

S E M I N A R A R B E I T

**Government Procurement Agreement (GPA)
Teilnahme ausländischer Bieter an
Vergabeverfahren österreichischer öffentlicher Auftraggeber**

von

Mag. Ulrike Sehrs Schön
9310989

15.08.2005

INHALT

1.	EINLEITUNG	4
1.1	Stellenwert im WTO-Rechtsrahmen	4
1.1.1.	Vorläufer GATT-Kodex.....	4
1.1.2.	Plurilaterales Übereinkommen	5
1.1.3.	Inkrafttreten und Mitgliedstaaten.....	5
1.2	Verhältnis zu GATT und GATS	6
2.	ANWENDUNGSBEREICH	6
2.1	Zielsetzung	6
2.2	Vertragsparteien – geographischer Anwendungsbereich	7
2.2.1.	Streit um die Kompetenzlage gemäß Art 113 EGV (nunmehr Art 133 EG)	7
2.2.2.	Änderung durch Vertrag von Nizza	8
2.2.3.	Zuständigkeit kraft Binnenmarktkompetenz?	9
2.3	Persönlicher Anwendungsbereich	12
2.4	Sachlicher Anwendungsbereich	13
2.4.1.	Schwellenwerte	13
2.4.2.	Negativliste.....	14
2.4.3.	Positivliste	14
2.4.4.	„General Notes and Derogations“	14
2.5	Zwischenergebnis Anwendungsbereich	14
3.	ABKOMMENSINHALT	15
3.1	Materielles Vergaberecht	15
3.1.1.	Bietergleichbehandlung und Meistbegünstigungsklausel	15
3.1.2.	Bekanntmachungspflicht	15
3.1.3.	Vergabeverfahren – Wahl der Verfahrensart	16
3.1.4.	Eignung von Bietern	16
3.1.5.	Ausschreibungsunterlagen und Gang des Vergabeverfahrens	16
3.2	Rechtsschutz	16
3.2.1.	Streitbeilegung	16
3.2.2.	Rechtsschutz der Bieter	17
4.	UMSETZUNG DES GPA	17
4.1	Umsetzung auf EU-Ebene	17
4.1.1.	GPA-Anpassungsrichtlinie	17
4.1.2.	Neue EU-Vergaberichtlinien.....	18
4.2	Umsetzung in Österreich	18
4.2.1.	Bundesvergabegesetz	18
4.2.2.	„Völkerrechtlich zulässige Diskriminierung“	20
4.2.3.	Unterschiedliche Behandlung aufgrund Staatsangehörigkeit	20
5.	VERPFLICHTUNGEN ÖSTERREICHS AUS GATT UND GATS	22
5.1	Gewerberechtliche Befugnis	22
5.1.1.	Dienstleistungserbringung im Inland	22
5.1.2.	Lieferaufträge	23

5.1.3. Dienstleistungserbringung im Ausland und Korrespondenzdienstleistungen.....	23
5.2 Verpflichtungen Österreichs betreffend vom GPA umfasste Dienstleistungen	24
6. SUBJEKTIVE RECHTE AUSLÄNDISCHER BIETER	25
6.1 EuGH zur Berufung Einzelner auf WTO-Recht.....	25
6.1.1. WTO-Recht allgemein	25
6.1.2. Unmittelbare Anwendbarkeit GPA?	26
6.2 Entscheidungen österreichischer Vergabekontrollinstanzen	26
6.3 Ergebnis.....	27
6.3.1. Recht auf Teilnahme an Vergabeverfahren	27
6.3.1.1. <i>Keine gesetzliche Beschränkung aufgrund der Staatsangehörigkeit.....</i>	<i>27</i>
6.3.1.2. <i>Beschränkung durch den Auftraggeber.....</i>	<i>28</i>
6.3.2. Hindernis mangelnde Befugnis	28
6.3.3. Zugang zum Rechtsschutz.....	29
6.3.3.1. <i>Anrufung Vergabekontrollinstanzen.....</i>	<i>29</i>
6.3.3.2. <i>Fehlende Antragslegitimation mangels Befugnis.....</i>	<i>29</i>
6.3.4. Fazit	29

1. EINLEITUNG

Das Gesamtvolumen öffentlicher Aufträge d.h. der Einkauf von Gütern, Dienstleistungen und Bauaufträgen durch Regierungen und Körperschaften öffentlichen Rechts – wird von der Europäischen Kommission auf rund 16% des Bruttoinlandsproduktes geschätzt. Das sind rund 1.500 Milliarden € im Jahr 2002 allein für die EU-Staaten.

