



REPUBLIK ÖSTERREICH

BUNDESVERGABEAMT

Zweiter Tätigkeitsbericht des Bundesvergabeamtes

Praterstraße 31

1020 Wien

Internet-Adresse: www.bva.gv.at

EINLEITUNG

Das Bundesvergabeamt hat jährlich einen Bericht über seine Tätigkeit und die dabei gesammelten Erfahrungen zu verfassen. Dieser Bericht ist dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zu übermitteln und von diesem der Bundesregierung und dem Nationalrat vorzulegen.¹

Der erste Tätigkeitsbericht² des Bundesvergabeamtes, welcher den Zeitraum 1. September bis 31. Dezember 2002 umfasste, wurde am 12. August 2003 von der österreichischen Bundesregierung zur Kenntnis genommen und am gleichen Tage im Nationalrat dem Wirtschaftsausschuss zur Enderledigung zugewiesen. Am 10. Dezember 2003 nahm dieser den ersten Tätigkeitsbericht des neuen Bundesvergabeamtes zur Kenntnis.

Während der erste Tätigkeitsbericht vor allem die wesentlichsten Neuerungen, die das Bundesvergabeamt im Bereich der Organisation vorgenommen hatte (diese Umstrukturierung wurde auch im Wirtschaftsbericht Österreich 2003³ umfassend dargestellt), beschrieb und die wichtigsten Schritte auf dem Weg zur Einrichtung dieser neuen Behörde nachgezeichnet hatte, soll der vorliegende Bericht, der den Zeitraum 1. Jänner 2003 bis 31. Dezember 2003 umfasst, einen Überblick über die vom Bundesvergabeamt ausgeübte laufende Kerntätigkeit in seiner Eigenschaft als Vergabekontrollbehörde einerseits, sowie über die darüber hinaus wahrgenommenen sonstigen Aufgaben andererseits geben.

¹ § 146 Bundesvergabegesetz, BGBl I Nr. 99/2002.

² Der erste Tätigkeitsbericht steht unter www.bva.gv.at/BVA/Organisation/Taetigkeitsbericht online zur Verfügung.

³ <http://www.bmwa.gv.at/BMWA/Themen/Wirtschaftspolitik/AllgemeineWirtschaftspolitik/Wirtschaftsbericht>

Mitglieder

Im Jahr 2003 gehörten dem Bundesvergabeamt neben dem Vorsitzenden 16 weitere Senatsvorsitzende an. Zum Jahresende befand sich eine Senatsvorsitzende im Mutterschutz. Bis 14. Dezember 2003 gehörten dem Bundesvergabeamt 33 sonstige Mitglieder an. Für die Funktionsperiode 15. Dezember 2003 bis 14. Dezember 2008 waren einige der sonstigen Mitglieder neu zu bestellen. Mit der Schaffung des "neuen" Bundesvergabeamtes im September 2002 wurden die bisherigen sonstigen Mitglieder übernommen, um die Kontinuität der Spruchpraxis des Bundesvergabeamtes "alt" zu gewährleisten. Die Erhöhung der Anzahl der Senate von 8 auf nunmehr 17 Senate erforderte jedoch eine Ergänzung der sonstigen Mitglieder. Es erfolgte eine geringfügige Erhöhung der Anzahl der sonstigen Mitglieder von bisher 33 Personen auf 36 Personen (jeweils 18 Vertreter der Auftraggeber und Auftragnehmer), wobei bei den Neubestellungen Augenmerk darauf gelegt wurde, die Kontinuität des Bundesvergabeamtes zu erhalten. Budgetäre Auswirkungen waren dadurch nicht zu erwarten. Die Ernennung erfolgte auf Vorschlag der Bundesregierung durch den Bundespräsidenten.

Geschäftsordnung

Das Bundesvergabeamt hat eine Geschäftsordnung zu erlassen. Darin sind insbesondere die Einberufung, die Beschlussfähigkeit und der Ablauf der Sitzungen des Bundesvergabeamtes sowie seiner Senate näher zu regeln. In der Geschäftsordnung sind außerdem die Grundsätze der Geschäftsverteilung sowie Regelungen für die Verbindung und gemeinsame Behandlung von Rechtssachen festzulegen.⁴

In der Sitzung der Vollversammlung am 13.12.2002 wurde die ab 1.1.2003 geltende modifizierte Geschäftsordnung beschlossen. Die Geschäftsordnung des Bundesvergabeamtes liegt in der Kanzlei des BVA während der Amtsstunden zur allgemeinen Einsicht auf.

⁴ § 145 Abs. 1 BVergG 2002

Geschäftsverteilung

§ 145 Abs. 2 BVergG 2002 sieht neben der Geschäftsordnung auch eine Geschäftsverteilung vor, in der die Anzahl der Senate, die Bildung der Senate und der verstärkten Senate sowie die Verteilung der Geschäfte auf die Senate, verstärkten Senate und die einzelnen Senatsvorsitzenden nach feststehenden Gesichtspunkten zu regeln sind. Die Geschäftsverteilung, deren Grundsätze in der Geschäftsordnung festzulegen sind, ist im Voraus für das jeweils nächstfolgende Kalenderjahr zu beschließen und in geeigneter Weise zu veröffentlichen. Sie hat die Anzahl der Senate, die Bildung der Senate und der verstärkten Senate sowie die Verteilung der Geschäfte auf die Senate, verstärkten Senate und die einzelnen Senatsvorsitzenden nach feststehenden Gesichtspunkten zu regeln. Dabei ist auf eine möglichst gleiche Auslastung der Senate und der als Einzelmitglieder entscheidenden Senatsvorsitzenden Bedacht zu nehmen. Wenn es zur Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Geschäftsganges erforderlich ist, ist die Geschäftsverteilung zu ändern. Die Beschlussfassung hat durch die jeweilige Vollversammlung mit den in § 144 Abs. 2 BVergG 2002 festgelegten erhöhten Präsenz- und Konsensquoren zu erfolgen. Hat die Vollversammlung des Bundesvergabeamtes bis zum Ende eines Kalenderjahres keine neue Geschäftsverteilung erlassen, so gilt die bisherige bis zur Erlassung einer neuen Geschäftsverteilung weiter (Geschäftsverteilungsprovisorium).

