

*Mag. Martina Winkler*

*Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst*

*Abteilung für rechtliche Fragen der europäischen  
Integration und Referat für Vergabeangelegenheiten*

## **Das neue Bundesvergabegesetz 2002**

*Nach zwei Jahren intensiver Verhandlungen zwischen Bund und Ländern ist es gelungen, ein einheitliches Gesetz für Bund, Länder und Gemeinden auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens zu erarbeiten. Der Weg für den umfassenden Einsatz elektronischer Kommunikationstechnologie wurde bereitet. Auch eine Kompetenzbestimmung neuen Typs wurde geschaffen, die ein Modell für einen modernen kooperativen Föderalismus aufzeigt.*

### **I. Der Hintergrund**

Aufgrund des vielfältigen Anpassungsbedarfs im Bereich des Vergaberechts, der sich vor allem auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) und des Verfassungsgerichtshofes (VfGH) zurückführen lässt, hat die Bundesregierung bereits im Oktober 2000 eine Regierungsvorlage für ein Bundesvergabegesetz 2000 samt Begleitgesetz beschlossen. Diese Regierungsvorlage wurde zurückgestellt, da von den im Nationalrat vertretenen politischen Parteien eine Vereinheitlichung des Vergaberechtes in Österreich als prioritäres Anliegen angesehen wurde. Die Bundesregierung wurde mit Entschließung des Nationalrates vom 24. November 2000 ersucht, in Abstimmung mit den im Nationalrat vertretenen Parteien in Verhandlungen mit den Ländern und Gemeinden mit dem Ziel einzutreten, bis längstens 1. September 2002 ein zeitgemäßes einheitliches Vergabegesetz für Bund, Länder und Gemeinden in Kraft setzen zu können. Dabei sollen gemäß

dieser EntschlieÙung auch eine Reihe besonderer Anliegen (v. a. frauen-, behinderten-, sozial-, beschäÙtigungs- und umweltpolitische Belange) geprüÙt werden. Bisläng waren die wesentlichsten Bereiche des Vergabewesens in Österreic durch insgesamt zehn Gesetze (ein Bundes- und neun Landesvergabegesetze) geregelt.

Im Zuge der parlamentarischen Behandlung einigte man sich daher lediglich auf eine „Rumpfnovelle“ (die ihrerseits bemerkenswert erscheint, da sie zum Anlass der ersten Aufhebung einer Verfassungsbestimmung durch den Verfassungsgerichtshof wurde).

## **II. Die Einigung**

Hinsichtlich der materiellen vergaberechtlichen Regelungen konnte im Rahmen der gemeinsam eingerichteten Bund-Länder Arbeitsgruppe, die ab dem Februar 2001 regelmäßig zusammentraf, und unter Einbindung der wichtigsten Interessensvertretungen eine dieser EntschlieÙung entsprechende Einigung erzielt werden, die auch den in einem Grundlagenpapier festgehaltenen Anliegen der Länder, Rechnung trägt - Beschränkung der Umsetzung auf die verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben, möglichst einheitliche Verfahren für den Bereich ober- und unterhalb der europäischen Schwellenwerte, Eröffnung der Möglichkeit von elektronischen Vergabeverfahren - e-procurement, Präklusionsfristen, Festlegung gesondert und nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen, dezentraler Rechtsschutz. Das Ergebnis dieser Einigung findet sich in der Regierungsvorlage zum Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG) wieder, die am 16. April 2002 von der Bundesregierung beschlossen wurde.

### *Einigung im Parlament ermöglicht Vereinheitlichung*

Eine Lösung der kompetenzrechtlichen Aspekte der Vereinheitlichung des Vergaberechts konnte hingegen erst auf parlamentarischer Ebene erzielt werden. Diese Lösung wurde unter Einsatz eines speziell eingerichteten „political steering committee“ ermöglicht, nachdem sich einerseits die im NR vertretenen Parteien auf eine kompetenzrechtliche Änderung einigten sowie die Länder dieser zugestimmt haben. Die Regierungsvorlage wurde in der Folge im Nationalrat entsprechend angepasst. Der Gesetzesbeschluss wurde am 28. Juni 2002 im Bundesgesetzblatt kundgemacht (vgl. BGBl. I Nr.99/2002).

