

Ein Informationsdienst der

Wien / Vienna, April

2005

R E C H T S A N W A L T S K A N Z L E I
FOGLAR – DEINHARDSTEIN & BRANDSTÄTTER KEGDas neue Legislativpaket der EU
im VergaberechtThe new Legislative Package of
the EU on Public Procurement**1. Einleitung**

Nach einem äußerst schwierigen Normsetzungsprozess mit einer Dauer von über drei Jahren haben das Europäische Parlament und der Europäische Rat vergangenes Jahr zwei neue Richtlinien im Bereich des Vergaberechts verabschiedet. Es sind dies die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (im Folgenden „Vergaberichtlinie“) und die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (im Folgenden „Sektorenrichtlinie“). Mit diesen beiden Richtlinien werden mehrere Vorgängerrichtlinien in diesem Rechtsgebiet ersetzt werden.

Dieses „Legislativpaket“ wird teilweise nicht unumstrittene Neuerungen im Vergaberecht bringen. Diese betreffen unter anderem den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des Vergaberechts und führen die Möglichkeit neuer Vergabeverfahren ein. Der Rechtsschutz im Vergaberecht wird hingegen von dem vorliegenden Legislativpaket nicht erfasst.

Sowohl die Vergaberichtlinie als auch die Sektorenrichtlinie sind von den Mitgliedstaaten bis spätestens 31. Jänner 2006 in innerstaatliches Recht umzusetzen. In Österreich wurde mit

1. Introduction

Last year, after an extremely difficult legislative process lasting more than three years, the European Parliament and the European Council adopted two new directives in the field of public procurement law: Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts (hereinafter “Public Procurement Directive”) and Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors (hereinafter “Special Sectors Directive”). The two directives will replace several preceding directives in this area of law.

The said “Legislative Package” introduces several innovations to public procurement law, some of which were not undisputed. They will affect, among other things, the personal and subject-matter scope of application of public procurement law, and introduce the option of new public procurement procedures. Legal redress in procurement law (defence procurement), on the other hand, will not be affected by the Legislative Package.

Both the Public Procurement Directive and the Special Sectors Directive have to be introduced into the national law of Member States by 31 January 2006. In Austria, a scientific research project has been set up with the support of the Federal

newsletter April 2005

Unterstützung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit und der Wirtschaftskammer ein wissenschaftliches Forschungsprojekt ins Leben gerufen, das Vorschläge für eine erneute durchgreifende Reform des österreichischen Bundesvergabegesetzes (BVerG) im Zuge der notwendigen Anpassungen der Rechtslage an die neuen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben erarbeiten soll. Derzeit befindet sich aber die Umsetzung des Richtlinienpakets in Österreich noch nicht einmal im Entwurfstadium.

Dieses Rundschreiben möchte aufgrund der Aktualität dieser Frage einen kurzen Überblick über wesentliche Neuerungen bieten, die das Legislativpaket der EU für die Auftragsvergabe bringen wird.

2. Die Vergaberichtlinie

Diese Richtlinie ersetzt drei ältere Richtlinien im „klassischen“ Bereich des Vergaberechts, die bisher jeweils einzeln die Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen regelten.

2.1. Anhebung der Schwellenwerte

Eine politisch umstrittene Entscheidung war die Anhebung der Schwellenwerte, also derjenigen Beträge, die der Wert einer Ausschreibung überschreiten muss, damit auf diese das Vergaberecht der EU Anwendung finden kann. Unter diesen Schwellenwerten gelten die Vergaberichtlinien nicht und eine gemeinschaftsweite Bekanntmachung von Ausschreibungen ist nicht erforderlich, es sind aber bei der Auftragsvergabe weiterhin die Prinzipien des Gemeinschaftsrechts und sich daraus ableitende Gebote, wie zum Beispiel das Verbot der Diskriminierung oder bestimmte Transparenz-erfordernisse, zu beachten.

Im Zuge der Diskussionen rund um die Reform der Vergaberichtlinien wurde von Befürwortern der Anhebung der Schwellenwerte der enorme Aufwand von Vergabeverfahren hervorgehoben. Dies bedeute, dass sich Vergabeverfahren ohnehin erst ab hohen Schwellenwerten rentierten.

Ministry of Economy and Labour and the Chamber of Commerce in order to work out propositions for another comprehensive amendment of the Federal Public Procurement Act (Bundesvergabegesetz; BVerG) as part of the legal adaptations necessitated by the new standards of Community law. However, at present the implementation of the Legislative Package has not yet even reached the stage of a government bill in Austria.

Due to the topicality of this subject, this newsletter intends to give a short overview of the principal innovations for contract awards which will be brought about by the Legislative Package.

2. The Public Procurement Directive

This directive replaces three older directives in the “classic” field of public procurement law individually dealing with supply contracts, service contracts and works contracts.

2.1. Raising of thresholds

Raising the thresholds, which are the values a public contract has to exceed in order to trigger the application of EC public procurement law, was a politically disputed decision. Below these thresholds, the directives on public procurement do not apply and EC-wide notice of the invitation to tender is not required. Nevertheless, even awards of contracts below the thresholds have to follow the principles of EC Law and derived orders, e.g. the prohibition of discrimination and certain obligations regarding transparency.

In the course of discussing the amendment of the public procurement directives, proponents of raised thresholds emphasised the enormous cost of public procurement procedures. In their opinion, contract award procedures would in any case only be profitable with an elevated threshold. Further, the raising of thresholds would allow the contracting entities to adopt a more flexible approach in many fields.