Eine um Jahr 2001 von der OECD veröffentlichte Studie¹ beziffert den Anteil des Government Procurement am Bruttoinlandsprodukt mit 9,24% für die EU-Staaten und 9,17% für OECD Länder. Bereinigt um die Beschaffung von Verteidigungsgütern, die nicht in den Anwendungsbereich des Government Procurement Agreement (GPA) fallen, beträgt der Prozentsatz 8,03% bzw 7,57%.

Ein entsprechend hoher Stellenwert kommt dem Zugang zu öffentlichen Aufträgen als Wirtschaftsfaktor zu. Ziel des GPA ist die Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte für Bieter aus anderen Vertragsparteien sowie Transparenz und Rechtsschutz in Vergabeverfahren.

Die vorliegende Seminararbeit geht der Frage nach, welche praktische Relevanz das GPA für ausländische Bieter, die sich an öffentlichen Ausschreibungen österreichischer öffentlicher Auftraggeber beteiligen wollen, tatsächlich entfalten kann.

1.1 Stellenwert im WTO-Rechtsrahmen

1.1.1. Vorläufer GATT-Kodex

Auch unter dem ursprünglichen General Agreement on Tariffs and Trade aus dem Jahr 1947 (GATT 1947) war das öffentliche Beschaffungswesen vom Anwendungsbereich nicht erfasst. Um diese Regelungslücke zu schließen und einer protektionistischen Praxis der Vergabe öffentlicher Aufträge entgegenzuwirken, wurde bereits 1980 das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen („GATT-Kodex“) geschlossen.² Der GATT-Kodex trat am 1. Jänner 1981 in Kraft und enthielt bereits Gleichbehandlungs- und Transparenzverpflichtungen hinsichtlich der Vergabe von Lieferaufträgen durch zentrale Regierungsstellen.

Im Rahmen der Uruguay-Runde wurde das bestehende Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GATT-Kodex) weiterentwickelt. Der Anwendungsbereich wurde in sachlicher Hinsicht auf Dienstleistungen (Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge) erweitert sowie in persönlicher Hinsicht

¹ OECD, *Government procurement: A synthesis Report*, 2001.

² Nicht offizielle Deutsche Fassung veröffentlicht in Amtsblatt Nr. L 71 vom 17.03.1980, 44-57. Authentische Sprachfassungen: Englisch, Französisch, Spanisch, abrufbar unter http://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/gproc_e.htm

auch auf regionale und lokale Beschaffungsstellen sowie öffentliche Unternehmen (Sektorenauftraggeber) ausgedehnt.

1.1.2. Plurilaterales Übereinkommen

Beim Government Procurement Agreement (GPA) handelt es sich – im Unterschied zum multilateralen GATT und GATS – um ein so genanntes plurilaterales Abkommen (auch „Annex 4 Abkommen“ genannt): Es gilt nicht für alle WTO-Mitgliedstaaten, sondern nur für jene, die dem GPA ausdrücklich beigetreten sind (Art II WTO-Übereinkommen), wobei der Beitritt allen WTO-Mitgliedstaaten offen steht. Umgekehrt kann jedoch Vertragspartei des GPA nur sein, wer auch Vertragspartei des WTO-Übereinkommens ist (Art XXIV Abs 2 GPA).

Neben dem Abkommen über den Bereich des Zivilluftfahrtwesens (Agreement on Trade in Civil Aircraft) handelt es sich um das einzige „Plurilateral Trade Agreement“ gemäß Art II Abs 3 iVm Annex 4 WTO-Übereinkommen, das noch in Kraft ist.³

1.1.3. Inkrafttreten und Mitgliedstaaten

Das GPA wurde am 15. April 1994 gleichzeitig mit dem WTO-Abkommen in Marrakesch unterzeichnet. Es trat am 1.1.1996 in Kraft und umfasst derzeit (Stand 1.7.2005) 38 Mitgliedstaaten, darunter die Europäischen Gemeinschaften und ihre 25 Mitgliedstaaten sowie Kanada, Hong Kong China, Island, Israel, Japan, Korea, Liechtenstein, Niederlande in Bezug auf Aruba, Norwegen, Singapur, Schweiz und die USA.

Albanien, Bulgarien, Georgien, Jordanien, Kirgisien, Moldawien, Oman, Panama und Taipei China stehen in Beitrittsverhandlungen.