### **III. Der Inhalt**

#### 1. Die Kompetenzbestimmung

Ein neu in das Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) eingefügter Artikel 14b regelt die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens.

- Bundessache ist die Gesetzgebung und Vollziehung auf diesem Gebiet, wobei das Mitwirkungs- und Zustimmungsrecht der Länder vor der Kundmachung zu beachten ist.
- Landessache bleibt in Gesetzgebung und Vollziehung die Angelegenheiten der Nachprüfung (Rechtsschutz), soweit die Vergabe Landessache ist.

Selbstverständlich ist der Bund weiterhin zur Regelung des Rechtsschutzes der in seinen Vollziehungsbereich fallenden Rechtsträger zuständig.

Die Abgrenzung der Vollziehungsbereiche des Bundes und der Länder in diesen Angelegenheiten richtet sich nach dem

4

Kreis der in Betracht kommenden Auftraggeber. Im B-VG wird abstrakt festgelegt, welche Rechtsträger als Auftraggeber in den jeweiligen Vollzugsbereich der Gebietskörperschaften fallen können. Ob es sich hierbei jedoch um öffentliche Auftraggeber oder um Sektorenauftraggeber handelt, ergibt sich erst aus der Definition des persönlichen Geltungsbereiches des BVergG, das nur jene Auftraggeber erfasst, deren Einbeziehung in das Regime des BVergG gemeinschaftsrechtlich geboten ist.

## 2. Das materielle Vergaberecht

### a) Die neue Struktur

Das BVergG ist vom Aufbau her neu strukturiert, orientiert sich am Ablauf des Vergabeverfahrens so wie es auch der Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission zu den neuen Vergaberichtlinien der Gemeinschaft vorsieht.

Im Zusammenhang mit der vorhin erwähnten Kompetenzänderung werden insbesondere die Bestimmungen über den persönlichen Geltungsbereich des Gesetzes neu gefasst und damit unter anderem der teilweise in der Literatur geäußerten Kritik Rechnung getragen.

Weiters wurde die Judikatur des VfGH berücksichtigt, wonach es dem Gleichheitssatz widerspricht, nur im Oberschwellenbereich das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren in umfassender Weise zu regeln. Bislang wurde im Unterschwellenbereich auf die Bestimmungen der ÖNORM A 2050 verwiesen und der Rechtsschutz von den Zivilgerichten gewährleistet.

Im Sinne der Transparenz und Übersichtlichkeit der Vorschriften, die für die Vergabe öffentlicher Aufträge einschlägig sind und aufgrund der erwähnten Rechtsprechung des VfGH, beinhaltet das BVergG selbst nunmehr sämtliche in diesem Zusammenhang relevanten Regelungen sowohl für den Oberschwellen- wie auch für den Unterschwellenbereich. Um eine praxisgerechte Anwendbarkeit zu gewährleisten, soll ein möglichst homogenes Regelungswerk, sowohl für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich, geschaffen werden. Abweichende Regelungen existieren nur für wenige Regelungsbereiche (z. B. Sektorenbereich) bzw. dort, wo etwa europarechtlich gebotene Bestimmungen für den Unterschwellenbereich unangemessen wären (z. B. Fristenregelungen, Bekanntmachungen) oder Sonderregelungen für eine praxisgerechte Vorgangsweise sachlich erforderlich sind (vgl. etwa die §§ 26 und 27).

Um die Übersichtlichkeit für den Anwender zu wahren, enthält das Gesetz einen „Wegweiser“ (§§ 16 bis 19), der genau festhält, welche Bestimmungen des Gesetzes jeweils im Oberschwellenbereich bzw. im Unterschwellenbereich anwendbar sind.

