



REPUBLIK ÖSTERREICH

BUNDESVERGABEAMT

**Dritter Tätigkeitsbericht des
Bundesvergabeamtes**

Praterstraße 31

1020 Wien

Internet-Adresse: www.bva.gv.at

EINLEITUNG

Gemäß § 146 BVergG hat das Bundesvergabeamt 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.

Der den Zeitraum 1. Jänner 2003 bis 31. Dezember 2003 umfassende zweite Tätigkeitsbericht¹ des Bundesvergabeamtes, wurde von der Vollversammlung des Bundesvergabeamtes am 9. November 2004 beschlossen und am 29. April 2005 im Wirtschaftsausschuss des Nationalrates behandelt und enderledigt.

Der vorliegende, den Zeitraum 1. Jänner 2004 bis 31. Dezember 2004 betreffende Bericht, bietet einen Überblick über die vom Bundesvergabeamt ausgeübte laufende Kerntätigkeit in seiner Eigenschaft als Vergabekontrollbehörde einerseits, sowie über die darüber hinaus wahrgenommenen sonstigen Aufgaben andererseits.

Die Erfahrungen, die das Bundesvergabeamt "neu" aus der nun mehr als zweijährigen Tätigkeit als Kontrollbehörde nach dem BVergG 2002 gewonnen hat, können auch einen wertvollen Beitrag bei der geplanten Neufassung des Vergabegesetzes leisten. Diese Neufassung ist u.a. auch durch den Beschluss der beiden neuen Vergaberichtlinien erforderlich.

¹ Der zweite Tätigkeitsbericht steht unter www.bva.gv.at/BVA/Organisation/Taetigkeitsbericht online zur Verfügung.

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.²

In der Sitzung der Vollversammlung am 13.12.2002 wurde die ab 1.1.2003 und auch für das Jahr 2004 unverändert geltende modifizierte Geschäftsordnung beschlossen. Die Geschäftsordnung des Bundesvergabeamtes liegt in der Kanzlei des BVA während der Amtsstunden zur allgemeinen Einsicht auf.

Geschäftsverteilung

§ 145 Abs. 2 BVergG sieht neben der Geschäftsordnung auch eine Geschäftsverteilung vor. 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 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).

² § 145 Abs. 1 BVergG 2002

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.

Die Geschäftsverteilung ist auf der homepage des Bundesvergabeamt (www.bva.gv.at/Organisation/Geschäftsverteilung) online abrufbar.

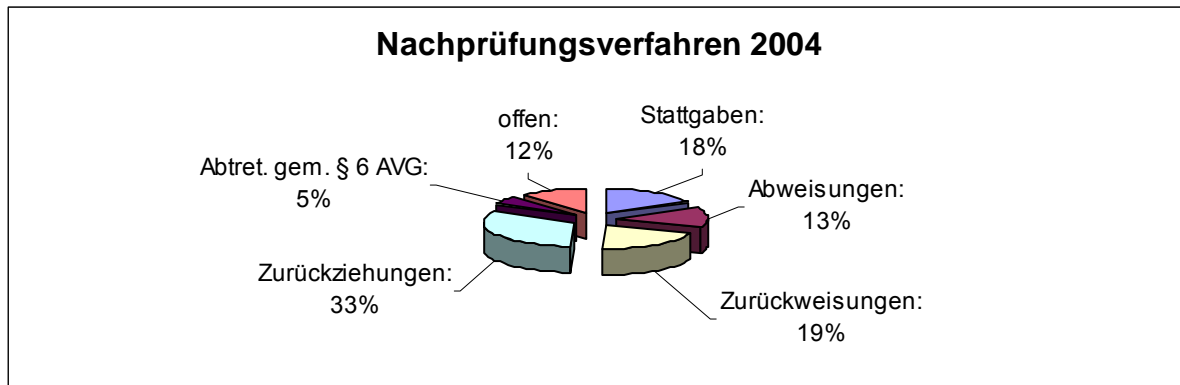
Kontonummer

Seit Jänner 2004 hat das Bundesvergabeamt bei der PSK eine eigene Kontonummer mit der Nummer 5 080 018, lautend auf "Bundesvergabeamt" für alle Einzahlungen. Dies ermöglicht eine rasche und einfachere Kontrolle der Einzahlungen, die die Verfahren vor dem Bundesvergabeamt betreffen, da dadurch Rückfragen bei der Buchhaltung im Sinne einer Verwaltungseffizienz hintangehalten werden können.