Während das GPA zunächst sowohl durch die EG als auch durch ihre Mitgliedstaaten verhandelt und auch unterzeichnet wurde, erfolgte die Ratifikation des Abkommens in Folge des unten unter Punkt 2. näher ausgeführten Streits über die Kompetenzverteilung zwar durch die EG, nicht hingegen auch durch alle EU-Mitgliedstaaten. Ratifiziert wurde das Abkommen zB von Frankreich, Belgien, Finnland, Griechenland, Spanien, Schweden und Dänemark; nicht hingegen zB von Deutschland, Großbritannien und Österreich.

Auf die 10 neuen EU-Mitgliedstaaten wurde das GPA mit Wirksamkeit ab 1. Mai 2004, durch Beschluss des WTO Ausschusses für das öffentliche Auftragswesen vom 23. April 2004 ausgedehnt. Eine Unterzeichnung bzw Ratifikation durch die neuen Mitgliedsstaaten erfolgte ebenfalls nicht.

³ Das International Dairy Agreement und das International Bovine Meat Agreement sind Ende 1997 außer Kraft getreten.

1.2 Verhältnis zu GATT und GATS

Das GATT und das GATS zielen auf eine Liberalisierung des Handels mit Waren und Dienstleistungen ab. Wesentliche Prinzipien bei deren Verwirklichung sind das Diskriminierungsverbot und die Inländergleichbehandlung. Beide Grundprinzipien sind jedoch auf den Bereich des öffentlichen Auftragswesens nicht anwendbar.

Sowohl GATT als auch GATS enthalten in dieser Hinsicht ausdrückliche Ausnahmebestimmungen.

Article XIII GATS:

*“1. Articles II [Anm: Most-Favoured-Nation Treatment], XVI [Anm: Market Access] and XVII [Anm: National Treatment] shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of services purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the supply of services for commercial sale.
2. There shall be multilateral negotiations on government procurement in services under this Agreement within two years from the date of entry into force of the WTO Agreement.”*

Article III Abs 8a GATT:

“8. (a) The provisions of this Article shall not apply to laws, regulations or requirements governing the procurement by governmental agencies of products purchased for governmental purposes and not with a view to commercial resale or with a view to use in the production of goods for commercial sale.”

Die WTO-Mitgliedstaaten sind daher grundsätzlich nicht gehalten, ihren öffentlichen Beschaffungsmarkt für Bieter aus anderen WTO-Mitgliedstaaten zu öffnen.

2. ANWENDUNGSBEREICH

2.1 Zielsetzung

Ziel des GPA war es, diese Regelungslücken von GATT und GATS zu schließen und einen transparenten Rechtsrahmen für das öffentliche Beschaffungswesen vorzusehen. Den sich aus der Präambel ergebenden ambitionierten Zielen der Schaffung eines „wirksamen multilateralen Rahmens von Rechten und Pflichten betreffend Gesetze, Vorschriften, Verfahren und Praktiken auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens“ konnte das GPA jedoch nicht ganz gerecht werden. Ein Grund liegt in der – gemessen an der Anzahl der WTO-Mitgliedstaaten – geringen Anzahl an Vertragsstaaten.

2.2 Vertragsparteien – geographischer Anwendungsbereich

Das GPA gilt nur zwischen seinen Vertragsparteien. Leider hat das GPA aufgrund der im Verhältnis zur Anzahl der WTO-Mitglieder (derzeit 148) äußerst geringen Anzahl an Vertragsparteien nicht jene Rolle erreicht, die ihm ursprünglich zgedacht war. Sieht man von den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedsstaaten ab, umfasst das GPA nur 12 Staaten.

Selbst unter den EU-Mitgliedstaaten ist die Tragweite des GPA und der Status der einzelnen EU-Mitgliedstaaten unter dem GPA aufgrund der unklaren Kompetenzlage bei dessen Abschluss nicht völlig geklärt.

2.2.1. Streit um die Kompetenzlage gemäß Art 113 EGV (nunmehr Art 133 EG)

Im Rahmen der Verhandlungen der Uruguay-Runde entstand zwischen der Europäischen Kommission und den Mitgliedstaaten der EG ein Kompetenzstreit, wer zum Abschluss der neuen WTO-Abkommen berechtigt sei: Während die EU-Kommission eine ausschließliche Kompetenz der EG zum Abschluss des GPA behauptete, gingen einige Mitgliedstaaten mit Unterstützung des juristischen Dienstes des Rates von geteilten Zuständigkeiten aus.