Die ab 1. Jänner 2003 geltende Geschäftsverteilung 2003/1 wurde in der Sitzung der Vollversammlung des Bundesvergabeamtes am 13. Dezember 2002 beschlossen. Diese wurde durch die Geschäftsverteilung 2003/2, die seit 1. Mai 2003 in Kraft getreten ist, abgelöst. Die Geschäftsverteilung 2003/2 wurde in der Vollversammlung des Bundesvergabeamtes am 11. April 2003 beschlossen und trug der neuen Zusammensetzung der Bundesregierung Rechnung. Am 15. Dezember 2003 wurde in der Vollversammlung die ab dem 15. Dezember 2003 für neu anhängig gemachte Nachprüfungs- und Feststellungsanträge geltende Geschäftsverteilung 2003/3, die auch für das Jahr 2004 gilt, beschlossen.

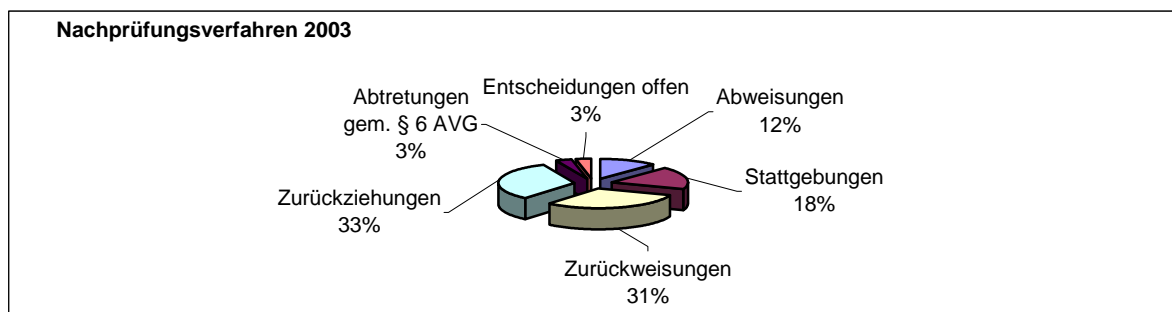
Sitz der Behörde

Im April 2003 übersiedelte die Behörde in das Gebäude "Galaxy 21" in 1020 Wien, Praterstraße 31. Im neuen Standort "Galaxy 21" stehen nun sieben Verhandlungsräume zur Verfügung. Dieser Standort, direkt an der U1-Station "Nestroyplatz" gelegen, bietet den Parteien das Service einer besseren Erreichbarkeit durch öffentliche Verkehrsmittel. Weiters führt ein eigener Hauseingang direkt zu den Verhandlungsräumen. Die Übersiedlung erfolgte ohne Unterbrechung oder wesentlicher Beeinträchtigung des Dienstbetriebes.

Verfahren - Statistik

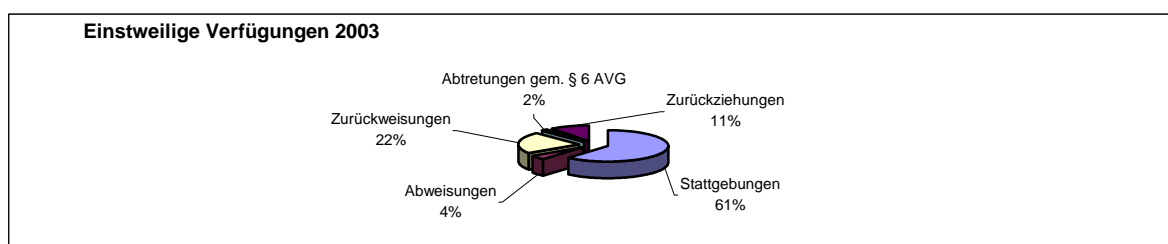
Nachprüfungsverfahren

Im Berichtszeitraum wurden beim Bundesvergabeamt 147 Nachprüfungsanträge eingebracht. Davon gehörten 100 Verfahren dem Oberschwellenbereich, 47 Verfahren dem Unterschwellenbereich an. Von diesen 147 Nachprüfungsverfahren wurde in 18 Fällen der Antrag abgewiesen, in 27 Fällen dem Antrag stattgegeben und in 45 Fällen der Antrag zurückgewiesen. In 47 Fällen wurde der Antrag zurückgezogen sowie in 5 Fällen das Verfahren gemäß § 6 AVG abgetreten. In 5 Fällen konnte im Berichtszeitraum keine abschließende Entscheidung getroffen werden.



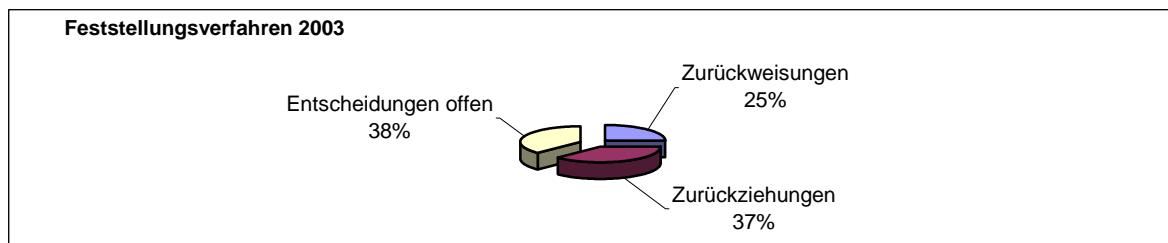
Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen

Im Berichtszeitraum wurden beim Bundesvergabeamt 122 Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Davon gehörten 89 Anträge dem Oberschwellenbereich, 33 Anträge dem Unterschwellenbereich an. Hierbei wurde 75 Anträgen stattgegeben, 5 Anträge wurden abgewiesen und 27 Anträge zurückgewiesen. Weitere 2 Anträge wurden gemäß § 6 AVG abgetreten und 13 Anträge zurückgezogen.



