

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)

I.

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 soll seitens des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit innerhalb von zwei Jahren ab Inkrafttreten des Bundesvergabegesetzes 2002 dem Nationalrat und dem Bundesrat ein Bericht erstattet werden. (EntschlieÙung des Nationalrates vom 22.Mai 2002, ZI. E 133-NR/XXI. GP; EntschlieÙung des Bundesrates vom 6. Juni 2002 , ZI. E-178BR/2002)

II.

Nach der Rechtslage vor dem Bundesvergabegesetz 2002 war der Unterschwellenbereich zwar materiell-rechtlich genormt, ohne jedoch einen vergabespezifischen Rechtsschutz wie im Oberschwellenbereich zu beinhalten. Der Rechtsschutz im Unterschwellenbereich war bei den ordentlichen Gerichten angesiedelt.

Europarechtlich ist für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte grundsätzlich kein vergabespezifischer Rechtsschutz erforderlich.

Die vor der Bundesvergabegesetz-Novelle 2002 bestehende Beschränkung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf den Bereich oberhalb der gemeinschaftsrechtlich relevanten Schwellenwerte hat der VfGH im Erkenntnis G 110, 111/99-8 vom 3. November 2000 als gleichheitswidrig erkannt.

In diesem Erkenntnis wird ausgeführt, dass es dem Gleichheitsgrundsatz widerspricht, dass das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren nur im Bereich oberhalb bestimmter Schwellenwerte gesetzlich geregelt war, sodass den Bewerbern und Bieterinnen Rechtspositionen nur in diesem Bereich eingeräumt waren.

Grenzwertregelungen, wie sie sich in der Rechtsordnung häufig finden, seien keineswegs a priori unsachlich. Es ist jedoch sachlich nicht zu rechtfertigen, im Unterschwellenbereich den Bewerbern und Bieterinnen nicht einmal ein Minimum an Verfahrensgarantien zu gewährleisten. Zur Gleichheitswidrigkeit des Fehlens eines vergabespezifischen Rechtsschutzes im "Unterschwellenbereich" wird des Weiteren festgehalten:

"Es ist sachlich nicht gerechtfertigt, in solchen Fällen die Kontrolle aufwendiger zu gestalten, Provisorialentscheidungen zu erschweren und das Interesse des Auftraggebers an raschen Entscheidungen geringer zu veranschlagen. Mit anderen Worten: Die Konsequenzen des gerichtlichen Bieterschutzes für die Kontrolle des Vergabeverfahrens vor der Zuschlagsentscheidung stehen in keiner sachlichen Relation zu den unterschiedlichen tatsächlichen Gegebenheiten, an die sie anknüpfen."

Der Verfassungsgerichtshof hat ferner mit dem Erkenntnis G 44-46/99-11 vom 30.9.1999 ausgesprochen, dass die nach alter Rechtslage vorgesehene Kontrolle des Bundesvergabeamtes betreffend die Vergabe öffentlicher Aufträge von obersten Organen des Bundes verfassungswidrig ist.

Das Bundesvergabegesetz 2002 beinhaltet eine systematische Neugestaltung der materiellen vergaberechtlichen Regelungen im Ober- und Unterschwellenbereich sowie eine Neuorganisation des Rechtsschutzes. Durch die Ausdehnung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich ist das Bundesvergabeamt auch für alle Vergaben der ausschreibenden Stellen, die das BVergG auf Bundesebene anwenden müssen, im Streitfall zuständig.

Für die Durchführung von Nachprüfungsverfahren von in den Vollzugsbereich der Länder fallenden Vergaben, sowohl für den Ober- wie auch Unterschwellenbereich, liegt die Zuständigkeit bei den vergabespezifischen Rechtsschutzeinrichtungen der Länder, welche mittels Landesgesetzen eingerichtet wurden.