Verfahren - Statistik

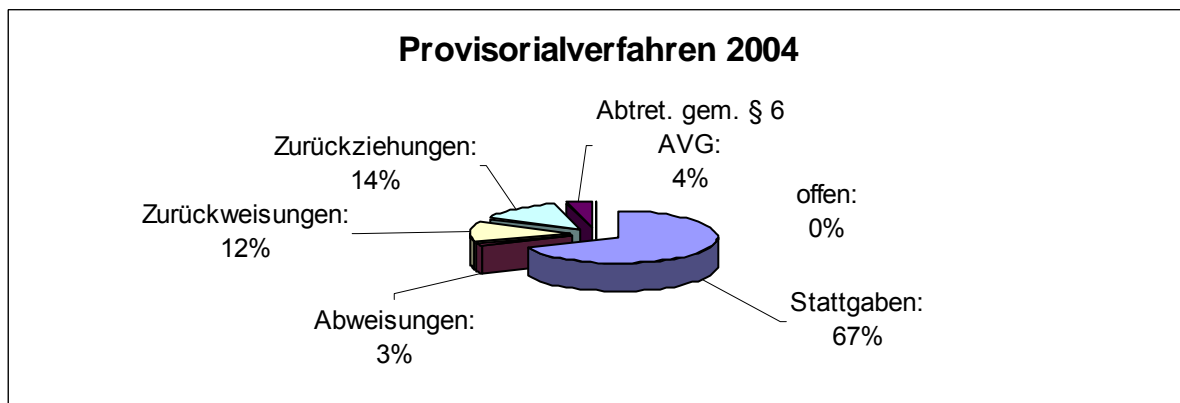
1. Nachprüfungsverfahren

Im Berichtszeitraum wurden beim Bundesvergabeamt 134 Nachprüfungsanträge eingebracht. Davon gehörten 83 Verfahren dem Oberschwellenbereich und 51 Verfahren dem Unterschwellenbereich an. Von diesen 134 Nachprüfungsverfahren wurde in 18 Fällen der Antrag abgewiesen, in 24 Fällen dem Antrag stattgegeben und in 26 Fällen der Antrag zurückgewiesen. In 43 Fällen wurde der Antrag zurückgezogen sowie in 7 Fällen das Verfahren gemäß § 6 AVG abgetreten. In 16 Fällen konnte im Berichtszeitraum keine Entscheidung getroffen werden, da die Bestellung eines Sachverständigen nötig geworden ist bzw. der Eingang der Anträge erst kurz vor Ablauf des Berichtszeitraumes erfolgte.



2. Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen

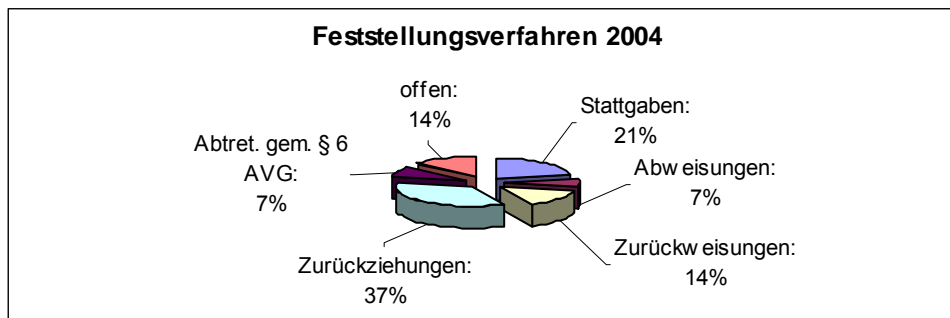
Im Berichtszeitraum wurden beim Bundesvergabeamt 118 Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Davon gehörten 71 Anträge dem Oberschwellenbereich, 47 Anträge dem Unterschwellenbereich an. Hierbei wurde 80 Anträgen stattgegeben, 3 Anträge wurden abgewiesen und 14 Anträge zurückgewiesen. Weitere 5 Anträge wurden gemäß § 6 AVG abgetreten und 16 Anträge zurückgezogen.



3. Feststellungsverfahren

Im Berichtszeitraum wurden beim Bundesvergabeamt 14 Feststellungsanträge eingebracht. Davon gehörten 8 Verfahren dem Oberschwellenbereich, 6 Verfahren dem Unterschwellenbereich an. Von diesen 14 Feststellungsverfahren wurde in 3 Verfahren dem Antrag stattgegeben, in 1 Verfahren der Antrag abgewiesen, in 2 Verfahren der Antrag zurückgewiesen, 5 Anträge wurden zurückgezogen, 1 Antrag

gemäß § 6 AVG abgetreten. In weiteren 2 Verfahren konnte im Berichtszeitraum keine Entscheidung getroffen werden.



Mündliche Verhandlungen

Hinsichtlich der im Jahre 2004 anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren wurden in 28 Verfahren 29 mündliche Verhandlungen durchgeführt.

Weiters wurden in drei im Jahre 2004 anhängig gemachten Feststellungsverfahren jeweils eine mündliche Verhandlung durchgeführt.

Insgesamt wurden im Berichtszeitraum 58 mündliche Verhandlungen abgehalten.

Beschwerden an den Verfassungsgerichtshof

Im Berichtszeitraum wurde der Verfassungsgerichtshof zu 7 Bescheiden angerufen. Davon hat der Verfassungsgerichtshof 1 Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof abgetreten, 1 Beschwerde wurde zurückgezogen, 5 Beschwerden sind somit noch anhängig.

Von den bis Ende 2003 beim Verfassungsgerichtshof anhängig gemachten Beschwerden wurden vom Höchstgericht im Berichtszeitraum insgesamt 24 entschieden. Hinsichtlich der anhängig gemachten Beschwerden gegen Bescheide des BVA "neu" hat der Verfassungsgerichtshof einen Bescheid aufgehoben, bei 2 Beschwerden das Verfahren eingestellt und in 6 Beschwerdefällen die Behandlung abgelehnt, wobei 3 Beschwerden an den VwGH abgetreten wurden.