Die EU-Kommission holte zur Klärung dieser Frage ein Gutachten des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ein.⁴ Der EuGH kam darin zu dem Schluss, dass die EG ausschließliche Zuständigkeit zum Abschluss der Abkommen betreffend den Warenverkehr zukomme, während die Zuständigkeit hinsichtlich Dienstleistungen und handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums zwischen den EG und den Mitgliedschaften geteilt sei.

Für das GPA bedeutet dies nach hM, dass die EG nur hinsichtlich der Lieferaufträge zur Verpflichtung der Mitgliedstaaten berechtigt war, nicht aber für Dienstleistungs- und Bauaufträge. Nach hM kann das GPA daher für Dienstleistungen (Dienstleistungs- und Bauaufträge) keine innerstaatliche Wirkung entfalten, da Österreich das GPA nicht ratifiziert hat.⁵

Allerdings hat der EuGH in seinem Gutachten – analog der Differenzierung durch die GATS-Verpflichtungslisten – zwischen verschiedenen Arten der Dienstleistungserbringung unterschieden:

⁴ Gutachten des Gerichtshofs vom 15. November 1994 über die Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss völkerrechtlicher Abkommen auf dem Gebiet der Dienstleistungen und des Schutzes des geistigen Eigentums – Verfahren des Art 228 Abs 6 EG-Vertrag, Gutachten 1/94, Slg 1994, I-5267.

⁵ *Fruhmann*, Das Agreement on Government Procurement (GPA), *ecolex* 1996, 64; *Dischendorfer*, Implementation and Legal Effects of the WTO Agreement on Government procurement in the European Community, Dissertation (2002); *Griller*, Internationales Vergaberecht in *Rill/Griller* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004).

Während Dienstleistungserbringung, bei der natürliche Personen die Grenze überschreiten von der Kompetenz der EG nicht erfasst sein sollen, sind nach Ansicht des EuGH so genannte „Korrespondenzdienstleistungen“, bei denen – analog zum Warenverkehr – lediglich die Dienstleistung selbst die Grenze überschreitet sehr wohl unter den Kompetenztatbestand Handelspolitik zu subsumieren.

2.2.2. Änderung durch Vertrag von Nizza

Durch den Vertrag von Nizza⁶ wurde der frühere Art 113 EGV (nunmehr Art 133 EG) zur Bereinigung des Kompetenzstreites entsprechend adaptiert und der Kompetenztatbestand Handelspolitik auch auf Dienstleistungen erweitert:

Art 133 Abs 5 EG bestimmt:

„(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten unbeschadet des Absatzes 6 auch für die Aushandlung und den Abschluss von Abkommen betreffend den Handel mit Dienstleistungen und Handelsaspekte des geistigen Eigentums, soweit diese Abkommen nicht von den genannten Absätzen erfasst sind. [...]“

Art 133 Abs 6 EG sieht für bestimmte Dienstleistungsbereiche eine Gegen Ausnahme vor:

„(6) Ein Abkommen kann vom Rat nicht geschlossen werden, wenn es Bestimmungen enthält, die die internen Zuständigkeiten der Gemeinschaft überschreiten würden, insbesondere dadurch, dass sie eine Harmonisierung der Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in einem Bereich zur Folge hätten, in dem dieser Vertrag eine solche Harmonisierung ausschließt.“

Abweichend von Absatz 5 Unterabsatz 1 fallen in dieser Hinsicht Abkommen im Bereich des Handels mit kulturellen und audiovisuellen Dienstleistungen, Dienstleistungen im Bereich Bildung sowie in den Bereichen Soziales und Gesundheitswesen in die gemischte Zuständigkeit der Gemeinschaft und ihrer Mitgliedstaaten. Zur Aushandlung solcher Abkommen ist daher außer einem Beschluss der Gemeinschaft gemäß den einschlägigen Bestimmungen des Artikels 300 auch die einvernehmliche Zustimmung der Mitgliedstaaten erforderlich. Die so ausgehandelten Abkommen werden gemeinsam von der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten geschlossen.

Die Aushandlung und der Abschluss internationaler Abkommen im Verkehrsreich fallen weiterhin unter Titel V und Artikel 300.“

Die hM geht daher weiterhin von einer zwischen der EG und den Mitgliedstaaten geteilten Kompetenz aus.⁷

⁶ Vertrag von Nizza, ABI Nr C 80 vom 10. März 2001.

⁷ *Dischendorfer*, 79ff; *Fruhmant*, 69; *Griller* in *Rill/Griller* (Hrsg), Grundfragen (2000), 117ff.