Feststellungsverfahren

Im Berichtszeitraum wurden beim Bundesvergabeamt 16 Feststellungsanträge eingebracht. Davon gehörten 12 Verfahren dem Oberschwellenbereich, 4 Verfahren dem Unterschwellenbereich an. Von diesen 16 Feststellungsverfahren wurde in 4 Fällen der Antrag zurückgewiesen, 6 Anträge wurden zurückgezogen. In weiteren 6 Verfahren konnte im Berichtszeitraum keine Entscheidung getroffen werden.



Übernommene Fälle des Bundesvergabeamtes "alt"

Zum Stichtag 1.1.2003 waren beim Bundesvergabeamt noch 185 Akten "Altverfahren" offen, von denen ein Großteil im Berichtszeitraum abgearbeitet und abgeschlossen werden konnte.

Beschwerden an den Verfassungsgerichtshof

Im Berichtszeitraum wurden beim VfGH 19 Beschwerden anhängig gemacht. 16 Beschwerden betrafen Verfahren nach dem BVergG 2002, wovon 13 Beschwerden auf den Oberschwellenbereich, 3 Beschwerden auf den Unterschwellenbereich entfielen.

Im Jahr 2003 hat der VfGH in 2 Verfahren die Behandlung der Beschwerde abgelehnt und an den VwGH abgetreten, 5 Verfahren wurden nach Rückziehung der Beschwerde eingestellt, in 3 Verfahren wurde den Anträgen auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht Folge gegeben, in einem Verfahren wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht Folge gegeben, in weiteren 4 Verfahren wurden die Beschwerden abgewiesen, je ein Bescheid des BVA "alt" wurde aufgehoben bzw. teilweise aufgehoben.

Der VfGH hat somit keinen Bescheid des Bundesvergabeamtes „neu“ im Berichtszeitraum aufgehoben.

Beschwerden an den Verwaltungsgerichtshof

Im Berichtszeitraum wurden beim VwGH 22 Beschwerden anhängig gemacht. 14 Beschwerden betrafen Verfahren nach dem BVergG 2002, wovon 11 Beschwerden auf den Oberschwellenbereich, 3 Beschwerden auf den Unterschwellenbereich entfielen.

Während dieser Zeit hat der VwGH 2 Beschwerden abgewiesen sowie 2 Anträgen auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht stattgegeben, in 3 Fällen das Verfahren nach Rückziehung der Beschwerde eingestellt und bei 2 Beschwerden die Behandlung abgelehnt. Einem weiteren Antrag auf Gewährung einer einstweiligen Verfügung sowie dem Eventualantrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde nicht Folge gegeben.

Auch der VwGH hat somit keinen Bescheid des Bundesvergabeamtes im Berichtszeitraum aufgehoben.

Europäischer Gerichtshof

Im Berichtszeitraum hat das Bundesvergabeamt "neu" zwei nahezu inhaltsgleiche Vorabentscheidungsersuchen (das BVergG 1997 betreffend) an den EuGH gerichtet. Mit diesen Vorabentscheidungsersuchen ist das Bundesvergabeamt "neu" erstmals an den EuGH herangetreten. Den gegenständlichen Nachprüfungsverfahren liegen mehrere Vergabeverfahren der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) betreffend bauliche Maßnahmen in der Schieneninfrastruktur und bei Schienenendeinrichtungen zugrunde. Der Auftraggeber hat sämtliche Vergabeverfahren in Form von Verhandlungsverfahren durchgeführt.

Zentrale materiellrechtliche Frage der gegenständlichen Vorabentscheidungsersuchen ist, ob infrastrukturelle Maßnahmen im Verkehrsbereich (konkret im Schienenverkehrsbereich) unter den Tatbestand des "Betreibens von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene, automatische Systeme, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel" gemäß Art. 2 Abs. 2 lit c der RL 93/38/EWG zu subsumieren sind und damit dem verdünnten Vergaberechtsregime unterliegen. Die genannte Richtlinienbestimmung lässt nämlich die "Bereitstellung von Netzen" unerwähnt. Der nationale Gesetzgeber hat indes - entgegen der Rechtslage gem § 84 Abs. 2 Z 3 BVergG 1997 - mit Neuerlassung des Bundesvergabegesetzes BVergG 2002 auch die "Bereitstellung von Netzen" als Sektorentätigkeit definiert (§ 120 Abs. 2 Z 3 BVergG 2002), ohne hierfür allerdings seine Erwägungsgründe darzulegen.

Die beiden Ersuchen wurden von der Kanzlei des EuGH unter C-462/03 und C-463/03 protokolliert.

Im Berichtszeitraum sind folgende vom Bundesvergabeamt „alt“ angeregte Auslegungsurteile des EuGH ergangen:

Rs C-448/01 (EVN und Wienstrom)

Rs C-421/01 (Traunfellner)

Rs C-249/01 (Hackermüller)

Rs C-315/01 (GAT)

Rs C-410/01 (Fritsch, Chiari & Partner u.a.)

Rs C-424/01 (CS Communications & Systems Austria GmbH)

Verstärkter Senat

Gemäß § 153 BVergG ist ein Senat des Bundesvergabeamtes nach Maßgabe der Geschäftsverteilung durch zwei weitere in § 136 Abs. 4 genannte Mitglieder zu verstärken, wenn der Senat mit Beschluss ausspricht, dass

1. die Entscheidung einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ein Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes bedeuten würde, oder
2. die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes nicht einheitlich beantwortet wurde, oder
3. die Entscheidung ein Abgehen von einer Entscheidung eines verstärkten Senates des Bundesvergabeamtes bedeuten würde.