Des Weiteren wurden 5 Bescheide des BVA "alt" teilweise aufgehoben, 8 Beschwerden abgewiesen und in weiteren 3 Fällen das Verfahren eingestellt.

Beschwerden an den Verwaltungsgerichtshof

Im Jahr 2004 wurden beim Verwaltungsgerichtshof 20 Beschwerden anhängig gemacht. Davon richteten sich 13 Beschwerden gegen Bescheide des Bundesvergabeamtes aus dem Jahre 2004 und 7 Beschwerden gegen Bescheide aus dem Jahre 2003.

Im Berichtszeitraum hat der VwGH - soweit es sich um Beschwerden gegen Bescheide handelte, die im Jahr 2004 erlassen wurden - in drei Verfahren die Beschwerde abgewiesen, in einem Verfahren den Bescheid in einem Spruchpunkt aufgehoben, sowie in je einem Verfahren den Beschluss gefasst die Behandlung abzulehnen, der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht stattzugeben und einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung nicht stattzugeben.

Soweit es sich um Beschwerden gegen Bescheide handelte, die im Jahre 2003 erlassen wurden, hat der VwGH im Berichtszeitraum in zwei Verfahren die Bescheide in einzelnen Spruchpunkten aufgehoben, in drei Verfahren den Beschluss gefasst, die Beschwerde zurückzuweisen, sowie in je einem Verfahren den Beschluss gefasst, das Verfahren einzustellen bzw. der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht stattzugeben.

In einem weiteren Verfahren (es handelte sich um eine Beschwerde gegen einen Bescheid aus dem Jahre 2002) hat der VwGH den Beschluss gefasst, das Verfahren einzustellen.

Europäischer Gerichtshof

Im Berichtszeitraum hat das Bundesvergabeamt ein Vorabentscheidungsersuchen (das BVergG 2002 betreffend) an den EuGH gerichtet. Das Ersuchen wurde von der Kanzlei des EuGH unter C-15/04 protokolliert. Im gegenständlichen

Nachprüfungsverfahren hat die Auftraggeberin in einem ersten Vergabeverfahren im Wege eines offenen Verfahrens den Abbruch eines Gebäudes ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert des gesamten Vorhabens betrug € 8,600.000,--, der geschätzte Auftragswert des verfahrensgegenständlichen Loses Abbrucharbeiten € 95.000,--. Nach Angebotsöffnung war die Ausschreibung widerrufen worden, da die Angebotspreise mehr als dreimal so hoch wie der geschätzte Auftragswert waren. Danach wurde ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung über die gleichen Arbeiten durchgeführt (zweites Vergabeverfahren). Die Antragstellerin beantragte die Nichtigklärung des Widerrufs des ersten Verfahrens mit dem Verweis auf das Urteil des EuGH vom 18.6.2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure, sowie in eventu die Nichtigklärung der Widerrufsentscheidung analog zu § 100 Abs 2 BVergG 2002.

Dieses Vorabentscheidungsverfahren betrifft das Rechtsproblem der Überprüfbarkeit eines Widerrufs eines Vergabeverfahrens. Im Einzelnen stellt sich die Frage, ob die 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 die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, auch für den Widerruf oder zumindest für die Entscheidung des Auftraggebers, einen solchen vorzunehmen, die Möglichkeit der Nichtigklärung vorzusehen.

Aus der Rechtsmittelrichtlinie leitet der EuGH unter anderem ab, dass der Widerruf einer Ausschreibung in einem Nachprüfungsverfahren auf Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht überprüft und gegebenenfalls aufgehoben werden können muss. Diese Rechtsprechung hat für den Antragsteller in einem Nachprüfungsverfahren mangels Umsetzung im österreichischen Recht solange keine unmittelbare Auswirkung, solange nicht feststeht, dass er sich auch unmittelbar auf die RMRL berufen kann.

In den Schlussanträgen vom 16.12.2004 sieht Generalanwältin Stix-Hackl die Aufhebbarkeit des Widerrufs der Ausschreibung zusammen mit einer Widerrufsentscheidung als geboten an. Weiters spricht sie sich für die unmittelbare Anwendbarkeit von Art 2 Abs 1 lit b RMRL im Falle eines Widerrufs der Ausschreibung nach Angebotsöffnung aus.

Die Entscheidung des Gerichtshofes wird für Mitte 2005 erwartet.

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

Rs C-314/01 (Siemens AG Österreich und Arge Telekom & Partner)

Rs C-230/02 (Grossmann Air Service)

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 2004 haben sich die Senate 10 und 12 jeweils in einem Verfahren verstärkt und zwar in den Verfahren 10N-137/03 sowie 12N-2/04.

Bei erstgenanntem Verfahren³ gelangte das Bundesvergabeamt zur Ansicht, dass eine lediglich unter Verstoß gegen die Voraussetzungen des § 100 Abs. 1 1. Satz BVergG 2002 bekannte gegebene Erklärung, einem Bieter den Zuschlag erteilen zu wollen, als Zuschlagsentscheidung iSd § 20 Z 42 BVergG 2002 einem Nachprüfungsverfahren zugänglich sei. Der erkennende Senat hielt im Ergebnis fest, dass es zu einer Unterscheidung zwischen der voll wirksamen, materiellen

³ siehe BVA vom 9.2.2004, 10N-137/03-20

Zuschlagsentscheidung des Vergabeverfahrens und der einen Anfechtungsgegenstand bildenden, verfahrensrelevanten Zuschlagsentscheidung des Vergabekontrollverfahrens komme.