#### b) Die neuen Inhalte

##### *Definitionskatalog mit neuen Vergabemethoden*

Beträchtlich an Umfang zugenommen hat der Definitionskatalog (§ 20), in den auch neue Vergabemethoden Eingang gefunden haben, wie z. B. elektronische Auktionen und Rahmenvereinbarungen. Mit diesen neuen Vergabeinstrumentarien für den Unterschwellenbereich sollen künftige Entwicklungen auf europäischer Ebene im Sinne einer Erprobung vorweggenommen werden. Eine Verankerung der elektronischen Auktionen und der Rahmenvereinbarungen im

Oberschwellenbereich ist aufgrund der derzeitigen Textierung der Vergaberichtlinien, die diese Beschaffungsformen nicht zulassen, gemeinschaftsrechtlich (noch) nicht möglich. Allgemein werden aber im gesamten Anwendungsbereich des Gesetzes die Voraussetzungen für die Nutzung der elektronischen Medien und für die elektronische Abwicklung von Vergabeverfahren geschaffen (vgl. dazu auch die Definition von „schriftlich“ im § 20 Zi 28 BvergG)

*Umweltgerechtigkeit und sozialpolitische Belange der Leistungserbringung.*

Neu formuliert wurde die Bestimmung über die Grundsätze des Vergabeverfahrens, unter anderem um jenen politischen Anliegen Rechnung tragen zu können, deren Verwirklichung auch im Rahmen der Vergabe von Aufträgen gerechtfertigt erscheint. Neben den schon bisher zur Beachtung angeführten, aus dem Gemeinschaftsrecht ableitbaren Grundsätzen der Berücksichtigung der vier Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes wurde die Bedachtnahme auf Umweltgerechtigkeit der Leistung sowie sozialpolitische Belange aufgenommen.

*Regelung für Dienstleistungskonzessionen - Transparenz gefordert*

Das Gesetz enthält auch Grundsatzbestimmungen für außerhalb des gemeinschaftlich geregelten Vergaberechts liegende Vertragskonstruktionen (wie z. B. Dienstleistungskonzessionen), für die jedoch die gemeinschaftlichen Grundsätze des EG-Vertrages gelten. Der EuGH hält dazu in ständiger Rechtsprechung fest, dass die Grundsätze des EG-Vertrages und insbesondere das Diskriminierungsverbot eine Verpflichtung zur Transparenz einschließen. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz

muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Markt (Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen) dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.

#### *Direktvergaben*

Erwähnenswert erscheint, dass der Gesetzgeber dennoch bis zu einem Auftragswert von 20.000 Euro (also relativ großzügig) die Auftraggeber generell ermächtigt, Direktvergaben („freihändige Vergaben“) durchzuführen. Für geistig-schöpferische Dienstleistungen kann unter bestimmten Voraussetzungen bis zu einem Auftragswert von umgerechnet ca. 162.000 Euro ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer durchgeführt werden.

Neu ist die Festlegung von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Auftraggeberentscheidungen für jeden Verfahrenstypus im Rahmen des Definitionenkataloges, die in einem engen Zusammenhang mit der Einführung von Präklusionsfristen im Rahmen der Neufassung des Rechtsschutzverfahrens stehen (Stichwort: Verfahrenseffizienz).

#### *Gleichstellung offenes und nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung*

Das offene und nicht offene Verfahren mit Bekanntmachung werden gleichgestellt. Die Aufgabe des bisher geltenden Primates des offenen Verfahrens erfolgte aufgrund der Überlegung, dass das nicht offene Verfahren mit

Bekanntmachung ein transparentes Verfahren ist, das allerdings aufgrund seiner zweistufigen Struktur viel komplexer gestaltet ist als das offene Verfahren. Es erfordert vom Auftraggeber eine genaue Kenntnis der rechtlichen Rahmenbedingungen des Vergabeverfahrens sowie eine genaue Kenntnis des betreffenden Marktes der auszusprechenden Leistung. Im Oberschwellenbereich sind darüber hinaus längere Fristen als beim offenen Verfahren einzuhalten und Unternehmen können die Bewerberauswahl gesondert anfechten, weshalb ein fachkundiger Auftraggeber nur in jenen Fällen ein nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung durchführen wird, wenn die Umstände des Einzelfalles die Inanspruchnahme dieses Verfahrenstypus als vorteilhafter gegenüber dem offenen Verfahren erscheinen lassen.