Im Jahr 2003 hat sich der Senat 10 in zwei Verfahren verstärkt, und zwar in den Verfahren 10F-14/02-25 sowie 10F-16/02-24. Bei diesen beiden Verfahren gelangte das Bundesvergabeamt nahezu wortident zur Ansicht, dass ihm auch nach erfolgtem Widerruf die Feststellungskompetenz gemäß § 113 Abs. 3 BVergG 1997 zu komme, ob wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 1997 oder die dazu ergangenen Verordnungen der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Dies ergebe sich unter Ausschöpfung des äußerst möglichen Wortsinnes dieser Bestimmung in erster

Linie aus einer systematischen Interpretation und aus gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben.

Pauschalgebühr

Für Anträge gemäß den §§ 163 Abs. 1, 164 Abs. 1, 171 Abs. 1 und 175 Abs. 1 hat der Antragsteller eine Pauschalgebühr zu entrichten.⁵ Die Höhe der Pauschalgebühr richtet sich nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren und ist gemäß den im Anhang X, angepasst mit der Verordnung der Bundesregierung über die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabebeamten, BGBl II Nr. 324/2002, ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten.

Im Berichtszeitraum wurden von den Antragstellern Pauschalgebühren in Höhe von € 526.444,-- sowie von den Teilnehmantragstellern in Höhe von € 42.675,--, insgesamt somit € 569.119,-- entrichtet.

Insbesondere bei der Bekämpfung von Losaufträgen eines Bauauftrages kann die Höhe der Pauschalgebühr in einem krassen Missverhältnis zum begehrten Auftrag stehen: Gemäß § 13 Abs. 1 BVergG ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Auftragswert aller Lose anzusetzen, wenn ein Bauwerk aus mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, besteht. Als Lose im Sinne des BVergG gelten auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges I (Gewerke).

Handelt es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich, so sind für einen Antrag auf Nachprüfung € 5.000 sowie weitere € 5.000 zu bezahlen, sofern der Antragsteller die Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Da sich die Höhe der Pauschalgebühr nicht nach dem verfahrensgegenständlichen Auftragsvolumen richtet, wird es gerade kleineren Professionisten dadurch wirtschaftlich schwer bis unmöglich gemacht, vergaberechtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen.

⁵ § 177 Abs. 1 BVergG 2002

Als ein Beispiel für ein solches krasses Missverhältnis darf das Verfahren 13N-95/03 angeführt werden. In diesem Verfahren betrug der geschätzte Auftragswert des gesamten Vorhabens € 15.587.910,-- und war somit dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses "Fliesenlegerarbeiten" betrug hingegen nur € 108.480,--.

Da der Antragsteller beim VfGH angeregt hat, ein Gesetzesprüfungsverfahren sowohl hinsichtlich § 177 Abs. 1 und 2 BVergG und des Anhanges X des BVergG als auch zu § 166 Abs. 2 Z 5 BVergG einzuleiten und diese Bestimmungen als verfassungswidrig aufzuheben, wird sich der VfGH mit dieser Problematik auseinander zu setzen haben.

Im Hinblick auf die allfällige Höhe der Verfahrenskosten im Nachprüfungsverfahren ist auch auf die Entscheidung des Europäischen Menschengerichtshofes vom 19.6.2001, Beschwerde Nr. 28249/95 im Fall Kreuz gegen Polen hinzuweisen. Dieser Entscheidung zufolge wird nicht das Erfordernis der Leistung von Gerichtsgebühren als Einschränkung des Rechts auf Zugang zum Gericht, die mit Art. 6 Abs. 1 EMRK unvereinbar wäre, angesehen. Für die Höhe der Gebühren ist jedoch ein geziemendes Gleichgewicht ("a proper balance") zwischen den Interessen des Staates an der Einhebung von Gebühren für die Behandlung des Begehrens einerseits und dem Interesse des Antragstellers an der Durchsetzung seiner Ansprüche durch das Gericht andererseits zu gewährleisten. Sind die vom Antragsteller für die Behandlung seines Begehrens verlangten Gebühren übermäßig, sodass er von seinem Begehren Abstand nimmt, wird der Wesensgehalt ("the very essence") des Rechts des Antragstellers auf Zugang zum Gericht verletzt (Art. 6 Abs. 1 EMRK).

EU-Vergabe-Richtlinien

Derzeitige Rechtslage

Derzeit gibt es mit der Dienstleistungskordinierungs-Richtlinie (92/50/EWG), der Lieferkordinierungs-Richtlinie (93/36/EWG), der Baukordinierungs-Richtlinie (93/37/EWG) sowie der Sektoren-Richtlinie (93/38/EWG) vier "materielle" Vergabe-Richtlinien. Zudem finden sich in der Rechtsmittel-Richtlinie (89/665/EWG) und der Sektorenrechtsmittel-Richtlinie (92/13/EWG) Vorgaben für die Ausgestaltung des innerstaatlichen (Vergabe-)Rechtsschutzes. Zuletzt wurden mit der Richtlinie 97/52/EG die Dienstleistungs-, Bau- und Lieferkordinierungs-Richtlinien geändert.

Zukünftige Entwicklungen

1. Nach langwierigen Verhandlungen kam es zum Abschluss zweier neuer Vergabe-Richtlinien. Zum einen werden nunmehr die Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gemeinsam in einer "Klassischen Vergabe-Richtlinie" geregelt. Zum anderen wurde auch eine neue Sektoren-Richtlinie geschaffen. Beide Richtlinien wurden am 31. März 2004 beschlossen und am 30. April 2004 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht. Die nationale Umsetzung muss jeweils bis spätestens 31. Jänner 2006 von statten gehen.

