



REPUBLIK ÖSTERREICH
BUNDESKANZLERAMT

An
das Präsidium des Nationalrates
alle Bundesministerien
die Sektionen I bis VI des
Bundeskanzleramtes
alle Ämter der Landesregierungen
die Verbindungsstelle der Bundesländer

Geschäftszahl: BKA-600.883/0023-V/A/8/2004
Abteilungsmail: v@bka.gv.at
Sachbearbeiterin: Frau Mag Martina WINKLER
Pers. E-mail: martina.winkler@bka.gv.at
Telefon : 01/53115/2332
Ihr Zeichen
vom:

Antwortschreiben bitte unter Anführung der Geschäftszahl an die
Abteilungsmail

Betrifft: Rundschreiben des Bundeskanzleramtes betreffend die Erlassung
vergaberechtlicher Regelungen im Gesetzes- und Verordnungsrang

Aus gegebenem Anlass möchte das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst auf die
folgenden **Besonderheiten der Rechtssetzung** im Bereich des öffentlichen
Auftragswesens hinweisen:

1. Der Kompetenztatbestand öffentliches Auftragswesen

Gemäß Art. 14b B-VG ist die **Gesetzgebung in den Angelegenheiten des
öffentlichen Auftragswesens Bundessache**, soweit nicht Angelegenheiten der
Nachprüfung betroffen sind (Bundeskompetenz im Bereich des „materiellen“
Vergaberechts). Diese Kompetenzbestimmung ist am 1.1.2003 in Kraft getreten (vgl.
Art. 151 Abs. 27 B-VG idF BGBl. I Nr. 99/2002) und beseitigt die diesbezüglich
ehedem zwischen Bund und Ländern getrennte Zuständigkeit im Bereich des
öffentlichen Auftragswesens.

Wie sich aus den Erläuterungen zu dieser Bestimmung ergibt¹, ist der
Kompetenzbegriff „öffentliches Auftragswesen“ dem Gemeinschaftsrecht entlehnt. Er
ist nicht auf die Umsetzung des (derzeit bestehenden) einschlägigen Sekundärrechts

¹ Vgl. AB 1118 BlgNR XXI. GP, 9.

(also insbes. der Vergaberichtlinien) beschränkt, sondern soll auch zur innerstaatlichen Umsetzung künftiger Rechtsakte und der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften auf diesem Gebiet ermächtigen. Darüber hinaus handelt es sich bei diesem Kompetenztatbestand um Sonderzivilrecht für die Vergabe öffentlicher Aufträge; er ermächtigt also (auch) zur Erlassung staatspezifischer Sonderregelungen über das Verhältnis des privatwirtschaftlich handelnden Staates zu „echten“ Privaten (nicht jedoch zu Regelungen über die Rechtsfähigkeit, die Vertretung und die interne Willensbildung).

Die Erläuterungen zu Art. 14b B-VG halten außerdem fest, dass insbesondere die Kompetenztatbestände des Art. 10 Abs. 1 Z 2 B-VG („äußere Angelegenheiten ...“), des Art. 10 Abs. 1 Z 16 B-VG („Einrichtung der Bundesbehörden und sonstigen Bundesämter“) und des Art. 11 Abs. 2 B-VG („Verwaltungsverfahren ...“) von der Einführung des neuen Kompetenztatbestandes unberührt bleiben.

Der neue **Kompetenztatbestand** ist im Sinne eines auch in der Lehre vertretenen systematischen Ansatzes **in einem weiten Sinn zu verstehen**². Das heißt, dass aus systematischen Gründen auch solche Rechtsakte unter den Begriff des öffentlichen Auftragswesens fallen – gemeinschaftsrechtliche aber auch innerstaatliche – die nicht ausdrücklich als Vergaberecht ausgewiesen sein müssen, sofern sie sich auf **Beschaffungsvorgänge der öffentlichen Hand oder anderer „staatsnaher“³ Wirtschaftsteilnehmer** beziehen.

Dies lässt sich insbesondere am sachlichen Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2002 (BVerG), BGBl I Nr. 99, verdeutlichen, der sowohl den Bereich unterhalb der Schwellenwerte der Richtlinien als auch Dienstleistungskonzessionsverträge erfasst. Letztere wurden zwar nicht vom Anwendungsbereich der bisher geltenden einschlägigen gemeinschaftlichen Vergaberichtlinien explizit erfasst,⁴ aber dennoch als Reaktion auf die

² Vgl. dazu insbesondere *Rill*, Die neue Kompetenzordnung im Vergaberecht in: *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes (2002), 5 und *Klaushofer*, Art. 14b B-VG, ZfV 2003, 630.

³ *Rill*, aaO.

⁴ Vgl. demgegenüber nunmehr Art. 1 (4) und Art. 17 der RL 2004/18/EG, ABl. Nr L 134 vom 30.4.2004, 114.

Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft⁵ im BVergG geregelt (vgl. die §§ 16 Abs. 2, 17 Abs. 2, 18 Abs. 2, 19 Abs. 2 BVergG).