Im zweitgenannten Verfahren⁴ gelangte das Bundesvergabeamt zur Ansicht, dass die inhaltliche Behandlung einer seitens der Antragsteller ausdrücklich bekämpften nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung (im konkreten Fall der Ausscheidensentscheidung) zulässig sei, sofern zugleich die betreffende nachfolgende gesondert anfechtbare Entscheidung bekämpft wird. Hinsichtlich der Antragslegitimation wurde - trotz Verwirklichung eines Ausscheidensgrundes - das Vorliegen der Antragslegitimation bejaht, wenn etwa die behauptete Rechtswidrigkeit einen Widerruf der Ausschreibung nach sich ziehen müsste. Für die Beurteilung des Schadensbegriffes und demzufolge der Antragslegitimation eines Unternehmers mache es keinen Unterschied, ob der Widerruf auf Grund des Tatbestandes des § 105 Abs 1 BVergG oder des § 105 Abs 3 BVergG erfolgt sei, da in beiden Fällen der in § 163 Abs 1 BVergG geforderte "drohende Schaden" im Entfall der Möglichkeit des Erhalts des Zuschlages im Folgeverfahren bestehe. Von der Absicht der Vergabe des Folgeauftrages sei grundsätzlich auszugehen (§ 21 Abs 4 BVergG).

Verhängung einer Mutwillensstrafe

Gemäß § 35 AVG iVm § 176 Abs 3 BVergG kann die Behörde in Nachprüfungsverfahren gegen Personen, die offenbar mutwillig die Tätigkeit der Behörde in Anspruch nehmen oder in der Absicht einer Verschleppung der Angelegenheit unrichtige Angaben machen, eine Mutwillensstrafe bis ein Prozent des geschätzten Auftragswertes, höchstens jedoch € 60.000,-- verhängen.

Im Verfahren 13N-14/04, ist die Auftraggeberin mehrfach der Aufforderung des Bundesvergabeamtes nicht nachgekommen, die Unterlagen des Vergabeverfahrens vorzulegen. Nahezu die gesamte mündliche Verhandlung vom 19. März 2004 (3 Stunden) musste dafür aufgewendet werden, abzuklären, welche Unterlagen des Vergabeverfahrens die Auftraggeberin noch nicht vorgelegt hatte. Desweiteren

⁴ siehe BVA vom 26.4.2004, 12N-2/04-55

wurden von der Auftraggeberin mehrfach offenkundig unrichtige Angaben zu der Frage des geschätzten Auftragswertes gemacht, wobei die Tatsache, dass diese Angaben unrichtig waren, für jede auch nur einigermaßen mit der Sache vertraute Person erkennbar war. Dies alles geschah offenbar in der Absicht, die Sache zu verschleppen.

Die Verhängung einer Mutwillensstrafe soll die Parteien vor Verschleppung der Sache schützen (VwGH 4.9.1973, Slg 8448 A). Mit Bescheid 13N-14/04-25 wurde daher über die Auftraggeberin gemäß den §§ 35 AVG iVm 176 Abs 3 BVergG eine Mutwillensstrafe in der Höhe von € 5.000,-- rechtskräftig verhängt. Diese Entscheidung blieb unbekämpft.

Pauschalgebühr

Für Anträge gemäß den §§ 163 Abs. 1, 164 Abs. 1, 171 Abs. 1 und 175 Abs. 1 hat der Antragsteller eine Pauschalgebühr zu entrichten⁵. 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 Bundesvergabeamtes, BGBl II Nr. 324/2002, ausgewiesenen Sätzen bei Antragstellung zu entrichten.

Im Berichtszeitraum hat der VwGH bereits zwei Erkenntnisse betreffend die Pauschalgebühr erlassen:

In seinem Erkenntnis vom 30.6.2004, 2004/04/0081, hat der VwGH erkannt, dass die Auffassung des Antragstellers, ein vom Bundesvergabeamt in der Folge als unzulässig zurückgewiesener Feststellungsantrag löse keine Verpflichtung zur Entrichtung der Pauschalgebühr aus, im Gesetz keine Grundlage hat. Vielmehr bewirkt gemäß § 177 Abs. 2 BVergG (bereits) die Antragstellung das Entstehen der Gebührenschuld; ein Erlöschen dieser Schuld als Folge einer den Antrag zurückweisenden Entscheidung des Bundesvergabeamtes ist nicht normiert.