2.2.3. Zuständigkeit kraft Binnenmarktkompetenz?

Ungeachtet des Kompetenztatbestandes der gemeinsamen Handelspolitik (Art 113 EGV, nunmehr Art 133 EG) hat der EuGH bereits in seinem Grundsatzurteil in der Rechtssache AETR⁸ entschieden, dass sich die Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss völkerrechtlicher Übereinkommen nicht nur aus einer ausdrücklichen Erteilung durch den Vertrag ergibt (ausdrückliche Außenkompetenz), sondern auch aus anderen Vertragsbestimmungen und aus in ihrem Rahmen ergangenen Rechtsakten der Gemeinschaftsorgane fließen kann (implizite Außenkompetenz). Diese Rechtsansicht wurde nachfolgend insbesondere in den „Open Skies“-Entscheidungen des EuGH gegen mehrere Mitgliedstaaten, darunter auch Österreich, bestätigt⁹.

„Insbesondere sind in den Bereichen, in denen die Gemeinschaft zur Verwirklichung einer vom Vertrag vorgesehenen gemeinsamen Politik Vorschriften erlassen hat, die in irgendeiner Form gemeinsame Rechtsnormen vorsehen, die Mitgliedstaaten weder einzeln noch gemeinsam handelnd berechtigt, mit Drittstaaten Verpflichtungen einzugehen, die diese Normen beeinträchtigen. In dem Maß, wie die Schaffung dieser gemeinsamen Normen fortschreitet, kann nur die Gemeinschaft mit Wirkung für den gesamten Geltungsbereich der Gemeinschaftsrechtsordnung vertragliche Verpflichtungen gegenüber Drittstaaten übernehmen und erfüllen. Die Mitgliedstaaten können außerhalb des Rahmens der Gemeinschaftsorgane keine Verpflichtungen eingehen, die die Gemeinschaftsrechtsnormen, die zur Verwirklichung der Ziele des Vertrages ergangen sind, beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite ändern können.“¹⁰

Im Sinne dieser Judikatur ergäbe sich eine Zuständigkeit der EG zum Abschluss von Abkommen auf dem Gebiet des öffentlichen Beschaffungswesens auch für Dienstleistungs- und Bauaufträge – ungeachtet der auf den Kompetenzbereich Außenhandel gestützten Zuständigkeit – schon implizit aus dem bestehenden Sekundärrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens.

In seinem WTO-Gutachten 1994 führte der EuGH zwar aus:

“Auch die Wahrung des Zusammenhalts des Binnenmarktes rechtfertigt nicht die alleinige Teilnahme der Gemeinschaft am Abschluss des GATS. Die Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs

⁸ EuGH 31.3.1971, Rs 22/70 [Kommission/Rat], Slg 1971, 263, Rn 16 bis 18 und 22.

⁹ EuGH 5.11.2002, Rs C-466/98, [Kommission/Vereinigtes Königreich], Slg 2002, I-9427; C-467/98, [Kommission/Dänemark], Slg 2002, I-9519; C-468/98, [Kommission/Schweden], Slg 2002, I-9575; C-469/98, [Kommission/Finnland], Slg 2002, I-9627; C-471/98, [Kommission/Belgien], Slg 2002, I-9681; C-472/98, [Kommission/Luxemburg], Slg 2002, I-9741; C-475/98, [Kommission/Österreich], Slg 2002, I-9797 und C-476/98, [Kommission/Deutschland], Slg 2002, I-9855).

¹⁰ EuGH 18.7.2005, Rs C-433/03, [Kommission/Deutschland], Rn 42ff; 2.6.2005 Rs C-266/03, [Kommission/Luxemburg], Rn 40ff.

zugunsten der Angehörigen der Mitgliedstaaten ist nämlich nicht untrennbar mit der Behandlung von Angehörigen von Drittstaaten in der Gemeinschaft oder von Angehörigen der Mitgliedstaaten der Gemeinschaft in Drittstaaten verbunden.“

Eine konkrete Bezugnahme auf den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens und damit die Zuständigkeit zum Abschluss des GPA enthält das Gutachten jedoch nicht. Im Ergebnis wurde der Beschluss zum Abschluss der WTO-Übereinkommen¹¹ neben Art 113 EGV auch auf Binnenmarktkompetenzen gestützt:

„Die Zuständigkeit für die Gemeinschaft, internationale Übereinkünfte zu schließen, ergibt sich nicht nur aus einer ausdrücklichen Übertragung durch den Vertrag, sondern kann sich auch aus anderen Vertragsbestimmungen sowie aus Rechtsakten herleiten, die nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen von den Gemeinschaftsorganen erlassen wurden.