Nach dem postulierten weiten Begriffsverständnis sind außerdem auch solche Regelungen unter den Begriff des öffentlichen Auftragswesens zu subsumieren, mit denen vom Auftraggeberbegriff der Richtlinien und des BVergG an sich nicht erfasste Personen oder Rechtsträger zur Anwendung des BVergG oder diesem nachgebildeten Vergaberegeln verpflichtet werden.⁶

Nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst sind allerdings **nicht sämtliche Aspekte eines wirtschaftlichen Beschaffungsvorganges vom Kompetenztatbestand des Art. 14b B-VG erfasst**, wie beispielsweise, Bedarfsermittlung, Finanzplanung oder Evaluierung, sondern nur diejenigen, die sich auf die Abwicklung des Verfahrens bis zur Durchführung des Auftrags beziehen (Bekanntmachung bis Vertragsschluss, einschließlich Nachprüfung).⁷

2. Auswirkungen der Änderung der Kompetenzlage

2.1. Als erste **Konsequenz** des In-Kraft-Tretens des Art. 14b B-VG ergibt sich aus Art. 151 Abs. 27 zweiter und dritter Satz B-VG, dass sämtliche landesgesetzliche Bestimmungen vergaberechtlichen Inhalts im oben beschriebenen Sinn mit 1. Jänner 2003 zu bundesgesetzlichen Bestimmungen geworden sind und mit Ablauf des 30. Juni 2003 nicht mehr in Geltung stehen. Denn auch wenn bei Erlassung des Art. 151 Abs. 27 dritter Satz B-VG in erster Linie an die Erlassung von Regelungen in den „Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen (im Landesbereich)“ im Sinne des Art. 14b Abs. 3 B-VG gedacht war, differenziert der Gesetzeswortlaut in dieser Hinsicht nicht (arg. „[e]in gemäß dem zweiten Satz zu einem Bundesgesetz gewordenen Landesgesetz“). Mit **Ablauf des 30. Juni 2003** sind daher **alle früheren landesgesetzlichen Bestimmungen**, die

⁵ Urteil in der Rs C-324/98 *Telaustria*, Slg 2000, I-10745.

⁶ Z.B. die gesetzliche Verpflichtung eines Privaten, die Bestimmungen des BVergG oder diesem nachgebildete Vergaberegeln einzuhalten als Voraussetzung für Gewährung von Fördermitteln; vgl. dazu etwa § 8 BVergG. Dies gilt gleichermaßen für Regelungen im Verordnungsrang.

⁷ Siehe auch *Klaushofer*, aaO.

„Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens“ im Sinne des Art. 14b Abs. 1 B-VG geregelt haben, **außer Kraft getreten**.

2.2. Aus der soeben dargelegten verfassungsrechtlichen Situation folgt ferner, dass – unbeschadet der ihnen im Rahmen des Art. 14b Abs. 3 B-VG zustehenden Zuständigkeit - es den Ländern verwehrt ist, materiell-rechtliche Regelungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens zu erlassen.

2.3. Art. 14 Abs. 4 B-VG enthält eine **Sonderregel für die Erzeugung gesetzlicher Regelungen in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens**, soweit es sich nicht um Angelegenheiten der Nachprüfung handelt. Danach hat der Bund **den Ländern Gelegenheit zu geben, an der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben** im Bereich des materiellen Vergaberechts **mitzuwirken**. Die Erläuterungen halten dazu fest, dass die Mitwirkung dabei in jener Form erfolgen soll, wie sie aus Anlass der Erarbeitung des BVergG (2002) von der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Vereinheitlichung des Vergaberechtes bereits praktiziert worden ist. Das heißt, dass die Länder formell und aktiv in die betreffenden legislativen Vorbereitungen einzubinden sind. Eine Einbindung der Länder erst im Stadium des Begutachtungsverfahrens erfüllt die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen sohin nicht. Wie bereits vorhin ausgeführt, sind davon nicht nur Änderungen des Bundesvergabegesetzes betroffen, sondern auch alle anderen legislativen Maßnahmen in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens.⁸

Darüber hinaus dürfen nach Art. 14b Abs. 1 B-VG ergehende Bundesgesetze, die Angelegenheiten regeln, die in Vollziehung Landessache sind, **nur mit (expliziter) Zustimmung aller Länder kundgemacht** werden. Das gleiche gilt nach Art. 14b Abs. 5 B-VG sinngemäß für Durchführungsverordnungen zu Gesetzen in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist darauf hin, dass die **Nichteinhaltung der Mitwirkungsrechte der Länder sowie die etwaige fehlende Zustimmung der**

⁸ Z.B. die Schaffung exklusiver Leistungsbeziehungen zwischen öffentlichen Auftraggebern (und zwar selbst dann, wenn diese gemäß Art. 14b Abs. 2 Z. 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen).

Länder zur Kundmachung im Sinne des Art. 14b Abs. 4 und 5 B-VG die betreffenden Gesetze und Verordnungen mit Verfassungswidrigkeit belastet.

Im Übrigen ruft das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst im vorliegenden Zusammenhang seine legistische Zuständigkeit in Vergabeangelegenheiten in Erinnerung. Sämtliche Vorhaben in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, sofern sie in die Zuständigkeit des Bundes fallen, sind dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst rechtzeitig zur Kenntnis zu bringen und werden von diesem führend behandelt.

6. August 2004
Für den Bundeskanzler:
Wolf OKRESEK

Elektronisch gefertigt