Die Entrichtung der Pauschalgebühr gemäß § 167 Abs. 2 Z. 4 BVergG ist zwar eine Voraussetzung für die Behandlung eines Antrages durch das Bundesvergabeamt,

⁵ § 177 Abs. 1 BVergG

doch weist die Gebühr selbst - in Anbetracht des Auftragswertes der zu Grunde liegenden Verfahren - keine Höhe auf, die geeignet wäre, eine Antragstellung der als Bieter in Betracht kommenden Verkehrskreise ernstlich in Frage zu stellen. Dazu kommt, dass dem obsiegenden Antragsteller gemäß § 177 Abs. 5 BVergG ein Rückersatzanspruch betreffend die geleistete Pauschalgebühr eingeräumt ist. Es besteht daher keinerlei Anhaltspunkt für die Annahme, durch die Verpflichtung zur Entrichtung der Pauschalgebühr gemäß § 177 Abs. 1 BVergG würde der Zugang zum Überprüfungsverfahren in unvertretbarer Weise beschränkt oder erschwert.

In einem zweiten Erkenntnis vom 28.7.2004, 2004/04/0101, hat der VwGH u.a. nochmals darauf hingewiesen, dass gemäß § 177 Abs. 2 BVergG bereits die Antragstellung das Entstehen der Gebührenschuld (Hinweis E vom 30.6.2004, ZI. 2004/04/0081) bewirkt und die vom Beschwerdeführer vorgenommene, nachträgliche Zurückziehung dieses Feststellungsantrages daran nichts ändern kann. Gemäß § 177 Abs. 2 BVergG richtet sich die Höhe der Pauschalgebühr nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren und die Materialien zu dieser Bestimmung lassen deutlich erkennen, dass sich die Pauschalgebühr auch für Lose nach dem für die Vergabe des betreffenden Loses durchgeführten Verfahren richtet (Hinweis AB 118 BlgNR XXI. GP, 65).

Im Berichtszeitraum wurden von den Antragstellern Pauschalgebühren in Höhe von € 575.059,-- sowie von den Teilnehmeantragstellern in Höhe von € 46.200,--, insgesamt somit € 621.259,-- entrichtet.

EU-Vergabe-Richtlinien

Zukünftige Entwicklungen

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 wesentlicher Beitrag zur Rechtsvereinheitlichung geleistet.

Zu den inhaltlichen Neuerungen darf auf den zweiten Tätigkeitsbericht des Bundesvergabeamtes, in welchem bereits ausführlich hierzu berichtet wurde, verwiesen werden.

EG-Verordnung zur Anhebung der Schwellenwerte

Zur Anpassung der auf einer Berechnung der Schwellenwerte für den Zeitraum 2002/2003 basierenden Schwellenwerte in den Richtlinien 2004/17/EG (neue Sektorenrichtlinie) und 2004/18/EG (neue Koordinierungsrichtlinie) an den aktuellen Berechnungszeitraum 1.1.2004 bis 31.12.2005, hat die Kommission die in den Richtlinien verankerten Schwellenwerte mit Verordnung vom 28.10.2004⁶ geändert.

a) zur Vergabekoordinierungsrichtlinie:

SZR 130.000	→	€ 154.000
€ 200.000	→	€ 236.000
€ 5.000.000	→	€ 5.923.000

b) zur Sektorenrichtlinie:

€ 400.000	→	€ 473.000
€ 5.000.000	→	€ 5.923.000

Diese Schwellenwerte gelten seit 1. März 2005 für das BVergG 2002⁷.

EU-Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften

Die Europäische Kommission hat am 30.4.2004 ein "Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen"⁸ veröffentlicht mit dem Zweck,

⁶ Verordnung Nr 1874/2004 vom 18.10.2004

⁷ siehe hierzu die Ausführungen unter "Innerstaatliche Neuerungen/Schwellenwerteverordnung"

- die Tragweite des Gemeinschaftsrechts zu erläutern, die für die Phase der Auswahl des privaten Partners und für die daran anschließende Phase gelten,
- allfällige Rechtsunsicherheiten zu ermitteln und
- den Bedarf für eine Verbesserung der EU-vergaberechtlichen Rahmenbedingungen auszuloten.

Das Grünbuch konzentriert sich auf Fragen im Zusammenhang mit den Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen und soll die in anderen Bereichen bereits eingeleiteten Maßnahmen zur Ausschaltung von Hemmfaktoren für ÖPP ergänzen. Es behandelt u.a. die Rahmenbedingungen für die Auswahl des privaten Partners, privat initiierte ÖPP sowie die in ÖPP-Projekten besonders wichtige Phase nach der Auswahl des privaten Partners (zB Laufzeit, Vertragsanpassung samt daraus resultierender Umstufung eines Auftrags). Die Europäische Kommission nimmt aber ausdrücklich keinen Einfluss auf die Entscheidung der Mitgliedstaaten, öffentliche Dienstleistungen selbst zu erbringen oder sie Dritten zu übertragen.

Mit der Präsentation des Grünbuches hat die Europäische Kommission ein Konsultationsverfahren zu den vergaberechtlichen Aspekten derartiger Projekte in Gang gesetzt.

In diesem Zusammenhang darf auf das Urteil des EuGH in der Rs C-26/03, *Stadt Halle*, hingewiesen werden, wonach die Ausnahmebestimmung der Inhouse-Vergabe eng auszulegen ist. Unter Bezugnahme auf die Entscheidung in der Rs C-107/98, *Teckal*, in dem die zu beurteilende Einrichtung zu 100% von öffentlichen Stellen gehalten wurde, schloss der EuGH, dass jede minderheitliche Beteiligung eines privaten Unternehmens am Kapital einer Gesellschaft, an der auch der öffentliche Auftraggeber beteiligt ist, es jedenfalls ausschließt, dass der öffentliche Auftraggeber über diese Gesellschaft eine ähnliche Kontrolle ausübt wie über seine eigenen Dienststellen.