#### *Zuschlagsprinzip des niedrigsten Preises*

Auftraggebern wird nunmehr auch in einem eingeschränkten Ausmaß die Möglichkeit eröffnet, das Zuschlagsprinzip des niedrigsten Preises zu wählen, nämlich unter der Voraussetzung, dass der Qualitätsstandard einer Leistung klar beschreibbar ist und deswegen qualitativ gleichwertige Angebote sichergestellt sind. In der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist eindeutig festzulegen, nach welchem Prinzip der Zuschlag erteilt werden soll. Die Wahl des Zuschlagsprinzips ist zusammen mit der Ausschreibung als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung zu bekämpfen.

#### *Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung*

Die Bestimmungen über die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und die Erteilung des Zuschlages wurden neu gefasst. Die Zuschlagsentscheidung ist die an



die Bieter abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung des Auftraggebers, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Sie begründet keinen Anspruch des Bieters, den Zuschlag auch tatsächlich zu erhalten. Die Pflicht zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung besteht aus verfassungsrechtlichen Erwägungen auch im Unterschwellenbereich. Während einer Stillhaltefrist von 14 Tagen ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung darf der Zuschlag bei sonstiger Nichtigkeit nicht erteilt werden (ein so zustande gekommener Vertrag wäre zivilrechtlich nichtig). Ausnahmen hiervon bestehen lediglich in sachlich begründbaren Fällen, beispielsweise, falls ein Verhandlungsverfahren mit einem Unternehmer durchgeführt wurde oder in den Fällen der Direktvergabe.

Die Anhänge wurden vereinfacht (Richtlinie betreffend die zu verwendenden Standardformulare, abrufbar auf <http://simap.eu.int>) und sprachlich neu gefasst. Darüber hinaus wurde in Anhang V die Liste der zentralen Beschaffungsstellen in ihrer derzeit aktuellen Version in das BVergG aufgenommen.

#### **IV. Der Rechtsschutz**

##### 1. Allgemeines

Die Neuregelung der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern erfordert ein Tätigwerden der Landesgesetzgebung betreffend die Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen. In allen Ländern, mit Ausnahme der Länder Wien und Salzburg werden die UVS als Vergabekontrollbehörden fungieren. Bei der Ausgestaltung des Rechtsmittelverfahrens sind die Länder grundsätzlich frei. Einschränkungen ergeben sich beispielsweise aus dem

Gemeinschaftsrecht (vgl. z. B. die Rechtsmittelrichtlinien), der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und indirekt aus dem BVergG, das bestimmte Systementscheidungen vorwegnimmt (gesondert und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen). Der fünfte Teil des BVergG (Rechtsschutz) wurde bereits in enger Abstimmung mit den Ländern konzipiert, so dass zu erwarten ist, dass die Rechtsmittelverfahren der Länder mit jenem des Bundes vielfach harmonisiert werden.

## 2. Der Rechtsschutz des Bundes

Die einschlägigen Regelungen des Bundes sind im fünften Teil des BVergG enthalten und dienen insbesondere zur Umsetzung der gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen eines Rechtsmittelverfahrens in Vergabeangelegenheiten. Zu diesem Zweck werden als freiwillige Mediationsstelle eine Bundesvergabekontrollkommission sowie als Nachprüfungsorgan ein Bundesvergabeamt (BVA) im Bereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit eingerichtet.

Die verfassungsrechtlich gebotene Erstreckung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich hat zur Folge, dass nunmehr auch im Unterschwellenbereich die Beschreitung des Zivilrechtswegs unzulässig ist.

Das Bundesvergabeamt wird als bundesverfassungsrechtlich abgesicherte Sonderkontrollbehörde des Bundes mit hauptberuflich tätigen Vorsitzenden eingerichtet. Die Beteiligung fachkundiger Laien und die Entscheidungsbefugnis in erster und letzter Instanz wird beibehalten. Die Kontrollbefugnis des BVA erstreckt sich auf Auftraggeber im Sinne des BVergG 2002, insoweit diese

nach der neuen Kompetenzbestimmung in den Bereich der Bundesvollziehung fallen.