Außerdem erlaube das Anheben der Schwellenwerte in vielen Bereichen ein flexibleres Agieren der öffentlichen Auftraggeber. Gegner der Anhebung, insbesondere Vertreter der europäischen Industrie, stützten sich hingegen auf das Argument, dass die öffentlichen Beschaffungsmärkte nach wie vor verhältnismäßig abgeschottet seien, und dass die Anhebung der Schwellenwerte die Zweiteilung der Beschaffungsmärkte, nämlich in einen dem gesamten Regelwerk des Binnenmarkts unterworfenen Oberschwellenbereich und in einen nach wie vor dem Wettbewerb aus anderen Mitgliedstaaten schwer zugänglichen Unterschwellenbereich, zusätzlich verschärfe.

Nunmehr bestimmt die Vergaberichtlinie die Anhebung des Schwellenwertes für Liefer- und Dienstleistungsaufträge von bisher € 200.000 auf € 249.000 und für öffentliche Bauaufträge von bisher € 5.000.000 auf € 6.242.000.

In Österreich hat die Anhebung der Schwellenwerte eine im Vergleich mit anderen Mitgliedstaaten verhältnismäßig geringe Bedeutung, da hier auch der Unterschwellenbereich vom Vergaberecht erfasst ist. Allerdings gelten hier teilweise weniger strenge Regeln und eine gemeinschaftsweite Bekanntmachung der Ausschreibung ist nicht zwingend erforderlich.

2.2. *Ökologische und soziale Kriterien*

Für erheblichen politischen Zündstoff im Vorfeld des Legislativpakets sorgte auch die Frage, ob in die Kriterien zur Ermittlung des besten Angebots auch ökologische und soziale Aspekte einfließen dürfen. Dabei reichten die Positionen im Vermittlungsausschuss des Europäischen Parlaments von einer verpflichtenden Beachtung ökologischer und sozialer Kriterien bei der Bestbieterermittlung bis zur vollständigen Ablehnung der Zulässigkeit jedweder, auch nur fakultativer Formulierung „sekundärer“ Kriterien in den Ausschreibungsunterlagen. Vertreter des letzteren Standpunktes verwiesen insbesondere auf die Gefahr, dass solche Kriterien als Vorwand für die Bevorzugung bestimmter nationaler Bieter herangezogen werden könnten.

Those opposing the raising of thresholds, in particular European industry representatives, argued that public procurement markets are still relatively foreclosed and that raising the thresholds would further add to the bipartition of procurement markets, namely, on the one hand, into markets above the thresholds which are governed by the complete corpus of internal market legislation and, on the other hand, into markets below the thresholds, which can still hardly be entered by competitors from other Member States.

Henceforth, the Public Procurement Directive provides for the raising of thresholds for supply contracts and service contracts from € 200,000 to € 249,000 and for public works contracts from € 5,000,000 to € 6,242,000.

In Austria, the effect of raising the thresholds is rather insignificant compared to other Member States, as Austrian public procurement law also applies to markets below the thresholds. However, Austrian rules for contract awards below the thresholds are, in part, less strict and do not provide for compulsory EC-wide notice of the invitation to tender.

2.2. *Environmental and social criteria*

The question of whether environmental and social factors may also influence the criteria for determining the best tender was subject to considerable political debate. The positions within the Conciliation Committee of the European Parliament varied from obligatory observance of environmental and social criteria when ascertaining the success of tenders to complete rejection of the inclusion of any kind of (obligatory or optional) “secondary” criteria in the contract documents. Proponents of the latter position referred in particular to the danger of such criteria possibly being used as a pretext for showing unfair preference for certain national tenderers.

Vom juristischen Standpunkt ist die Frage der Zulässigkeit „sekundärer“ Kriterien weniger neu als die politische Debatte vermuten ließe, da der Europäische Gerichtshof bereits mehrfach die Zulässigkeit ökologischer Vergabekriterien anerkannt hat, sofern diese auftragsbezogen sind (u.a. Rs. C-513/99, „Concordia Bus“), und auch das österreichische Vergaberecht bereits solche „sekundären“ Kriterien enthält (z.B. Beachtung der Bestimmungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes als Eignungskriterium).

Die Richtlinie erlaubt nun an mehreren Stellen die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Aspekte bei der Formulierung der Vergabekriterien, sofern ein Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Leistung besteht. Eine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung für öffentliche Auftraggeber, ökologische und soziale Kriterien in die Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen, besteht jedoch weiterhin grundsätzlich nicht.

