>43</sup> B-VKK, S-47/97-7, Empfehlung vom 27.6. 1997; inhaltlich gleich das Bundesvergabeamt mit Bescheid N-14/97 vom 8.7. 1997.

träge:

Untersuchungen räumlich getrennter Verdachtsflächen stellen nicht Lose eines österreichweit einheitlich zu betrachtenden Dienstleistungsauftrags sondern gesonderte Dienstleistungsaufträge dar:<sup>44</sup> Mit diesem Bescheid kehrte das BVA zu seiner ursprünglichen Judikaturlinie zurück (Bescheid F-11/97-16 vom 8.1. 1998), die es mit Bescheid N-2/00-18 vom 3.3. 2000 verlassen hatte, dass räumlich getrennte Verdachtsflächen gesonderte Dienstleistungsaufträge und nicht Lose eines österreichweit einheitlich zu betrachtenden Dienstleistungsauftrags darstellen.

„Dass der Gesetzgeber das Ziel, die Verdachtsflächen des gesamten Bundesgebietes zu untersuchen, mit einem Gesetz regelt und hiefür, wie vom Zeugen glaubhaft dargetan, vom zuständigen Bundesministerium lediglich – ein Grobkonzept erstellt und das Vorgehen der Ämter der Landesregierungen koordiniert wird, bewirkt für sich allein die Klassifizierung der Untersuchung einzelner Verdachtsflächen als Lose eines „Gesamtvorhabens ergänzender Untersuchungen“. Dadurch werden lediglich die Voraussetzungen für die Untersuchungen einzelner, im vorhinein nicht zur Gänze feststehender Verdachtsflächen geschaffen. Die einzelnen Verdachtsflächen hängen jedoch nicht zusammen, weil jede Verdachtsfläche für sich allein betrachtet eine potenzielle Gefährdung der betroffenen Umgebung darstellt, die sich aus den Besonderheiten der abgelagerten Stoffe ergibt. Daher ist es die Funktion der einzelnen ergänzenden Untersuchungen, in jedem Einzelfall diese Gefährdung zu untersuchen und zu beurteilen. Ein Zusammenhang der einzelnen Verdachtsflächen, der es rechtfertigt, von einem Gesamtvorhaben auszugehen, ist daher nicht gegeben.

Soweit das Bundesvergabeamt in seinem Bescheid vom 3. März 2000 GZ: N-2/00-18, einen technischen Zusammenhang darin sah, 'dass im Zeitpunkt der jeweiligen Ausschreibung aufgrund der budgetmäßigen Vorausplanung gewiss ist, dass weitere Untersuchungen durchgeführt werden und dass diese Untersuchungen ebenfalls durch den selben öffentlichen Auftraggeber ausgeschrieben werden. Da von einem planmäßigen Vorgehen auszugehen ist, sind die einzelnen ausgeschriebenen Untersuchungen als Lose gemäß § 7 Abs. 3 BVergG zu betrachten', ist dazu festzuhalten, dass diese Anhaltspunkte nach Ansicht des erkennenden Senates angesichts der Ergebnisse des nun abzuführenden Verfahrens nicht dazu ausreichen, die

---

<sup>44</sup> BVA, N-130/01-44 vom 23.1. 2002, „Verdachtsflächenuntersuchungen“.

oben dargelegten, jeweils für sich gegebene Funktion der Untersuchungen der einzelnen Verdachtsflächen zu beseitigen.

Da der geschätzte Auftragswert der gegenständlichen Leistung mit ATS 310.000,--, das sind 22.528,58 Euro, den anzuwendenden Schwellenwert gemäß § 7 Abs. 1 BVergG von 200.000 Euro nicht erreicht, ist somit die Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten zu verneinen.“