Durch die Zusammenfassung der drei "klassischen" Vergabe-Richtlinien wurde ein Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung geleistet. Zu den inhaltlichen Schwerpunkten der gemeinsamen Richtlinie für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge gehören unter anderem:

- Einführung neuer Vergabeverfahren
 - Rahmenvereinbarungen
 - Elektronische Auktion (als iteratives elektronisches Verfahren, das aber unzulässig ist bei bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, bei denen eine geistige Leistung zu erbringen ist)

- Dynamische Beschaffungssysteme (als vollelektronisches Verfahren für Beschaffungen von marktüblichen Leistungen)
 - Wettbewerblicher Dialog bei besonders komplexen Aufträgen (als mehrphasiges Verfahren mit einer Dialogphase zu Lösungsvorschlägen)
- Ausnahmeregelung für Beschaffungen über zentrale Beschaffungsstellen
 - Neuregelung der Technischen Spezifikation
 - Berücksichtigung von "sekundären" Zielen, Neufassung der Bestimmung über die Zuschlagskriterien
 - Neuregelung der Fristen: Verkürzung beim Einsatz elektronischer Medien
 - Neuer Sektorenbereich: Postdienste
 - Einführung einer horizontalen Liberalisierungsklausel in die Sektoren-RL
 - Neuregelung der Sektorenausnahme für "verbundene Unternehmen"
 - Neuberechnung der Schwellenwerte
2. Mit der Verordnung 2195/2002 wurde ein einheitliches, gemeinsames Klassifikationssystem für die Beschreibung des Auftragsgegenstandes eingeführt (Common Procurement Vocabulary - CPV).⁶ Das CPV wurde durch die VO 2151/2003 neu gefasst.^{7,8}

Innerstaatliche Neuerungen

E-Procurement-Verordnung

"E-Procurement" bedeutet zu Deutsch "elektronisches Beschaffungswesen". E-Procurement - ein Teilaspekt von E-Government - ist nicht nur im Beschaffungswesen internationaler Konzerne, sondern auch verstärkt im Bereich der

⁶ Verordnung (EG) 2195/2002 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. November 2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV), ABI Nr. L 340 vom 16.12.2002, S 1.

⁷ ABI Nr. L 329 vom 17.12.2003, S 1, idF der Berichtigung in ABI L 330 vom 18.12.2003, S 34.

⁸ Die neuen Codes sind unter <http://simap.eu.int/DE/pub/src/welcome.htm> abrufbar.

öffentlichen Auftragsvergabe Realität geworden. Bereits im Herbst 2003 wurde der Entwurf der E-Procurement-Verordnung dem Begutachtungsverfahren zugeführt.

Die neue Verordnung soll nun in technologieneutraler und final determinierter Weise die Handhabung von elektronischen Angeboten und damit in Zusammenhang stehenden Dokumenten für Verfahren, die dem BVergG unterliegen, regeln. Notwendig wurde sie, da das Bundesvergabegesetz 2002 nur grundsätzliche, aber keine spezifischen Regelungen über die Erstellung und Übermittlung von elektronischen Angeboten im Rahmen von Vergabeverfahren enthält. Die neben der technologieneutralen auch minimalistische Formulierung der Verordnung hat den Zweck, im Hinblick auf zukünftige Entwicklungen flexibel und offen für innovative Vorgangsweisen zu bleiben.

Evaluierung zum BVergG 2002

Gemäß Punkt 7 des Regierungsprogrammes der österreichischen Bundesregierung für die 22. Gesetzgebungsperiode ist das Bundesvergabegesetz zu evaluieren. Das BKA-VD leitete in Ausführung dieses Programmes ein Evaluierungsverfahren zum BVergG 2002 ein. Als Folge dieses Evaluierungsverfahrens und aufgrund der neuesten Judikatur des EuGH soll das BVergG neu strukturiert werden. In diesem Zusammenhang erfolgte bereits im Juli 2003 ein umfangreicher Meinungsaustausch zwischen den für die Vorbereitung des Ministerialentwurfes zuständigen Beamten des Bundeskanzleramtes und den Senatsvorsitzenden des BVA.

Informationstätigkeit

Homepage

Am 10. Dezember 2002 hat das Bundesvergabeamt seinen Internet-Auftritt erfolgreich gestartet. Unter der Adresse www.bva.gv.at finden sich Links zur Organisation, zu den Rechtsgrundlagen der öffentlichen Auftragsvergabe, zur

Amtstafel, zur Geschäftsverteilung und zu den Entscheidungen. Während die Entscheidungssammlung zum Jahresbeginn zwar eine vollständige Dokumentation aller Entscheidungen des BVA ab dem Stichtag 1. September 2002 beinhaltet, stehen nun seit dem ersten Halbjahr 2003 die meisten Entscheidungen ab 1994 auf der Homepage. Die einzelnen Judikate sind im Adobe Portable Document Format (PDF) abrufbar. Der Bereich "Rechtsgrundlagen" umfasst neben ausführlichen Erläuterungen zum Vergaberecht im Allgemeinen und zu den Bundesvergabegesetzen 1997 und 2002 im Besonderen, die EU-Vergabe-Richtlinien und die Bekanntmachungsformulare. Zu den jeweiligen Texten führen Links. Eine umfangreiche vergaberelevante Linksammlung soll dem interessierten Leser den einen oder anderen Hinweis auf weiterführende Literatur bieten. Die Sammlung der Veröffentlichungen der Senatsvorsitzenden soll eine weitere Möglichkeit bieten, sich über aktuelle Entscheidungen, darin aufgeworfene Rechtsfragen und Rechtsmeinungen ein Bild zu machen. Die virtuelle Amtstafel bietet insbesondere den Verfahrensparteien die Möglichkeit, die Verhandlungstermine einzusehen.

Die Homepage erfreut sich immer größerer Beliebtheit: So haben im Durchschnitt im Jahre 2003 pro Monat rund 1180 Interessierte, davon ca. 400 regelmäßig, die Homepage besucht. Die durchschnittliche Besuchsdauer pro Anwender betrug rund 12 Minuten, dabei wurden monatlich im Durchschnitt rund 58.000 hits verzeichnet.