2.3. Verfahrensrechtliche Neuerungen

Wettbewerblicher Dialog

Dieses Verfahren soll bei technisch besonders komplexen Vergaben - insbesondere bei großen Infrastrukturprojekten - zur Anwendung kommen, bei denen der Auftraggeber zwar sein Bedürfnis kennt, jedoch nicht in der Lage ist, den konkreten Lösungsweg zu dessen Erfüllung alleine zu erarbeiten. Genau dies soll nach der Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers in einem „Dialog“ mit den Bietern geschehen. Dabei ist die Ausschreibung zunächst nach den allgemeinen Vorschriften bekannt zu machen, wobei der Auftraggeber seine Bedürfnisse und Anforderungen formuliert sowie eine unbestimmte Anzahl von Unternehmen zur Bewerbung einlädt. Von den Bewerbern sind anhand der ebenfalls bekannt zu gebenden Eignungskriterien mindestens drei geeignete Unternehmen zu ermitteln, die zur Teilnahme am Dialog zugelassen sind. In diesem Dialog, der in mehreren Phasen ablaufen kann und in dem alle Aspekte des Auftrags erörtert werden können, soll nun eine Lösung ermittelt werden, welche die Bedürfnisse des Auftraggebers bestmöglich erfüllen kann. Nachdem der öffentliche Auftraggeber den Dialog für

From a legal point of view, the question of admissibility of “secondary” criteria is less recent than the political debate would suggest, as the European Court of Justice has repeatedly recognised the admissibility of environmental contract award criteria provided that they are effectively related to the contract (inter alia, Case C-513/99, “Concordia Bus”), and Austrian public procurement law also contains such “secondary” criteria already (e.g., observance of the provisions of the Aliens’ Employment Act as a criterion for qualitative selection).

In various provisions, the Directive allows for the consideration of environmental and social factors when formulating the contract award criteria, provided that this is in context with the contract put out to tender. This is not to say, however, that there is a principal Community law obligation for contracting entities to include environmental and social criteria in their contract documents.

2.3. Procedural innovations

Competitive dialogue

This procedure will apply to technically exceptionally complex contract awards - especially those relating to large infrastructure projects, where the contracting entity, although knowing its needs, is not able to evolve on its own a definite way to fulfil those needs. According to the EC lawmakers, this is where a “dialogue” with the tenderers should come into play. For this purpose, the invitation to tender first has to be published according to the general provisions, with the contracting entity defining its needs and requirements and inviting an open number of undertakings to apply. Out of the candidates, according to the criteria for qualitative selection defined previously, at least three appropriate undertakings will be selected and admitted to participate in the dialogue. In this dialogue, which may encompass several phases during which all aspects of the contract may be discussed, the solution which best satisfies the needs of the contracting entity will be determined. After the contracting entity has declared the dialogue closed, it will call on the participants to submit their definitive tenders based on

abgeschlossen erklärt hat, fordert er die Teilnehmer auf, auf der Grundlage der eingereichten und in der Dialogphase näher ausgeführten Lösungen ihr endgültiges Angebot vorzulegen. Diese Angebote müssen alle zur Ausführung des Projekts erforderlichen Einzelheiten enthalten. Danach beurteilt der Auftraggeber die Angebote anhand der vorher festgelegten Zuschlagskriterien und wählt das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot im Sinne des Bestbieterprinzips aus (Die Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip ist im wettbewerblichen Dialog ausgeschlossen!). Da der wettbewerbliche Dialog unter Umständen mit erheblichen Kosten für die Teilnehmer verbunden ist, weil diese umsetzungsfähige Konzepte für den Auftraggeber erarbeiten müssen, ist auch vorgesehen, dass der öffentliche Auftraggeber Prämien oder Zahlungen an die Dialogteilnehmer leisten kann. Diese Bestimmung ist allerdings nicht zwingend.

Der wettbewerbliche Dialog ist ebenfalls eine nicht unumstrittene Neuschöpfung der Vergaberichtlinie. Kritisiert wurde unter anderem, dass die Dialogphase der „Preisfeilscherei“ Tür und Tor öffne sowie dass die Transparenz des Verfahrens als auch die Vertraulichkeit der Lösungskonzepte der einzelnen Bieter nicht hinreichend gewährleistet sei. Fraglich bleibt jedenfalls der qualitative Fortschritt, den der wettbewerbliche Dialog im Verhältnis zu dem bei komplexeren Ausschreibungen bisher gängigen Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung (in dem reine Preisverhandlungen unzulässig sind!) bringen soll. Die Einführung des wettbewerblichen Dialogs wird den Mitgliedstaaten durch die Richtlinie allerdings nicht zwingend vorgeschrieben. In Österreich dürfte dies jedoch im Zuge der Reform des Bundesvergabegesetzes erfolgen.

Rahmenvereinbarungen

Die neue Vergaberichtlinie ermöglicht die Anwendung dieses Verfahrens, welches das Bundesvergabegesetz bereits im Unterschwellenbereich vorsieht, nun auch im Oberschwellenbereich und außerhalb der geschützten Sektoren. Die Einführung dieser Möglichkeit ist für die Mitgliedstaaten fakultativ.

the solutions initially submitted and specified during the dialogue stage. These tenders must contain all the necessary details for the execution of the project. The contracting entity will then assess the tenders in accordance with the contract award criteria set previously and select the technically and economically most advantageous tender on the basis of the best value (awards based solely on the cheapest tender are forbidden in the competitive dialogue!). Due to the fact that the competitive dialogue may eventually cause considerable costs to the participants, as they have to evolve realizable concepts for the contracting entity, it is also provided that contracting entities may, give premiums or payments to the participants in the dialogue. This provision is, however, not compulsory.

The competitive dialogue is a new, and also not uncontested, creation of the Public Procurement Directive. Among other things, it has been criticised on the basis that the dialogue stage would open the floodgates to “bargaining” about the price and that the transparency of the procedure as well as the confidentiality of the solution concepts would not be sufficiently guaranteed. In any case, it remains uncertain what qualitative progress the competitive dialogue will bring about compared to the negotiated procedure with prior publication, which is currently the commonly employed procedure for complex contract awards (and where negotiations in terms of price only are forbidden!). However, introduction of the competitive dialogue will not be compulsory for Member States. In Austria, though, the competitive dialogue will probably be introduced in the wake of the amendment of the Federal Public Procurement Act.