### Subjektiver Kommentar aus meiner Sicht

*Das BVergG 2002 geht im Unterschwellenbereich vom „Auftrag“ aus<sup>45</sup> und unterscheidet sich hierbei bereits von der ÖNORM A 2050, Ausgabe 1.3. 2000, als diese grundsätzlich vom „Vergabeverfahren“ ausgeht. Auch § 23, der die Arten der Vergabeverfahren (oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte) regelt, geht von der „Vergabe von Aufträgen“ aus. Sozusagen die „Gegenprobe“ ist die Bestimmung des § 9 Abs 2 heranzuziehen, dass Aufträge dann im Unterschwellenbereich sind, wenn bei Einhalten der Regeln der Schwellenwertberechnung nach § 9 Abs 1 der sachlich relevante Schwellenwert nicht erreicht wird.*

*§ 26 als „Spezialnorm“ für Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der Schwellenwerte geht flächendeckend vom Begriff „Auftrag“ aus.*

*Bei den Spezialverfahren im Unterschwellenbereich gehen Direktvergabe<sup>46</sup> und elektronische Auktion<sup>47</sup> wiederum vom „Auftrag“ aus, die Rahmenvereinbarung<sup>48</sup> hingegen von einem Bündel gleichartiger Aufträge (hier sprechen die Ausschussfeststellungen des Verfassungsausschusses auch ausdrücklich vom „Auftragsvolumen“).*

*M.E. gelten die Grundsätze des Haushaltsrechts jedenfalls insoweit, dass zu Jahresbeginn (bzw. Ende des vorhergehenden Jahres) der vorhersehbare Bedarf für das Budgetjahr zu ermitteln ist, und zwar*

- bei Lieferaufträgen nach dem Zusammenrechnungsgebot wie im „Arbeitsbekleidungsbescheid“ des Bundesvergabebeamten für den Oberschwellenbereich, wobei die jährliche Budgetierung solange eine maßgebliche Rolle spielt, als Aufträge nicht nach Budgetjahren willkürlich geteilt werden,*
- bei Bauaufträgen jeweils nach den einzelnen Tätigkeiten gemäß Anhang I (Gewerke), nicht aber deren Summe (soweit nicht 5,000.000 € erreicht werden), wobei aber das Budgetjahr keine Zäsur darstellt,*
- bei Lieferaufträgen je Fachgebiet und Budgetjahr, wobei auch hier die jährliche Budgetierung so wie bei Lieferaufträgen eine maßgebliche Rolle spielt, als Aufträge nicht nach Budgetjahren willkürlich geteilt werden.*

<sup>45</sup> § 17 BVergG 2002.

<sup>46</sup> § 27 BVergG 2002.

<sup>47</sup> § 28 BVergG 2002.

<sup>48</sup> § 29 BVergG 2002.

*Nach dieser Berechnung wäre bei der Wahl des jeweiligen Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich vorzugehen, wobei aber ab 60.000 € bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bzw. ab 120.000 € bei Bauaufträgen ohne das offene Verfahren oder das nicht offene Verfahren mit öffentlicher Bekanntmachung zu wählen ist.<sup>49</sup>*

## 5.2 „Re-Formalisierung“ der formarmen Vergabeverfahren durch Innenrevisionen und Bundesvergabeamt?

Die - relativ - hohen Wertgrenzen für die „formarmen Vergabeverfahren“, v.a. für jene Verfahren, bei denen keine öffentliche Bekanntmachung erforderlich ist (insbesondere die Direktvergabe mit hohen Wertgrenzen, aber auch Verhandlungsverfahren und nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung), sind nicht unbestritten.<sup>50</sup>

Der Sinn dieser Regelungen ist klar: Dadurch dass das BVergG 2002 sowohl die materiell-rechtlichen Regelungen als auch den Rechtsschutz für den Bund (die Länder werden aber analog vorgehen) bis zum „1-Cent-Auftrag“ hinunter regelt, musste für kleinere Aufträge Regelungen gefunden werden, dass diese in wirtschaftlich vertretbarer Form abgewickelt werden können.

M.E. ist diese Regelung innerhalb des neuen Gesamtsystems konsistent, aber sie geht in die falsche Richtung - sinnvoller wäre, den Rechtsschutz „abzuschneiden“ (was aber ohne verfassungsmäßige Regelung sofort den VfGH auf den Plan rufen wird) und die formarmen Vergabeverfahren etwas strenger zu regeln, als es dem BVergG 2002 entspricht. Damit meine ich vor allem niedrigere Obergrenzen für die Verfahren ohne (nationale) Bekanntmachung.