Der Unterschwellenbereich unterlag vor dem Bundesvergabegesetz 2002 lediglich durch Verbindlicherklärung der ÖNORM einer materiellen vergaberechtlichen Regelung. Dazu ist festzuhalten, dass die gemeinschaftlichen Grundsätze des EGV auch außerhalb des gemeinschaftlich geregelten Vergaberechts gelten:

Der EuGH hält in ständiger Rechtsprechung (vgl. dazu zuletzt Rs C-59/00, Bent Moustén Vestergaard, Erkenntnis vom 3. Dezember 2001, Rz 19 und 21; Rs C-324/98, Telaustria, Slg 2000, I-10745, Rz 57 und 60 bis 62 mit Hinweis auf die Rs C-275/98) 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 potentieller 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. Aus diesen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen resultiert daher bereits ein gewisser Mindeststandard für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Darüber hinaus sind aber auch grundsätzliche Transparenzregelungen für Leistungsvergaben im weiteren Sinne erforderlich, um den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun.

Die verfassungsrechtlich gebotene Erstreckung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich (vgl. Erkenntnis des VfGH G 110, 111/99-8 vom 3. November 2000) hat weiters zur Folge, dass im Unterschwellenbereich die Beschreitung des Zivilrechtswegs unzulässig ist. Daher kann vor Zuschlagserteilung eine rechtswidrige Vergabeentscheidung auch im Unterschwellenbereich nur noch durch Antrag auf Nichtigerklärung und auf einstweilige Verfügung an das BVA, nicht jedoch durch Klage vor einem Zivilgericht, verhindert werden. Ebenso gilt im Unterschwellenbereich das vergaberechtliche Sonderschadenersatzrecht. Schadenersatzklagen bedürfen daher auch im Unterschwellenbereich der vorherigen Feststellung der Rechtswidrigkeit der Vergabeentscheidung durch das Bundesvergabeamt.

Vor dem Hintergrund der Ausdehnung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich war nun zu beurteilen, in welcher Weise sich die Ausdehnung des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte auswirkt, insbesondere ob es hiedurch zu unververtretbaren Verfahrensverzögerungen kommt.

## III.

Als Grundlage für den gegenständlichen Bericht wurden Stellungnahmen der Auftraggeber-, der Auftragnehmerseite sowie der Vergabekontrollbehörden auf Bundes- und Länderebene bezüglich der Auswirkungen der Ausdehnungen des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte unter besonderer Berücksichtigung der Verfahrensdauer im Frühjahr 2004 eingeholt.

Dies unter Mitwirkung des Bundeskanzleramtes, des Bundesministeriums für Finanzen, des Bundesvergabeamtes und der Wirtschaftskammer Österreich.

## IV.

Dabei wurde folgendes Datenmaterial erhoben:

*Eingeleitete Nachprüfungs-Verfahren bei den Vergabekontrollbehörden*

	insgesamt	Oberschwellenbereich	Unterschwellenbereich
Länder	208	96	112
Bund(Bundesvergabeamt)	175	115	60
Österreich gesamt	383	211	172

Im Vergleich zum Bund, bei welchem das Verhältnis Oberschwellenbereich: Unterschwellenbereich etwa 2:1 ist, sind im Bereich der Länder im Unterschwellenbereich mehr Verfahren zu verzeichnen. Allgemein ist ein leichter Anstieg der Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich bemerkbar.

*verhängte Einstweilige Maßnahmen*

	insgesamt	Oberschwellenbereich	Unterschwellenbereich
Länder	59	33	26
Bund(Bundesvergabeamt)	86	63	23
Österreich gesamt	145	96	49

In den Ländern ist das Verhältnis der verhängten einstweiligen Maßnahmen in etwa gleich, wohingegen im Bereich des Bundes das Verhältnis in etwa 3:1 zu Gunsten des Oberschwellenbereiches ist.

### *Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts*

Bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts wurden insgesamt 89 Beschwerden (Ober- und Unterschwellenbereich) eingebracht. Davon kommen aus dem Bundesbereich 42 Beschwerden (seit 1.9.2002, bei über 300 nach neuer Rechtslage erlassenen Bescheiden des Bundesvergabeamtes).

Im Einzelnen wird nun zu den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts und zum Bundesvergabeamt bezüglich des Rechtsschutzes unterhalb der Schwellenwerte folgendes ausgeführt:

#### Verfassungsgerichtshof

Beim Verfassungsgerichtshof - als nachträgliche (kassatorische) Kontrollinstanz der in Österreich eingerichteten Nachprüfungsinstanzen - sind im Zeitraum zwischen dem jeweiligen In-Kraft-Treten des Bundesvergabegesetzes und dem 31. März 2004 insgesamt (Bund und Länder) 33 Beschwerden eingebracht worden. 25 Beschwerden davon betreffen Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich und 8 betreffen Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich. Das entspricht in etwa einem Verhältnis von 3:1.