Evidenzstelle

Der gemäß § 141 Abs. 1 BVergG unter der Leitung des Vorsitzenden des Bundesvergabebeamtes eingerichteten Evidenzstelle obliegt die organisatorische Abwicklung der Dokumentation und Evidenthaltung der Entscheidungen und Empfehlungen des Bundesvergabebeamtes sowie deren elektronische Übermittlung an das Bundeskanzleramt zur Veröffentlichung im Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS). Die Weiterleitung an das RIS zur Veröffentlichung erfolgt bereits nach sechs bis sieben Wochen ab Zustellung des Bescheides. Die Aufbereitung der Entscheidungen einschließlich der Formulierung von sich daraus ergebenden Rechtssätzen des Bundesvergabebeamtes sowie die Anonymisierung und Beschlagwortung für die Dokumentation obliegen den jeweils zuständigen

Senatsvorsitzenden. Die Evidenthaltung der Entscheidungen von 1994 bis 2002 bietet auch die Möglichkeit, jederzeit interessierten Bürgern, die über keinen elektronischen Zugang verfügen, die Entscheidungen in anonymisierter Form rasch zur Verfügung zu stellen.

Vergaberechtstagung

Die Neuerlassung des Bundesvergabegesetzes hat sowohl in materiellrechtlicher Hinsicht als auch bezüglich des Rechtsschutzes wesentliche Änderungen gebracht. Diese Änderungen waren der Anlass für die als Diskussionsforum für sämtliche nationale Vergabekontrolleinrichtungen konzipierte Österreichische Vergaberechtstagung im Mai 2003. Beleuchtet wurden u.a. die Aspekte der jüngeren Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zum Vergaberecht, die Probleme des Vergaberechts aus Sicht der Auftragnehmer, das Provisorial- und Nachprüfungsverfahren sowie Einzelfragen, wie etwa die Probleme der Parteistellung im Nachprüfungsverfahren.

Das Bundesvergabeamt hat das Protokoll der Tagung in einer eigenen Tagungsbroschüre herausgegeben und allen Teilnehmern zur Verfügung gestellt. Die Broschüre, die sich mit wesentlichen Problemen des Vergaberechtes auseinandersetzt, wird jedem Mitglied des Wirtschaftsausschusses zur Verfügung gestellt.

Standpunkte zum Vergaberecht

Im Herbst 2003 ist das Buch *Standpunkte zum Vergaberecht* im Verlag Manz erschienen. Darin haben alle Senatsvorsitzenden des Bundesvergabeamtes dazu beigetragen, sowohl praxisorientierten Lesern als auch der wissenschaftlichen Lehre Anregungen und Auseinandersetzungen mit konkreten Problemen des BVergG zu bieten. Es wurden nicht nur Problemstellungen und Disharmonien im Bundesvergabegesetz oder im Spannungsverhältnis zur europäischen Rechtsprechung aufgezeigt, sondern in vielen Themenbereichen auch Lösungsvorschläge ausgearbeitet.

Dieses Buch wird jedem Mitglied des Wirtschaftsausschusses übermittelt.

Die elektronische Vergabe ("E-Tendering")

Das Bundesvergabegesetz sieht vor, dass Auftraggeber die Möglichkeit haben, Vergabevorgänge elektronisch durchzuführen. Im Bundesbereich hat die Bundesbeschaffung GmbH (kurz BBG) als zentrale Beschaffungsstelle des Bundes gemäß Ministerratsvortrag vom 13. Mai 2003 den Auftrag, die Möglichkeiten von E-Procurement verstärkt zu nutzen und das elektronische Beschaffungswesen voranzutreiben. Seit Herbst 2003 läuft im Bundesbereich ein Kooperationsprojekt von BBG, auftrag.at und der IKT-Stabstelle des Bundes, an welchem auch das Bundesvergabeamt im Vorfeld mitwirkte, um Rechtsschutzprobleme hintanzuhalten.

Zusammenfassung

Das Jahr 2003 hat bewiesen, dass die Veränderung der Organisation des BVA im Herbst 2002 zu einer Verbesserung des Vergaberechtsschutzes in Österreich geführt hat. Allerdings sind zahlreiche Effekte erst im Laufe des Jahres 2003 spürbar geworden. Eine abschließende Beurteilung kann somit erst in den Folgejahren getroffen werden, weitere grundlegende organisatorische Veränderungen sind derzeit nicht erforderlich oder zweckmäßig. Der zügige Abbau von Fällen, die vom BVA „alt“ übernommen werden mussten, hat die Behandlung neuer Fälle nur im geringen Ausmaß beeinträchtigt.

Das Streben nach einer möglichst hohen Qualität der Entscheidungen, die Akzeptanz durch die Verfahrensparteien und die Bestätigungen der Entscheidungen des BVA durch VwGH und VfGH zeigen, dass die inhaltliche Richtung der Entscheidungen des BVA in den meisten Fällen stimmt. Die Weiterentwicklung des spezifischen Vergaberechtsschutzes im Unterschwellenbereich hat sich bewährt und ist auszubauen.

Ein besonderes Augenmerk für Ausbildung und fachliche Weiterbildung sind bestimmender Faktor des Selbstverständnisses der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des BVA. Die Rolle der Beisitzer hat wesentlich zu einer positiven Entwicklung des BVA beigetragen, insbesondere hat sich durch die kontinuierliche Linie und das Engagement der Beisitzer deren praxisorientierte Erfahrung in den Entscheidungen widergespiegelt.