Framework agreements

The new Public Procurement Directive enables the application of this procedure, which the Austrian Federal Public Procurement Act already allows for markets below thresholds, to markets above thresholds and also outside of the Special Sectors. Introducing this possibility is optional for Member States.

newsletter April 2005

Rahmenvereinbarungen können bei der Vergabe von im Wesentlichen gleichartigen Leistungen über einen bestimmten Zeitraum, der vier Jahre nicht überschreiten darf, eingesetzt werden. Dabei sind die Bieter, mit denen eine Rahmenvereinbarung geschlossen werden soll, zunächst anhand der allgemeinen Vergabevorschriften auszuwählen. In der Folge kommt dann für diejenigen Leistungen, nach denen der Auftraggeber konkreten Bedarf hat, ein stark vereinfachtes Vergabeverfahren zur Anwendung.

Dynamische Beschaffungssysteme

Dieses Verfahren, dessen Einführung den Mitgliedstaaten ebenfalls nicht zwingend vorgeschrieben wird, ermöglicht den Auftraggebern die Einrichtung eines „elektronischen Marktplatzes“, in dem sie Angebote von Bietern auf einfache Weise abfragen, vergleichen und nach einem vereinfachten Vergabeverfahren beziehen können. Für die Teilnahme am Beschaffungssystem gelten im Wesentlichen die Bestimmungen über die Rahmenvereinbarungen. Auch darf die Lebensdauer eines dynamischen Beschaffungssystems vier Jahre nicht überschreiten.

Elektronische Beschaffung

Die Vergaberichtlinie sieht eine Reihe von Anreizen für den öffentlichen Auftraggeber vor, im Vergabeverfahren neue Technologien einzusetzen. Dabei handelt es sich insbesondere um Fristverkürzungen für den Fall, dass Verfahrensschritte vom Auftraggeber elektronisch gesetzt werden. So verringert sich bei elektronischer Erstellung und Versendung der Bekanntmachung der Ausschreibung die Angebotsfrist in den am häufigsten zur Anwendung kommenden Vergabeverfahren um sieben Tage. Die Angebotsfrist kann nochmals um fünf Tage verkürzt werden, wenn der Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen elektronisch verfügbar macht, das heißt eine Internet-Adresse bekannt gibt, unter der diese abrufbar sind. Dies bedeutet, dass zum Beispiel im offenen Verfahren die Angebotsfrist durch den Einsatz neuer Technologien von 52 um bis zu zwölf Tage auf 40 Tage verkürzt werden kann.

Framework Agreements may be employed for the award of essentially similar contracts over a certain period, which must not exceed four years. Tenderers with whom a Framework Agreement is to be concluded will first be selected according to general public procurement provisions. A much simplified procurement procedure will apply to the award of those contracts for which the contracting entity has a special need.

Dynamic purchasing systems

This procedure, the introduction of which is again not compulsory for Member States, enables contracting entities to establish an “electronic marketplace” where they can easily find and compare tenders and purchase them in accordance with a simplified contract award procedure. In general, the provisions applying to the participation in dynamic purchasing systems are the same in terms of participation as with framework agreements. The lifetime of a dynamic purchasing system must not exceed four years.

Electronic Procurement

The Public Procurement Directive provides for a range of incentives for contracting entities to employ new technologies in public procurement procedures, especially the shortening of time limits where the contracting entity undertakes procedural steps electronically. Thus, if the tender notices are generated and transmitted electronically, time limits in the most frequently employed public procurement procedures may be reduced by seven days. The time limit for receipt of tenders may be further shortened by five days if the contracting entity offers access to the contract documents by electronic means by specifying an internet address under which they are accessible. This means that, for instance, in an open procedure employment of new technologies may reduce the time limit for receipt of tenders by up to twelve days, from 52 to 40 days.

Beim Einsatz der elektronischen Beschaffung ist vom Auftraggeber aber auch darauf zu achten, dass die gewählten Kommunikationsmittel allgemein verfügbar sind und nicht dazu führen, dass der Zugang der Wirtschaftsteilnehmer zum Vergabeverfahren beschränkt wird. Die für die elektronische Übermittlung zu verwendenden Mittel und ihre technischen Merkmale dürfen keinen diskriminierenden Charakter haben und müssen allgemein zugänglich sowie mit den allgemein verbreiteten Erzeugnissen der Informations- und Kommunikationstechnologie kompatibel sein.

Elektronische Auktion

Die Vergaberichtlinie gibt den Mitgliedstaaten nun auch im Oberschwellenbereich die Möglichkeit, in ihrem innerstaatlichen Recht den Auftraggebern unter bestimmten Voraussetzungen, unter anderem dann, wenn die Einzelheiten des Auftrages hinreichend präzise beschrieben werden können, zu gestatten, so genannte elektronische Auktionen durchzuführen. Dabei sind zunächst nach dem jeweils anzuwendenden Vergabeverfahren geeignete Bieter zu ermitteln, die zur Auktion einzuladen sind. Je nachdem, ob der Billigstbieter oder der Bestbieter den Zuschlag erhalten soll, kann die Auktion entweder ausschließlich Preise oder Preise und Angebotskomponenten umfassen, die in Ziffern oder Prozenten ausgedrückt werden können. Alle Bieter müssen vom Auftraggeber gleichzeitig auf elektronischem Wege aufgefordert werden, neue Preise und/oder Werte im Bezug auf die Angebotskomponenten vorzulegen. Dabei sind den Bietern im Laufe jeder Phase der Auktion unverzüglich die Informationen zu übermitteln, die erforderlich sind, damit diesen jederzeit ihr jeweiliger Rang bekannt ist. Zu Auktionsschluss erhält der Billigst- bzw. Bestbieter den Zuschlag.