Im Hinblick auf die Ausgestaltung des Vergaberechts – einheitliche materielle Regelungen für Bund und Länder, aber Beibehaltung des dezentralen Rechtsschutzes – wird nunmehr die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes vorgesehen, dem ein Ablehnungsrecht eingeräumt wird. Da zehn verschiedene Kontrollinstanzen über die gleichen materiellen Regelungen absprechen werden, ist dies zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung sowie dem System des B-VG entsprechend erforderlich.

Das Bundesvergabeamt entscheidet im Oberschwellenbereich grundsätzlich in Dreiersenaten, im Unterschwellenbereich durch ein Einzelmitglied. Neu ist die Möglichkeit der Bildung eines verstärkten Senates, beispielsweise, wenn die Entscheidung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ansteht.

Die Befassung des Bundesvergabeamtes zur Nachprüfung ist nur bis zum Zeitpunkt des erfolgten Zuschlages zulässig. Danach können nur noch feststellende Entscheidungen beantragt werden.

#### *Nachprüfungsverfahren - gebührenpflichtig*

Eine im Vorfeld viel diskutierte Neuerung des vorliegenden Gesetzes stellt die Einführung von Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes dar, die aber im Hinblick auf die durch die Neuorganisation des Rechtsschutzes verursachten Mehrkosten unerlässlich ist. Es

ist ein Gebührenersatz zugunsten des obsiegenden Antragstellers vorgesehen.

## **V. Begleitende Regelungen**

Abschließend sollen auch die im Zusammenhang mit der Neuerlassung des Bundesvergabegesetzes erforderlichen begleitenden Regelungen erwähnt werden.

### *Ablehnungsrecht des Verwaltungsgerichtshofes*

Da nunmehr, wie bereits vorhin angesprochen, der Verwaltungsgerichtshof für Beschwerden gegen Bescheide des Bundesvergabebeamten zuständig ist, wird Art. 131 Abs. 3 B-VG angepasst. Dies ermöglicht dem Verwaltungsgerichtshof, Beschwerden gegen Bescheide des BVA – ebenso wie bereits derzeit im Hinblick auf Bescheide eines unabhängigen Verwaltungssenates – unter bestimmten Voraussetzungen ablehnen zu können.

### *Wirkungsbereich der Bundesbeschaffungs-GmbH ausgedehnt*

In Ansehung des Beschlusses der Bundesregierung vom 28. Jänner 2002 betreffend die Umsetzung der Maßnahmen zur Verwaltungsreform erhält die Bundesbeschaffung-GmbH die Möglichkeit, auch Vergabeverfahren für den Landesvergabegesetzen unterliegende Auftraggeber abwickeln zu können. Damit sollen die Einsparpotenziale der BB-GmbH auch für die Länder fruchtbar gemacht werden können.

In der Verwaltungsverfahrensnovelle 2002 ist vorgesehen, dass die unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern im Nachprüfungsverfahren betreffend Vergabeverfahren im

Unterschwellenbereich durch Einzelmitglied entscheiden sollen.

Durch eine Novelle zum Finanzausgleichsgesetz sollte die Landesgesetzgebung ermächtigt werden, Gebühren für die Inanspruchnahme der Vergabekontrollbehörden in Form einer ausschließlichen Landesabgabe vorzusehen. Diese Regelung konnte aufgrund der aktuellen politischen Entwicklungen nicht mehr beschlossen werden.

## **VI. Ausblick**

Eine Reihe von Bundesländern (z. B. Vorarlberg, Tirol, Salzburg und Oberösterreich) hat bereits Entwürfe für entsprechende Landesvergaberechtsschutzgesetze zur allgemeinen Begutachtung versendet, sie werden daher voraussichtlich in der Lage sein, das neue BVergG ab dem 1. Jänner 2003 anzuwenden. Aufgrund einer speziellen Übergangsregelung haben die Länder ihre Vergaberechtsschutzgesetze bis spätestens 30. Juni 2003 anzupassen.

Mit einer Novelle des BVergG ist aufgrund eines erst kürzlich ergangenen Urteils des EuGH betreffend den Widerruf eines Vergabeverfahrens in absehbarer Zeit zu rechnen. Diese wird, wie bereits zuletzt praktiziert, in enger Abstimmung zwischen Bund und Ländern zu erarbeiten zu sein.