Bundes-Vergabekontrollkommission

Tätigkeitsbericht der Bundes-Vergabekontrollkommission Berichtszeitraum 2003

Praterstraße 31
1020 Wien
www.bvkk.gv.at

Die Bundes-Vergabekontrollkommission legt gemäß § 146 Bundesvergabegesetz 2002 (BVergG 2002) hiermit ihren Bericht über die Tätigkeit und die dabei gesammelten Erfahrungen für das Jahr 2003 vor:

I. Überblick über die Tätigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission

1. Organisation der Bundes-Vergabekontrollkommission

Neben dem Vorsitzenden und der stellvertretenden Vorsitzenden gehören der Bundes-Vergabekontrollkommission derzeit 8 weitere Senatsvorsitzende und 43 sonstige Mitglieder an. Diese bilden gemeinsam die Vollversammlung. Der Vorsitzende, die stellvertretende Vorsitzende, die Senatsvorsitzenden und die sonstigen Mitglieder werden über Vorschlag der Bundesregierung vom Bundespräsidenten für die Dauer von fünf Jahren ernannt. Wiederbestellungen sind zulässig. Der Vorsitzende, die stellvertretende Vorsitzende und die Senatsvorsitzenden dürfen weder der Auftragnehmer- noch der Auftraggeberseite angehören.

Die Mitglieder der B-VKK können nicht gleichzeitig dem Bundesvergabeamt angehören. Die Vorsitzenden und stellvertretenden Vorsitzenden (Senatsvorsitzende) müssen über

- ein abgeschlossenes rechtswissenschaftliches Studium verfügen und entweder
- bereits durch mindestens vier Jahre eine Berufsstellung bekleidet haben, für die die Vollendung des rechtswissenschaftlichen Studiums erforderlich ist, oder über eine mindestens zweijährige einschlägige Berufserfahrung auf dem Gebiet des Vergaberechts verfügen.

Die sonstigen Mitglieder wurden aus dem Kreis der Auftraggeber und Auftragnehmer bestellt, wobei Vorschlagsrechte der Wirtschaftskammer Österreich, der Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten und der Bundesarbeitskammer zukommt. Sie müssen eine mindestens fünfjährige einschlägige Berufserfahrung oder besondere Kenntnisse des Vergabewesens in rechtlicher, wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht besitzen.

Die Bundes-Vergabekontrollkommission wird in Senaten tätig. Jeder Senat besteht aus einem Senatsvorsitzenden und zwei Beisitzern. Von den Beisitzern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem der Auftragnehmer angehören. Senatsbeschlüsse werden mit Stimmenmehrheit gefasst.

2. Tätigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission im Berichtszeitraum

Im Berichtszeitraum 2003 wurden insgesamt 20 Schlichtungsersuchen bei der Geschäftsführung der Bundes-Vergabekontrollkommission eingebracht. Von diesen Schlichtungsersuchen

- erfolgte in 3 Fällen eine gütliche Einigung
- wurde in einem Fall eine Empfehlung abgegeben
- wurden 2 Fälle mangels Aussicht auf Erfolg abgelehnt
- endeten 2 Schlichtungsverfahren ohne gütliche Einigung
- erfolgte in 12 Fällen eine Zurückweisung mangels Zuständigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission

Von den 20 Schlichtungsfällen im Jahr 2003 betrafen 12 den Oberschwellenbereich, 7 den Unterschwellenbereich. In einem Fall war dies es mangels Zuständigkeit nicht notwendig,

abschließend zu klären, weil es sich um eine unter das Niederösterreichische Vergabenaufprüfungsgesetz fallende Auftragsvergabe gehandelt hat.

II. Erfahrungen und daraus abzuleitende rechtspolitische Überlegungen

1. Im Vergleich zum Jahr 2002 – 105 Schlichtungsanträge auf Grund des BVergG 1997 – ist im Jahr 2003 ein markanter Abfall von Schlichtungsersuchen festzustellen. Dies hängt damit zusammen, dass im Jahr 2003 erstmals die Regelungen des BVergG 2002 für die B-VKK wirklich schlagend geworden sind.

Damit lässt sich nach einer Überblicksperiode über nunmehr ein Jahr – und die Entwicklung im Jahre 2004 geht in dieselbe Richtung – festhalten, dass das BVergG 2002 dazu geführt hat, dass deutlich weniger Schlichtungsansuchen an die B-VKK gestellt werden.

Das dürfte insbesondere auf die neue – grundsätzlich sehr sinnvolle – Rechtsschutzkonstruktion des BVergG vor dem Bundesvergabeamt zurückzuführen sein, derzufolge „gesondert anfechtbare Entscheidungen“ binnen gesetzlich festgelegter Frist beim Bundesvergabeamt bei sonstiger Präklusion bekämpft werden müssen. Dazu kommt, dass das BVergG 2002 die Regel eingeführt hat, dass Schlichtungsersuchen an die Bundes-Vergabekontrollkommission und das vor der Bundes-Vergabekontrollkommission durchzuführende Schlichtungsverfahren, das wie bisher zwingend innerhalb von zwei Wochen abzuschließen ist, keine Auswirkungen auf die erwähnten Fristen im Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt haben.

Das führt aus der Sicht der Bewerber und Bieter zu folgender Situation: Sie müssen nunmehr auf Grund der Fristenbindung von Nachprüfungsanträgen an das Bundesvergabeamt unter gewissem Zeitdruck entscheiden, ob sie ein Nachprüfungsverfahren beantragen. Wollen sie darüber hinaus noch ein Schlichtungsersuchen an die Bundes-Vergabekontrollkommission stellen, dann müssen sie noch die gesamte Verfahrensdauer des Schlichtungsverfahrens einrechnen, um, wollen sie nicht ihrer Rechtsschutzmöglichkeit vor dem Bundesvergabeamt verlustig gehen, nach Abschluss des Schlichtungsverfahrens noch rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt stellen zu können.

Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Entscheidung eines Bewerbers oder Bieters, ein Schlichtungsverfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission zu beantragen, so früh im jeweiligen Vergabeverfahren im Hinblick auf die strittige Entscheidung des Auftraggebers getroffen werden müsste, dass es praktisch kaum zu einer solchen Antragstellung kommt. Dem Bewerber und Bieter ist in der tatsächlichen Auswirkung des geschilderten Regelungssystems jede Überlegungszeit genommen. In manchen Fallkonstellationen – Mitteilung über die erfolgte Bewerberauswahl in zweistufigen Verfahren etwa – sind die Nachprüfungsfristen überhaupt so gestaltet, dass ein Schlichtungsverfahren nicht einmal theoretisch im vom Gesetz vorgegebenen Anfechtungszeitraum Platz hat.