3. Die Sektorenrichtlinie

Das Sektorenvergaberecht trifft Wirtschaftsbereiche, die sich in einem Übergangsstadium zwischen staatlich kontrollierten Monopolstrukturen zu einer, meist gemeinschafts-

When employing electronic procurement, the contracting entity should make sure that the means of communication chosen are generally available and do not restrict economic operators' access to the tendering procedure. The means to be used for electronic communication as well as their technical characteristics must be non-discriminatory, generally available and compatible with the information and communication technology products in general use.

Electronic Auction

Henceforth, it is also in markets above thresholds that the Public Procurement Directive provides Member States with the option to allow, in their domestic laws, the contracting entities to conduct so-called Electronic Auctions under certain conditions, e.g. where the details of the contract put out to tender can be laid down with sufficient precision. At the beginning of this procedure, appropriate tenderers have to be ascertained and shall be invited to the auction in accordance with the applicable procurement procedure. Depending on whether the contract is to be awarded to the tender with the lowest price or to the best value tender, the auction will comprise either prices only or prices and features of the tender which can be expressed in figures and percentages. All tenderers will be invited simultaneously and electronically to submit new prices and/or values related to the features of the tender. In the course of each phase of an Electronic Auction, the contracting entity will instantaneously communicate to all tenderers the information, in order to enable them to ascertain their relative ranking at any moment. After the auction is closed the contract will be awarded to, respectively, the lowest priced or best value tender.

3. The Special Sectors Directive

Special sector procurement law applies to economic sectors which are in a transitional stage between state controlled monopoly structures and liberalisation, the latter mostly

newsletter April 2005

rechtlich vorgegebenen, Liberalisierung befinden. In diesen so genannten „Sektorenbereichen“, das waren bisher der Wasser-, Energie-, Verkehrsversorgungs- und der Telekommunikationssektor, kommen liberalere Vergabebestimmungen zur Anwendung, die aber auch private Unternehmen treffen können, die vom Staat bestimmte exklusive Rechte eingeräumt bekommen haben.

Die Reformen durch die neue Sektorenrichtlinie erscheinen auf den ersten Blick weniger einschneidend als diejenigen durch die Vergaberichtlinie, da die Sektorenrichtlinie nicht an Stelle mehrerer älterer Normen tritt, sondern lediglich eine Vorgängerrichtlinie ersetzt. Neben der Anpassung insbesondere an die verfahrensrechtlichen Neuregelungen der Vergaberichtlinie enthält die Sektorenrichtlinie jedoch einige bemerkenswerte Neuerungen, von denen einzelne wesentliche in der Folge kurz erläutert werden sollen.

3.1. Anwendungsbereich

Das Betreiben sowie das Anbieten öffentlicher Telekommunikationsdienstleistungen stellt gemäß der neuen Sektorenrichtlinie keine Sektorentätigkeit mehr dar, da nach Ansicht der Kommission in diesem Bereich in den Mitgliedstaaten, nach Umsetzung entsprechender gemeinschaftsrechtlicher Vorschriften, de iure und de facto Wettbewerb herrscht. Dafür fallen nun Postdienste unter die Sektorenrichtlinie, da sich das Zustellwesen inzwischen in einem Übergangsstadium zur völligen Liberalisierung befindet. Dies bedeutet, dass zum Beispiel die Österreichische Post AG vom Anwendungsbereich des „klassischen“ Vergaberichts in das liberalere Sektorenregime wechseln wird. Interessant ist auch die Ausweitung des Anwendungsbereichs des Sektorenvergaberichts im Verkehrsbereich. Während bisher nach dem Wortlaut der alten Sektorenrichtlinie nur das Betreiben von Verkehrsnetzen zur Versorgung der Öffentlichkeit (Eisenbahn, städtischer Nahverkehr etc.) dem Sektorenregime unterstellt war, unterliegen diesem nunmehr sowohl das Betreiben als auch die Bereitstellung solcher Netze. Dieser Unterschied ist unter anderem für die Frage praxisrelevant, ob die Beschaffung von Bauarbeiten im Schieneninfrastrukturbereich als

imposed by Community law. In these so-called “Special Sectors” - up to now the water, energy, transport and telecommunications sectors - more liberal procurement provisions apply, which are nevertheless also applicable to private undertakings enjoying certain exclusive rights granted by the state.

At first glance, the amendments resulting from the new Special Sectors Directive appear less radical than those resulting from the Public Procurement Directive because the Special Sectors Directive is replacing only one preceding directive instead of several older ones. Notwithstanding the changes to the new procedural rules of the Public Procurement Directive, the Special Sectors Directive does contain some remarkable innovations. Out of these, some of the most important innovations are briefly illustrated below.