## 5.3 Generelles Problem: Die Vergabe geistiger Leistungen

Das Kernproblem ist, dass, im Gegensatz zu nahezu allen materiellen Leistungen und einem Teil der „ausführenden Dienstleistungen“ kein standardisiertes Verhalten zu setzen ist, sondern dass im Wege eines Prognoseverfahrens zu beurteilen ist, welche von den Bietern angebotene Lösung die für den Auftraggeber sachlich beste Lösung im Falle der Realisierung darstellen wird. Es wird im Normalfall auch nicht

<sup>49</sup> § 24 iVm § 26 Abs 1 BVergG 2002.

<sup>50</sup> So u.a. die m.E. nicht unberechtigte Kritik des in der „Vergabeszene“ anerkannten Rechtsanwaltes Dr. Claus CASATI bei einer Veranstaltung des Tender Clubs Austria im Herbst 2002, dass die Vergabeverfahren ohne öffentliche Bekanntmachung in Widerspruch zum europarechtlichen Transparenzgebot stehen.

der Weg zur Erreichung des angestrebten Ziels, wie es etwa einer konstruktiven Leistungsbeschreibung entspricht, vorgegeben.

Somit ist der Preis ein nachrangiges Kriterium, Referenzen des Unternehmens und vor allem des für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Schlüsselpersonals bekommen hingegen eine große Bedeutung.

Das Regelverfahren für die Vergabe geistiger Leistungen wird somit das Verhandlungsverfahren sein, zumal die Auftragsbedingungen nicht mit einer für die Wahl des offenen bzw. des nicht offenen Verfahrens ausreichenden Genauigkeit festgelegt werden können.

#### 5.4 Zukünftig elektronische Auktion und Rahmenvereinbarung auch oberhalb der Schwellenwerte - was wird die Wirtschaft dazu sagen?

Diese beiden, derzeit nur unter den Schwellenwerten (Rahmenvereinbarung) bzw. unter 40.000 € (elektronische Auktion) zulässigen Vergabeverfahren sind rasch in der endgültigen Durchführung - bei der Rahmenvereinbarung die zweite Verfahrensstufe („Blitzwettbewerb“ unter den dafür Qualifizierten), bei der elektronischen Auktion die Abwicklung der Auktion selbst - und bieten dem Auftraggeber die Möglichkeit, günstige Preise zu erzielen.

Die Auswirkungen, vor allem bei kleineren Aufträgen, auf die KMU-geprägte Wirtschaft sollten dabei nicht übersehen werden, ebenso nicht die Auswirkungen regionaler Art.

Diese beiden Verfahren, die sich a priori nicht zur flächendeckenden Anwendung eignen, sollten daher nicht flächendeckend angewandt werden.

#### 5.5 Rechtsschutz unterhalb der EG-Schwellenwerte

Bei der in Österreich stattgefundenen „Advokatisierung des Vergaberechts“ bleibt der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich das Hauptproblem für die praktische Durchführbarkeit kleinerer Auftragsvergaben.

Zweifellos sind die Auswirkungen durch

- das Regime gesondert bekämpfbarer Entscheidungen,
  - Präklusionsfristen (so können Ausschreibungsbedingungen nach Angebotsöffnung rein formalrechtlich nicht mehr bekämpft werden),
  - Gebühren (die im Falle des Obsiegens rückerstattet werden)
- gemildert.

Zwei mögliche Probleme tauchen aber auf:

1. Der EuGH dürfte „dank österreichischer Vorlagefälle“ auf die Linie eingeschwenkt sein, dass Vergabekontrolleinrichtungen jede Europarechtswidrigkeit aufzugreifen haben, auch wenn diese nicht releviert wurde.
  2. Ein Vertreter des Wiener Vergabekontrollsenates soll sich auch bereits in diesem Sinne geäußert haben, dass der VKS Wien im Falle des Vorliegens von Europarechtswidrigkeiten auch bei deren Nicht-Vorbringen durch den (die) Antragsteller die Europarechtswidrigkeit releviert.
-