Dieses, eine praktisch effektive Tätigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission nahezu ausschließende gesetzliche System dürfte vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen sein, sondern hat sich als Konsequenz der Neuregelung des Vergaberechtsschutzes in verfahrensmäßiger Hinsicht in der praktischen Tätigkeit des letzten Jahres herausgestellt.

Es bleibt aber festzuhalten, dass auf Grund der derzeitigen Gesetzeslage des BVergG 2002 eine effektive Wahrnehmung ihrer Aufgaben durch die Bundes-Vergabekontrollkommission nicht sinnvoll möglich ist.

2. Dies führt aus der Sicht der Bundes-Vergabekontrollkommission rechtspolitisch zu zwei möglichen Konsequenzen, die im Zuge einer Novellierung des BVergG 2002 bzw einer Neuregelung des Bundesvergabegesetzes für die Bundes-Vergabekontrollkommission gezogen werden können. Die Bundes-Vergabekontrollkommission stellt mit diesem Bericht diese zwei Optionen ohne Präferenz für eine der beiden zur Diskussion:

- *Option 1 – Abschaffung der Bundes-Vergabekontrollkommission*

Die Bundes-Vergabekontrollkommission und das Schlichtungsverfahren werden bei einer Neuregelung ersatzlos abgeschafft.

Eine derartige Vorgangsweise kann gut damit begründet werden, dass die Schlichtungstätigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission vor allem in der Übergangsphase zu einem liberalisierten Vergabebinnenmarkt eine wesentliche Funktion der Aufklärung, Wissensvermittlung und Handlungsanleitung bei der Anwendung des „neuen“ europäischen und innerstaatlichen Vergaberechts wahrgenommen hat. In vielen Vergabekontrollverfahren stand tatsächlich die Bewältigung von Schwierigkeiten beim Verständnis und bei der Auslegung der vergabegesetzlichen Regelungen im Vordergrund.

Nunmehr haben sich die Schwerpunkte in den Vergabekontrollverfahren verlagert, Rechtsstreitigkeiten, die einer behördlichen Entscheidung bedürfen, stehen im Vordergrund. Die unterschiedlichen Standpunkte bei der Auslegung des Vergabegesetzes werden zumeist interessenbezogen eingenommen, unterschiedliche Rechtsstandpunkte resultieren weniger aus Unsicherheiten bei der Auslegung des Vergabegesetzes.

Vor diesem Hintergrund kann der Standpunkt vertreten werden, dass die Bundes-Vergabekontrollkommission ihre wichtige Aufgabe erfüllt hat und für die Zukunft mit dem Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt allein das Auslangen gefunden werden kann.

- *Option 2 – Neuregelung des Schlichtungsverfahrens*

Das gesetzliche Regelungssystem wird dahingehend geändert, dass Schlichtungsverfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission zwar weiterhin nur freiwillig in Anspruch genommen werden können, dass aber die Einleitung eines Schlichtungsverfahrens vor der Bundes-Vergabekontrollkommission für die Verfahrensdauer von 14 Tagen den Lauf der Nachprüfungsfristen vor dem Bundesvergabeamt hemmt.

In diesem Fall könnten Schlichtungsverfahren beantragt werden, ohne dass ein effektiver behördlicher Rechtsschutz vor dem Bundesvergabeamt aus Sicht der Bewerber und Bieter gefährdet wäre.

In dieser Lösung müsste bei der gesetzlichen Ausgestaltung auch vorgekehrt werden, dass die Einleitung des Schlichtungsverfahrens als Entscheidung der Bundes-Vergabekontrollkommission ausgestaltet wird, um eine missbräuchliche Inanspruchnahme des Schlichtungsverfahrens und damit ein reines „Blockieren“ von Vergabeverfahren verhindern zu können. Weiters könnte geregelt werden, dass für gewisse Vergabeverfahren – Vergabeverfahren bei geringeren Auftragswerten, eilbedürftige Vergabeverfahren, etc – die Anrufung eines Schlichtungsverfahrens weiterhin ausgeschlossen wird.

Eine derartige Lösung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH und den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben, weil die Bewerber und Bieter weiterhin nicht in ein Schlichtungsverfahren gezwungen werden, sondern ein solches nur auf freiwilligem Antrag hin durchgeführt wird. Die knappe, maximale Periode von 14 Tagen, für die die Fristen im Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt gehemmt und damit letztlich verlängert werden, dürfte sowohl im Hinblick auf die Effektivität des Rechtsschutzes wie die Effizienz der Vergabeverfahren gut vertretbar sein.

Bei einer derartigen Neuregelung des Schlichtungsverfahrens scheint auch die Aufrechterhaltung der Schlichtungstätigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission gut begründbar. Weiterhin können dann Streitigkeiten in einem sowohl für die öffentlichen Auftraggeber wie für die Bewerber und Bieter kostengünstigen und auch aus Sicht der staatlichen Verwaltung „billigen“ Verfahren behandelt werden. Schon ein gewisser Prozentsatz von Streitigkeiten, die auf diesem Weg durch die Bundes-Vergabekontrollkommission „endgültig“ erledigt werden können (und der in der Vergangenheit durch die Tätigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission regelmäßig deutlich erreicht wurde), führt im Vergleich zum Aufwand für die Tätigkeit der Bundes-Vergabekontrollkommission zu merkbaren Einsparungseffekten.

Die Bundes-Vergabekontrollkommission ersucht, bei einer Neuregelung des Bundesvergabegesetzes eine dieser beiden aufgezeigten Optionen zu berücksichtigen. Keinesfalls sinnvoll erscheint der Bundes-Vergabekontrollkommission die Aufrechterhaltung des geltenden gesetzlichen Zustandes.

Der Vorsitzende der
Bundes-Vergabekontrollkommission



(Univ.Prof. Dr. Michael Holoubek)