3.1. Scope of application

According to the new Special Sectors Directive, operating and offering telecommunication services no longer constitutes a “Special Sectors” activity, as it is the opinion of the Commission that, due to the implementation of the respective provisions of Community law in the Member States, competition in this sector does exist de iure and de facto. As such, postal services will now fall under the Special Sectors Directive, as this sector is in a transitional stage to complete liberalisation. This means that, for instance, the Austrian Mail (Österreichische Post AG) will change from the scope of application of “classic” public procurement law to the more liberal Special Sectors regime. The extension of the scope of application of special sectors procurement law in the field of transport is also notable. Up to now, according to the wording of the old Special Sectors Directive, only the operation of networks providing a service to the public in the field of transport (railway, mass transit, etc.) fell under the Special Sectors regime. Henceforth, both the operation and the provision of such networks fall within the scope of application of the Special Sectors Directive. In practice, this difference is, among other things, relevant if purchases in the field of railway infrastructure have to

Sektorentätigkeit einzustufen ist. Hierzu richtete auch das österreichische Bundesvergabeamt zwei Vorabentscheidungsersuchen an den Europäischen Gerichtshof. Für Österreich wurde diese Frage allerdings bereits durch das Bundesvergabegesetz 2002 geklärt, welches das Betreiben wie auch die Bereitstellung von Verkehrsnetzen dem Sektorenregime unterstellt. Mit der neuen Sektorenrichtlinie sind in dieser Frage nun auch auf Ebene des Gemeinschaftsrechts Unklarheiten hinreichend ausgeräumt.

Wie im Falle der Vergaberichtlinie wird auch der Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie durch die Anhebung der Schwellenwerte eingeschränkt, wobei auch eine Vereinfachung und Vereinheitlichung der Schwellenwerte beabsichtigt war. So betragen die Schwellenwerte hier nunmehr € 499.000 (!) für Liefer- und Dienstleistungsaufträge und € 6.242.000 bei Bauaufträgen.

3.2. Erweiterung des Konzernprivilegs

Das „Konzernprivileg“ der Sektorenvergaberichtlinie nimmt unter bestimmten Voraussetzungen Vergaben an mit dem Auftraggeber „verbundene Unternehmen“ vom Anwendungsbereich des Vergaberechts aus. Die Definition „verbundener“ Unternehmen, die sich primär nach der Richtlinie über den konsolidierten Abschluss (Richtlinie 83/348/EWG vom 13.06.1983, zuletzt geändert durch Richtlinie 2003/51/EG vom 18.06.2003) richtet und subsidiär an in der Sektorenrichtlinie aufgestellten Beherrschungskriterien, wie zum Beispiel der Mehrheit des gezeichneten Kapitals, orientiert, wird durch die Sektorenrichtlinie nicht verändert. Eine Erweiterung erfährt hingegen der Anwendungsbereich des „Konzernprivilegs“. So gilt dieses nicht wie bisher nur für Dienstleistungsaufträge, sondern auch für Liefer- und Bauaufträge, sofern während der letzten drei Jahre mindestens 80% des Umsatzes des verbundenen Unternehmens in der jeweiligen Auftragskategorie der Erbringung von Leistungen für den Auftraggeber zuzuordnen war. Ist das verbundene Unternehmen jünger als drei Jahre, genügt zur Erfüllung des Umsatzkriteriums eine glaubhafte Prognose.

be considered a Special Sectors activity. On this issue, the Austrian Federal Public Procurement Office (Bundesvergabeamt) submitted two requests for a preliminary ruling to the European Court of Justice. For Austria, however, this question has meanwhile been solved by the Federal Public Procurement Act of 2002, which submits the operation as well as the provision of transport networks to the Special Sectors regime. The new Special Sectors Directive now also eliminates any uncertainty in terms of Community law.

As in case of the Public Procurement Directive, the scope of application of the Special Sectors Directive is also reduced by raising the thresholds; furthermore, a simplification and unification of the thresholds is intended. The thresholds are now € 499,000 (!) for supply and service contracts and € 6,242,000 for works contracts.

3.2. Extension of the “group privilege”

The “group privilege” of the Special Sectors Directive exempts, under certain conditions, contract awards to “affiliated undertakings” from the scope of application of public procurement law. The definition of “affiliated undertaking” - which primarily conforms to the Directive on consolidated accounts (Directive 83/349/EEC of 13 June 1983, last amended by Directive 2003/51/EC of 18 June 2003) and, subsidiarily, also draws on the domination criteria stated in the Special Sectors Directive, e.g., the majority of the subscribed capital – is not changed by the new Special Sectors Directive. In return, the scope of application of the “group privilege” is extended. Thus, the “group privilege” no longer only applies to service contracts but also to supply and works contracts, provided that at least 80% of the turnover of the affiliated undertaking in the respective contract category is attributable to the provision of services, supplies or works to the contracting entity. If the affiliated undertaking is less than three years old, a credible business projection will be sufficient in order to comply with the turnover criterion.

newsletter April 2005

Eine weitere neue Ausnahmebestimmung betrifft die Auftragsvergabe durch gemeinsame Unternehmen, das sind solche Unternehmen, die mehrere Auftraggeber zur Durchführung von Sektorentätigkeiten gemeinsam errichtet haben, an deren Gründer. Der schon bisher vorhandene, umgekehrte Ausnahmetatbestand, nämlich die Vergabe durch den Auftraggeber an das gemeinsame Unternehmen, wurde hingegen an neu formulierte Voraussetzungen geknüpft: So muss das gemeinsame Unternehmen von den beteiligten Auftraggebern errichtet worden sein, um die betreffende Sektorentätigkeit während eines Zeitraumes von mindestens drei Jahren durchzuführen, und in der Gründungsurkunde muss festgelegt worden sein, dass die beteiligten Auftraggeber zumindest während dieses Zeitraums ihre Anteile am gemeinsamen Unternehmen zu halten haben.