#### Verwaltungsgerichtshof

Beim Verwaltungsgerichtshof als nachträgliche (kassatorische) Kontrollinstanz der in Österreich eingerichteten Nachprüfungsinstanzen sind in Anwendung des BVergG 2002 bis zum 31. März 2004 56 Beschwerden (Bund und Länder) erhoben worden. Davon kam es in 6 Verfahren zur Aufhebung des angefochtenen Bescheides. In 13 Fällen wurde das Verfahren durch Abweisung, Zurückweisung oder Einstellung beendet. In 35 Verfahren wurde das Vorverfahren eingeleitet und die belangten Behörden von der Beschwerdeerhebung verständigt; in 2 Verfahren wurde noch kein Vorverfahren eingeleitet: Bei diesen Verfahren handelt es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich und ein Verfahren im Unterschwellenbereich, die noch nicht abgeschlossen sind.

#### Bundesvergabeamt

Es wurden ausschließlich Verfahren nach dem BVergG 2002, ohne Berücksichtigung der „Altfälle“ nach dem BVergG 1997, für den Bericht herangezogen.

Im Unterschwellenbereich wurden 60 Nachprüfungsverfahren (Vergleich Oberschwellenbereich: 115 Verfahren) im relevanten Zeitraum anhängig gemacht. In 9 Verfahren kam es zur Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen.

Des Weiteren wurden in 23 Verfahren einstweilige Maßnahmen verhängt. In 9 Verfahren wurde eine Beschwerde bei den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts eingebracht.

Es gab 34 Zurückweisungen aus dem Unterschwellenbereich. Als Grund für diese relativ hohe Anzahl der Zurückweisungen kann die fehlende rechtsfreundliche Vertretung bei diesen Fällen gesehen werden.

Nach Auskunft des Bundesvergabebeamten wurden bei über 95% der Verfahren die maßgebenden gesetzlichen Fristen eingehalten. Generell kann festgehalten werden, dass die Verfahrensdauer vor dem BVA gegenüber der früheren Organisationsform deutlich beschleunigt wurde.

An Pauschalgebühren wurden insgesamt Euro 669.919,-- eingenommen.

Abschließend ist festzuhalten, dass im Jahr 2003 auch noch Fälle nach der Rechtslage vor dem BVergG 2002 Gegenstand der Nachprüfungsverfahren beim Bundesvergabebeamten waren.

## V.

Aus den Beobachtungen der Auswirkungen der Ausdehnung des Rechtsschutzes auf den Bereich unterhalb der Schwellenwerte ergibt sich folgendes Resümee:

Die positive Wirkung der Ausdehnung des Vergaberechtsschutzes besteht, zumindest aus heutiger Sicht, nicht in der tatsächlichen Anfechtung von Vergabeverfahren, sondern hat vor allem präventive Wirkungen und führte zu einer sorgfältigeren Planung und gesetzmäßigen Durchführung von Vergabeverfahren durch öffentliche Auftraggeber.

Dass der vergabespezifische Rechtsschutz im Unterschwellenbereich zur Zeit nicht in größerem Ausmaß genutzt wird, liegt vor allem darin begründet, dass die Höhe der

Rechtsschutzgebühren, die Kürze der Präklusionsfristen für den Unterschwellenbereich und Formalerfordernisse abhaltend wirken, Nachprüfungs- bzw. Feststellungsanträge bei den Rechtsschutzbehörden einzubringen.

Seitens der Wirtschaft wird der durch das BVergG 2002 neu eingeführte vergabespezifische Rechtsschutz im Unterschwellenbereich begrüßt.

Die Ausdehnung des Rechtsschutzes hat aus Sicht der österreichischen Wirtschaft bisher zu keinen bzw. zu keinen wesentlichen Verfahrensverzögerungen geführt. Auch war eine mutwillige Inanspruchnahme des Vergaberechtsschutzes im Unterschwellenbereich bis dato nicht erkennbar. Auf Grund des vorgesehenen Rechtsschutzes im Unterschwellenbereich werden die Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich professionell und vor allem rasch entschieden.