⁸ KOM(2004) 327 endg (idF kurz "Grünbuch"); vgl auch Pressemitteilung der EuK vom 4. 5. 2004, IP/04/593 "Öffentliches Beschaffungswesen: Kommission eröffnet Debatte über Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf öffentlich-private Partnerschaften".

EU-Grünbuch über die Beschaffung von Verteidigungsgütern

Die Europäische Kommission hat am 23.9.2004 das Grünbuch über die "Beschaffung von Verteidigungsgütern"⁹ veröffentlicht. Der Zweck ist die Einleitung eines Konsultationsprozesses mit dem Ziel, einen transparenteren und offeneren Markt für Verteidigungsgüter zu entwickeln. Die Abschottung der nationalen Verteidigungsmärkte innerhalb der Europäischen Union steht dem Primärzweck des EG-(Vergabe-)Rechts, welcher insbesondere in der Öffnung nationaler Beschaffungsmärkte und damit in der Entwicklung eines echten Wettbewerbs liegt, entgegen. Wenngleich sich die Europäische Kommission bemüht, einen gemeinsamen europäischen Markt für Verteidigungsgüter zu etablieren, stehen dem jedoch zum Teil nationale Interessen gegenüber. Hervorzuheben sind hierbei vor allem die öffentliche Sicherheit und die Vertraulichkeit, deren (vergaberechtlicher) Ausnahmecharakter durch primär- und sekundärrechtliche Vorgaben berücksichtigt wurden.

Innerstaatliche Neuerungen

E-Procurement-Verordnung

Nachdem bereits im Herbst 2003 der Entwurf der E-Procurement-Verordnung dem Begutachtungsverfahren zugeführt wurde, wurde die Verordnung der Bundesregierung betreffend die Erstellung und Übermittlung von elektronischen Angeboten in Vergabeverfahren - E-Procurement Verordnung 2004 am 28.4.2004 im BGBl II 183/2004 kundgemacht.

Schwellenwerteverordnung

Am 28. Februar 2005 wurde die Verordnung der Bundesregierung betreffend die Anpassung der im Bundesvergabegesetz 2002 festgesetzten Schwellenwerte - Schwellenwerte-Verordnung 2005, in BGBl II 56/2005 kundgemacht. Ziel der Schwellenwerteverordnung ist es, die Schwellenwerte des BVergG 2002 an die nunmehr im Gemeinschaftsbereich geltenden (höheren) Schwellenwerte der VO Nr.

⁹ KOM(2004) 608 endg

1874/2004 anzupassen, damit das flexiblere Regime des Unterschwellenbereiches in jenem Maße genutzt werden kann, wie dies gemeinschaftsrechtlich zulässig ist.

Geplante Neufassung eines Vergabegesetzes

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. Die mehr historisch erklärbare Regelungstechnik des Bundesvergabegesetzes ist mit (wenn auch keineswegs der einzige) Grund dafür, dass das Vergaberecht mittlerweile als besonders unübersichtliche bzw. komplexe, insgesamt jedenfalls schwierige Materie qualifiziert wird. Aus der Sicht insbesondere der Bieter, aber auch der öffentlichen Auftraggeber führt dieser Zustand zum einen zu hohen Transaktionskosten, zum anderen zu einem hohen Maß an Rechtsunsicherheit, weil nicht nur in vielen Einzelfragen schwierige Auslegungsprobleme zu klären sind, sondern darüber hinaus diese Auslegungsfragen kaum auch nur einigermaßen verlässlich vorab geklärt werden können. Als Folge dieses Evaluierungsverfahrens und aufgrund der neuesten Judikatur des EuGH soll das BVergG daher neu strukturiert werden.

Im Rahmen eines unter der Leitung von Univ.Prof. Dr. Aicher und Univ.Prof. Dr. Holoubek stehenden rechtswissenschaftlichen Forschungsprojekts zu "Grundfragen der Struktur und Systematik des Vergaberechts", werden Vorschläge ausgearbeitet, wie der Regelungsbereich des Bundesvergabegesetzes angesichts der kommenden Herausforderungen der Umsetzung des "neuen Richtlinienpakets" und der im Zuge der vielen Novellierungen zwangsläufig gestiegenen Komplexität der Materie systematisch sinnvoll geordnet und strukturiert werden könnte. Hinsichtlich des Rechtsschutzteiles - mit Ausnahme der zivilrechtlichen Bestimmungen - wurde Univ.Prof. Dr. Thienel beigezogen. Die Leitlinien für die Reform des Rechtsschutzteiles wurden im Juni 2004 vorgegeben. Die Vorschläge sollen insbesondere dem für die Vorbereitung der Gesetzgebung im Vergaberecht zuständigen Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst Anregungen und Grundlagen für seine Arbeit geben.

Zugleich wurde vom BMWA die Arbeitsgruppe "Wirtschaftsfreundliches Vergaberecht" eingesetzt, die Vorschläge zu einem neu zu gestaltenden, KMU-freundlichen, Vergaberecht ausarbeiten soll.