3.3. Horizontale Liberalisierungsklausel

Generell stellt sich im Sektorenvergaberecht die Frage, was passieren soll, wenn ein Sektor ein bestimmtes finales Stadium der Liberalisierung erreicht hat, sodass davon auszugehen ist, dass Auftragsvergaben von sich aus nach durch den freien Wettbewerb bestimmten Kriterien erfolgen werden und somit das Vergaberecht vom Schutzinstrument zum bürokratischen Hemmschuh wird. Nachdem bisher lediglich punktuelle Ausnahmen von den Sektorenregelungen zur Verfügung standen, sieht die Sektorenrichtlinie nun ein einheitliches Verfahren zur Feststellung vor, ob eine bestimmte Tätigkeit auf Märkten mit freiem Zugang unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist und damit aus dem Sektorenvergaberecht entlassen werden kann.

Ist ein Mitgliedstaat (oder, sofern dies nationale Normen erlauben, ein Sektorauftraggeber) der Ansicht, dass eine bestimmte Sektorentätigkeit inzwischen vollständig dem freien Wettbewerb ausgesetzt ist, so kann er einen Antrag bei der Kommission stellen, die jeweilige Sektorentätigkeit mit Wirkung für sein Staatsgebiet vom Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie auszunehmen. Die Kommission hat hierüber binnen drei Monaten zu entscheiden, wobei diese Frist unter Umständen verlängert werden kann. Bei der Beurteilung, ob ein bestimmter Wirtschaftsbereich aus dem

Another new exemption provision applies to contracts awarded by joint ventures, i.e., undertakings which have been set up jointly by a number of contracting entities for the purpose of carrying out Special Sectors activities, to their founders. On the other hand, the hitherto existing reverse exemption provision, namely the award of contracts by the contracting entity to the joint venture, is made subject to new preconditions: The joint venture must have been set up by the participating contracting entities in order to carry out the relevant Special Sectors activity over a period of at least three years and the instrument setting up the joint venture must stipulate that the participating contracting entities will keep their shares in the joint venture for at least the same period.

3.3. Horizontal Liberalisation Clause

A general problem of public procurement law in Special Sectors is the question of what should happen when a Special Sector has reached a certain final stage of liberalisation, so that one can assume that contracts will automatically be awarded in accordance with criteria established by free competition, as a consequence of which public procurement law becomes a bureaucratic stumbling block rather than a legal protection instrument. Contrary to the old Special Sectors Directive, which only provided for certain exemptions from the Special Sectors rules, the new Directive provides for a uniform procedure for ascertaining whether a given activity is directly exposed to free competition on freely accessible markets and may therefore be exempted from special sectors procurement law.

When a Member State (or, if national legislation so provides, a contracting entity in the field of a Special Sector) considers that a given Special Sectors activity is meanwhile completely exposed to competition, it may apply to the Commission to exempt the respective Special Sectors activity, with effect for its national territory, from the scope of application of the Special Sectors Directive. The Commission has to decide on this within three months, although this period may be extended under certain circumstances.

Sektorenvergaberegime entlassen werden kann, ist von der Kommission festzustellen, ob erstens die betreffende Sektorentätigkeit in dem Mitgliedstaat, für den die Ausnahme beantragt wurde, unmittelbar dem Wettbewerb ausgesetzt ist und ob zweitens der Markt dieses Mitgliedstaates frei zugänglich ist. Dabei hat die Kommission das Vorliegen des freien Wettbewerbs anhand von Kriterien wie dem Vorhandensein alternativer Waren und Dienstleistungen, Preisen und dem tatsächlichen oder möglichen Vorhandensein mehrerer Anbieter zu beurteilen, wobei diese Kriterien mit den Wettbewerbsbestimmungen des EG-Vertrages in Einklang stehen müssen. Im Hinblick auf die freie Zugänglichkeit des Marktes hat die Kommission zunächst zu prüfen, ob die betreffenden Vorschriften des Gemeinschaftsrechts (wird z.B. beantragt, dass der Elektrizitätsmarkt eines Mitgliedstaates vom Anwendungsbereich der Sektorenrichtlinie ausgenommen werden soll, wäre dies die Richtlinie 96/92/EG betreffend gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt) im Mitgliedstaat umgesetzt wurden und angewandt werden. Ist dies der Fall, so gilt der Markt dieses Mitgliedstaates als frei zugänglich. Kommt diese Legalfiktion nicht zum tragen, so muss vom Antragssteller der Nachweis erbracht werden, dass der Zugang zum betreffenden Markt de iure und de facto frei ist.