Von Auftraggeberseite wird vorgebracht, dass die nunmehr bestehende potentielle Anfechtungsmöglichkeit für alle Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich in Hinblick auf die Komplexität der materiellen Regelungen eine umfangreichere Vorbereitung verursachen, die auch zum Zukauf externer Beratungsleistungen für Ausschreibungen führt. Auch kann es auf Grund der zwingenden Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, die seit dem BVergG 2002 durch die Anrufungsmöglichkeit der Rechtsschutzbehörden auch sanktioniert ist, sowie deren allfällige einstweilige Verfügungen zu einer Zeitverzögerung bei relativ geringen Auftragshöhen kommen.

Kosten werden durch die Ausdehnung des Rechtsschutzes auch insbesondere dahingehend verursacht, als diese mit entsprechenden Verfahren vor den Kontrollbehörden verbunden sind. Die Häufigkeit dieser Verfahren ist, wie oben dargestellt, bisher in einem durchaus vertretbaren Ausmaß aufgetreten.

Ein effektiver Rechtsschutz durch entsprechend eingerichtete Rechtsschutzbehörden ist eine notwendige Voraussetzung für eine rechtskonforme Abwicklung öffentlicher Auftragsvergaben. Dabei ist nicht nur an Korrekturen in Form der nachprüfenden Kontrolle durch die Vergabekontrollbehörden, sondern vor allem auch an erzieherische Präventiveffekte wie beispielsweise den bewussten und sparsamen Umgang und Einsatz budgetärer Mittel durch öffentliche Auftraggeber zu denken.

Die Kosten des vergabespezifischen Rechtsschutzes im Bereich unterhalb der

Schwellenwerte können nicht gesondert ausgewiesen werden, da der Sachaufwand schon alleine durch den vergabespezifischen Rechtsschutz im Oberschwellenbereich notwendig ist. Bezüglich der Personalkosten muss festgehalten werden, dass im Unterschwellenbereich die Senatsvorsitzenden alleine entscheiden und daher keine Kosten für sonstige Senatsmitglieder anfallen.

Bei einer Evaluierung der Kosten des Vergaberechtsschutzes muss insbesondere auch die haushaltsrechtliche Umwegrentabilität einbezogen werden.

Die durch das Bundesvergabeamt zu vollziehende Vergaberechtskontrolle beruht insbesondere auf dem sich aus dem europäischen Recht ergebenden Gebot, einen effizienten Rechtsschutz im öffentlichen Vergabewesen zu gewährleisten, so dass eine Betrachtungsweise, die lediglich auf den Kostendeckungsgrad der eingehobenen Gebühren im Hinblick auf die Gesamtkosten des Bundesvergabeamtes abstellt, zu eng greift.

Jedenfalls festgestellt werden kann, dass sich die für das Bundesvergabeamt bestehende Organisationsform bewährt hat.

Ziel der europäischen Regelungen ist die Transparenz der Auftragsvergabe, den freien Wettbewerb sowie die Gleichbehandlung der Bewerber und Bieter untereinander zu sichern. Davon soll die nationale und europäische Wirtschaft profitieren, vor allem auch österreichische Klein- und Mittelbetriebe.

Weiters kann es durch die frühe Befassung der Vergabekontrollbehörden zu wesentlich kostengünstigeren rechtlichen Lösungen im Zuge eines Vergabeverfahrens kommen, als dies im Nachhinein auf dem Zivilrechtswege möglich wäre. In diesem Zusammenhang ist darauf aufmerksam zu machen, dass nach Auskunft der Finanzprokuratur die Zahl der Schadenersatzprozesse durch die Anwendung des BVergG 2002 stark zurückgegangen ist.

Unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlich wie auch europarechtlich gebotenen Rahmenbedingungen kann festgestellt werden, dass der derzeit vorhandene vergabespezifische Rechtsschutz im Unterschwellenbereich zu keinen unververtretbaren Verfahrensverzögerungen führt, wenn auch eine Reihe von praktischen Problemstellungen sowohl oberhalb wie auch unterhalb der Schwellenwerte diskutiert werden müssen, um bei einer Novellierung des BVergG 2002 diesbezügliche Lösungen einfließen lassen zu können.