Um Divergenzen zwischen den verschiedenen an der Reform arbeitenden Gruppen zu vermeiden und möglichst breiten Konsens zu erreichen, wurde von Univ.Prof. Dr. Thienel über den Sommer 2004 ein Entwurf für den Rechtsschutzteil ausgearbeitet und dieser in mehreren Gesprächsrunden mit Vertretern der B-VKK, des BVA, des BKA, des BMWA und der WKÖ diskutiert. Damit konnte bereits eine weitgehende Abstimmung im Rechtsschutzbereich erreicht werden.

Informationstätigkeit

Homepage

Um die Homepage des Bundesvergabeamtes¹⁰ für den interessierten Leser noch attraktiver zu gestalten, werden seit dem 2. Halbjahr 2004 auch die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, des Verfassungs- und des Verwaltungsgerichtshofes zu Entscheidungen des Bundesvergabeamtes ab dem Stichtag 1. September 2002 zur Verfügung gestellt.

Dass sich die Homepage des BVA immer größerer Beliebtheit erfreut, zeigen die nachfolgenden Daten und deren Vergleich mit dem Jahr 2003: Im Durchschnitt haben im Jahre 2004 pro Monat rund 2162 Interessierte (2003: 1180), davon ca. 593 regelmäßig (2003: 400), die Homepage besucht. Die durchschnittliche Besuchsdauer pro Anwender betrug rund 18 Minuten (2003: 12 Minuten), dabei wurden im Durchschnitt rund 86.000 hits (2003: 58.000 hits) verzeichnet.

Ebenso bemerkenswert ist auch der Zuwachs der Abfragen aus dem Ausland: Während im ersten Drittel des Jahres 2004 durchschnittlich 12,8% der Abfragen aus dem Ausland erfolgten, im zweiten Drittel sich die nationalen und internationalen

¹⁰ www.bva.gv.at

Abfragen in etwa die Waage hielten, nahmen die internationalen Abfragen in den letzten drei Monaten rasant zu und betrogen durchschnittlich 63,1%.

2. Vergaberechtstagung

Die Vergaberechtstagung 2004, die am 6. und 7. Mai 2004 stattfand, bot ein breites Spektrum an Themen und spiegelte die Entwicklungen der letzten Monate wider. Bei der Programmgestaltung wurde bewusst auf die gegebene Vielfalt eingegangen: Die Diskussion im Rahmen des Österreich-Konventes mit den möglichen Auswirkungen auf den Vergaberechtsschutz in Österreich, die neuen Rahmenbedingungen durch die Richtlinienänderungen auf Ebene der EU, die ersten Entwürfe zur Systematik eines neuen Bundesvergabegesetzes und natürlich auch die Darstellung einzelner Entscheidungen, insbesondere auch des Verwaltungsgerichtshofes.

Das Bundesvergabeamt hat das Protokoll der Tagung in einer eigenen Tagungsbroschüre herausgegeben und allen Teilnehmern übermittelt. Diese Broschüre wird jedem Mitglied des Wirtschaftsausschusses zur Verfügung gestellt.

Internationale Besuche

Im Juli 2004 befanden sich Mitarbeiter des türkischen Vergabeamtes in Österreich auf Studienbesuch. Im Rahmen dieses Besuches wurden ihnen am 13. Juli 2004 die Organisation und der Ablauf des Nachprüfungsverfahrens in Österreich durch Senatsvorsitzende präsentiert und näher erläutert.

Ende August 2004 war eine Delegation des estnischen Finanzministeriums, der in Estland für die Legistik im Vergaberecht zuständigen Stelle, im Rahmen des von Österreich betreuten Twinning Light Projects der Europäischen Kommission "Assistance to the Ministry of Finance for improving administrative capacity in the field of public procurement in Estonia" auf Studienbesuch in Österreich. Am 23. August 2004 wurde ihr durch den Vorsitzenden sowie durch Senatsvorsitzende die Organisation und die Tätigkeit des Bundesvergabeamtes erläutert.

Systemanalyse im Bundesvergabeamt

Von April bis Juni 2004 fand im Bundesvergabeamt eine Systemanalyse, begleitet von den Organisationsberatern Sabine Prewein und Robert Svoboda, statt. Ziel war es, eventuell vorhandenes Verbesserungs- und Effizienzsteigerungspotential im BVA aufzuzeigen.

Nach ersten Gesprächen mit dem Vorsitzenden des Bundesvergabeamtes erfolgte die Analyse des Bundesvergabeamtes, insbesondere durch persönliche Interviews mit den Senatsvorsitzenden und weiteren Mitarbeitern. Danach kam es zu einem Workshop mit den Senatsvorsitzenden mit konkreten Verbesserungsvorschlägen. Neben den Problemen, die nur durch eine Änderung des Bundesvergabegesetzes bereinigt werden könnten, wurde von den Senatsvorsitzenden insbesondere die unterschiedliche Arbeitsbelastung der einzelnen Senatsvorsitzenden als eines der größten Probleme aufgezeigt. Wenngleich die derzeit geltende Geschäftseinteilung zwar gegenüber den vorher geltenden eine bessere Arbeitsaufteilung gebracht hat, wäre eine Geschäftseinteilung nach einem sog. "Rotationsprinzip", bei dem die Verfahren entsprechend ihrem zeitlichen Eintreffen im Bundesvergabeamt der Reihe nach den einzelnen Senaten zugeteilt werden, zu überlegen.