4. Ausblick

Einige Fragen, die in letzter Zeit enorm an Bedeutung gewonnen haben, werden durch das Richtlinienpaket weiterhin nicht geklärt. Darunter fällt die gesamte Problematik der „öffentlich-privaten Partnerschaften“ („Public-Private Partnerships“ / „PPP“). Diese in der Praxis immer häufiger vorkommende Form der Auftragsvergabe, bei der zumindest ein Teil der Kosten und des Risikos eines Projekts vom öffentlichen Auftraggeber auf einen oder mehrere private Partner überwältzt werden soll, wird somit auch in naher Zukunft durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht weder definiert noch geregelt sein. Allerdings hat die Kommission unlängst ein Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften herausgegeben, das wichtige Überlegungen zu diesem Thema enthält und einen Diskussionsprozess vorantreiben

Before deciding whether a given economic sector in a Member State may be exempted from the Special Sectors provisions, the Commission has to ascertain, firstly, whether the relevant Special Sector activity for which the exemption has been requested is directly exposed to competition in the respective Member State and, secondly, whether the market of this Member State is freely accessible. In doing so, the Commission has to assess the existence of free competition on the basis of criteria that are in conformity with the EC competition provisions, such as the existence of alternative goods and services, the prices and the actual or potential presence of more than one supplier. Regarding the free accessibility of the market in question, the Commission first has to verify whether the applicable provisions of Community law (e.g., if the exemption of the electricity market has been requested, Directive 96/92/EC concerning common rules for the internal market in electricity) have been implemented and are applied in the Member State. If this is the case, the market in this Member State will be deemed freely accessible. If this legal fiction cannot be applied, the applicant must prove that access to the market in question is free de facto and de iure.

4. Perspectives

Some questions, which have gained enormous importance recently, are not clarified by the Legislative Package, among them the entire issue of “Public-Private Partnerships” (“PPP”). This form of contract award (appearing more and more often in practice), where at least part of the costs and risks of a project are passed on from the contracting entity to one or more private partners, will therefore neither be defined nor regulated by secondary Community law in the near future. However, the European Commission has recently issued a Green Paper on Public-Private Partnerships containing important reflections about this issue and is intending to initiate a discussion process to consider if and in what form partnerships of this kind should be covered by Community legislation.

newsletter April 2005

soll, ob und in welcher Form solche Partnerschaften von einem gemeinschaftlichen Rechtsakt zu erfassen sind.

Das neue Legislativpaket liefert auch keine einheitliche und klare Regelung so genannter „in house“-Vergaben an Konzernunternehmen des Auftraggebers. Bisher war insbesondere fraglich, wie weit die Einfluss des Auftraggebers auf den Auftragnehmer reichen muss, damit man im Sinne der Rechtssprechung des Europäischen Gerichtshofes von einer Kontrolle wie über eine eigene Dienststelle sprechen kann und somit das Vergaberecht nicht zur Anwendung kommt. Hier haben schließlich nicht die neuen Richtlinien sondern eine jüngste Entscheidung des Europäischen Gerichtshof (Rs. C-26/03, „Stadt Halle“) Klarheit geschaffen, wonach eine ausschreibungsfreie „in house“-Vergabe nur dann zulässig ist, wenn der Auftraggeber 100% der Unternehmensanteile am Auftragnehmer hält.

5. Hinweis

Die vorstehenden Ausführungen stellen insbesondere angesichts der Tatsache, dass das Richtlinienpaket noch nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt wurde und in Österreich hiezu nicht einmal ein Entwurf vorliegt, keine vollständige Wiedergabe der derzeitigen und zukünftigen Rechtslage dar. Wir übernehmen keine Haftung für den Inhalt dieses Rundschreibens. In jedem Fall raten wir zu umfassender anwaltlicher Betreuung bei der Durchführung von Ausschreibungen oder der Teilnahme daran. Wir bieten dazu unsere Dienste in allen Stadien eines Vergabeverfahrens an, von der Erstellung oder Überprüfung der Ausschreibungsunterlagen bis zur Vertretung im Rechtsschutzverfahren. Gerne beraten wir auch über die Möglichkeiten und Risiken, die sich durch das neue Legislativpaket der EU für Auftraggeber und Bieter ergeben.

The English language version benefited from comments by the English law firm of Munday's Solicitors (www.mundays.co.uk)

R E C H T S A N W A L T S K A N Z L E I
FOGLAR – DEINHARDSTEIN & BRANDSTÄTTER KEG

A-1015 Wien, Plankengasse 7, Postfach 38
Telefon + 43 1 512 15 71, Telefax + 43 1 513 43 42 / + 512 15 71 27
website: <http://www.fdbl原因ers.com>, e-mail: office@fdbl原因ers.com

Furthermore, the new Legislative Package does not contain a uniform and clear arrangement in terms of so-called “in house” awards to group undertakings of the contracting entity. Up to now, there were doubts about how far the influence of a contracting entity on a tenderer must go in order to be qualified, according to the case law of the European Court of Justice, as control similar to that exercised on an own department, so that public procurement law does not apply. Finally, this question has not been resolved by the new directives but by a recent judgement of the European Court of Justice (Case C-26/03, “City of Halle”), whereupon “in house” awards without calling for tenders are only admissible if the contracting entity holds 100% of the shares in the tenderer.

5. Concluding Remarks

This newsletter does not constitute a complete description of the present and future legal situation, especially bearing in mind the fact that the Legislative Package has not been incorporated into Austrian national law and not even a government bill on this issue exists in Austria. We do not assume any liability for the content of this newsletter. In any case, we consider legal advice necessary when carrying out or participating in a public procurement procedure. We offer our services to assist with all stages of a public procurement procedure, from preparation and examination of the contract documents to representation in proceedings for legal redress. We would also be glad to advise contracting entities as well as tenderers on opportunities and risks resulting from the new EC Legislative Package.