Eine interne Arbeitsgruppe des Bundesvergabeamtes arbeitete in der Folge im Sommer 2004 einen Entwurf für eine neue Geschäftsverteilung ab dem 1.1.2005 aus. Für diese geplante Änderung konnte jedoch in der Vollversammlung am 9. November 2004 die erforderliche 2/3 Mehrheit nicht erreicht werden.

Weitere Verbesserungsvorschläge, wie beispielsweise eine teilweise Neuorganisation des Postlaufes wurden bereits in den organisatorischen Bereich aufgenommen. Hinsichtlich des Vorschlages eines einheitlichen formalen Auftretens des Bundesvergabeamtes nach außen wurde eine interne Arbeitsgruppe mit dem Ziel, einheitliche Standards auszuarbeiten, eingerichtet.

Bericht des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit über die Auswirkungen des Rechtsschutzes auf den Bereich

unterhalb der Schwellenwerte (E 133-NR/XXI. GP; E-178-BR/2002)

Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit wurde vom Nationalrat und Bundesrat ersucht, zu beobachten, in welcher Weise sich die Ausdehnung des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte auswirkt. Hierüber sollte seitens des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten des Bundesvergabegesetzes 2002 dem Nationalrat und Bundesrat ein Bericht erstattet werden.

In seinem Bericht fasst der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit auf Grund von Stellungnahmen der Auftraggeber und der Auftragnehmer sowie der Vergabekontrollbehörden von Bund und Ländern die Auswirkungen zusammen, die die Erweiterung des Rechtsschutzes bei öffentlichen Auftragsvergaben nach sich gezogen hat. Weiters wird ausgeführt, dass nur ein leichtes Ansteigen der Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich registriert wurde und die Gründe dafür, in der Höhe der Rechtsschutzgebühren, der kurzen Präklusionsfristen und der abhaltend wirkenden Formalerfordernisse zu sehen sind.

Ferner wird die Ausdehnung des Vergaberechtsschutzes allgemein als positiv beurteilt, da sie präventive Wirkungen entfaltet und zu größerer Sorgfalt bei der Planung und Durchführung öffentlicher Aufträge geführt hat. Bisher konnten keine Verfahrensverzögerungen und auch keine mutwilligen Inanspruchnahmen des Vergaberechtsschutzes beobachtet werden.

Die Auftraggeberseite bestätigt, dass die Anfechtungsmöglichkeit eine sorgfältigere Vorbereitung der Auftragsvergaben notwendig mache, wobei auch externe Beratungsleistungen zugekauft werden müssten. Dazu kommen die Kosten der Verfahren vor den Kontrollbehörden, die Häufigkeit solcher Verfahren liege aber in einem vertretbaren Ausmaß.

Österreich-Konvent

Das Gründungskomitee des Österreich-Konvents hat in seiner Sitzung am 2. Mai 2003 dem Österreich-Konvent aufgetragen, innerhalb von 18 Monaten ab Konstituierung Vorschläge für eine grundlegende Staats- und Verfassungsreform auszuarbeiten, die auch Voraussetzungen für eine effiziente Verwaltung schaffen soll. Als Ziel wurde dem Österreich-Konvent vorgegeben, einen neuen Verfassungstext zu entwerfen, der in knapper, aber umfassender Form sämtliche Verfassungsbestimmungen enthält. Der Österreich-Konvent hat sich am 30. Juni 2003 konstituiert.

Der Entwurf des Vorsitzenden des Konvents zu einer neuen Bundesverfassung liegt seit Jänner 2005 vor. Neben zahlreichen Modifizierungen und textlichen Änderungen enthält der Entwurf gegenüber dem geltenden Bundes-Verfassungsgesetz wesentliche Neuerungen. Für das Bundesvergabeamt verdient insbesondere die geplante Eingliederung möglichst vieler unabhängiger Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag und sonstiger weisungsfreier Verwaltungsbehörden und -organe in die Verwaltungsgerichte erster Instanz (mit gewissen Ausnahmen, wie z.B. dem Fortbestand des Unabhängigen Finanzsenates) besondere Erwähnung.

Angesichts der Knappheit der zur Verfügung stehenden Zeit einigte man sich in der Ausschusssitzung vom 11.10.2004 darauf, dass die Überleitung bzw. Integration bestehender Art. 133 Z 4 B-VG-Behörden und sonstiger weisungsfreier Verwaltungsbehörden in die zukünftigen Verwaltungsgerichte 1. Instanz letztlich Sache des einfachen Gesetzgebers sei. Konsens besteht darüber, dass die derzeitigen weisungsfreien Behörden im Prinzip vollständig in die zukünftigen Verwaltungsgerichte 1. Instanz eingegliedert werden und nur ausnahmsweise selbständig bestehen bleiben sollen. Solche Ausnahmen müsse es jedenfalls für die Finanzgerichtsbarkeit und könne es für das Vergaberecht (Bundesvergabeamt) geben.