Sind Gemeinschaftsvorschriften zur Verwirklichung der Vertragsziele verabschiedet worden, so können die Mitgliedstaaten ausserhalb des Rahmens der gemeinsamen Organe nicht Verpflichtungen eingehen, die diese Vorschriften berühren oder ihren Inhalt verändern können.

Ein Teil der Verpflichtungen im Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation einschließlich seiner Anhänge fällt unter die Zuständigkeit der Gemeinschaft gemäß Artikel 113 des Vertrages. Unter den anderen Verpflichtungen berühren darüber hinaus einige Verpflichtungen Gemeinschaftsvorschriften, die aufgrund der Artikel 43, 54, 57, 66, 75, des Artikels 84 Absatz 2 und der Artikel 99, 100, 100 a und 235 erlassen worden sind, und sie können somit nur von der Gemeinschaft eingegangen werden.“

Griller kommt für das Vorliegen einer impliziten Binnenmarktkompetenz zum Ergebnis, dass für das GPA die Beantwortung dieser Frage dahingestellt bleiben kann, da die EG gar nicht versucht habe, das GPA allein abzuschließen.¹²

Richtig ist, dass die für den Abschluss des GPA konkret herangezogene Kompetenzgrundlage dem Beschluss nicht zu entnehmen ist. Art 2 bestimmt lediglich pauschal, dass *„die plurilateralen Übereinkünfte in Anhang 4 des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation im Namen der Europäischen Gemeinschaft hinsichtlich des in ihre Zuständigkeit fallenden Teils genehmigt werden.“* Daraus kann mE jedoch nicht abgeleitet werden, dass für das GPA jedenfalls von einer geteilten Kompetenz auszugehen ist. Im Gegenteil zeigt die nachfolgende Praxis beim Abschluss von Beschaffungsabkommen, dass in diesem Bereich von alleiniger EG-Kompetenz ausgegangen wurde:

¹¹ Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluß der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986 - 1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche, ABI Nr. L 336 vom 23.12.1994, 1.

¹² Griller, Internationales Vergaberecht in: Griller/Holoubek (Hrsg), Grundfragen, 257.

1996 hat der EuGH in einer Entscheidung betreffend den Abschluss eines bilateralen Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen mit den USA seine Rechtsansicht im WTO-Gutachten für das öffentliche Auftragswesen bestätigt und den auf Art 113 EGV gestützten Beschluss des Rates¹³ zum Abschluss des Abkommens für nichtig erklärt.¹⁴ Ob das Abkommen auf den impliziten Tatbestand der Binnenmarktkompetenz gestützt werden hätte können, hat der EuGH in dieser Entscheidung nicht beantwortet.

Entsprechend wurde das nachfolgende Abkommen¹⁵ nicht nur auf Grundlage des Art 113 EGV, sondern ausdrücklich auch auf Grundlage der der EG zukommenden Binnenmarktkompetenz abgeschlossen. Die Präambel des Abkommens führt dazu aus:

„Die Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluss internationaler Übereinkünfte ergibt sich nicht allein aus einer ausdrücklichen Zuerkennung durch den Vertrag, sondern sie kann sich auch aus anderen Bestimmungen des Vertrags sowie aus Rechtsakten herleiten, die Organe der Gemeinschaft im Rahmen dieser Bestimmungen erlassen haben.

Wenn Gemeinschaftsvorschriften zur Verwirklichung der Ziele des Vertrags erlassen worden sind, dürfen die Mitgliedstaaten außerhalb des Rahmens der gemeinsamen Einrichtungen keine Verpflichtungen eingehen, welche die betreffenden Vorschriften berühren oder in ihrer Tragweite beeinträchtigen könnten.

Ein Teil der in dem zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika ausgehandelten Abkommen enthaltenen Verpflichtungen fällt unter die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft gemäß Artikel 113 des Vertrags.

Einige andere dieser Verpflichtungen berühren Gemeinschaftsvorschriften, die auf der Grundlage des Artikels 57 Absatz 2 sowie der Artikel 66 und 100a des Vertrags erlassen wurden.

Artikel 37 der Richtlinie 93/38/EWG schließlich überträgt den Gemeinschaftsorganen ausdrücklich eine Zuständigkeit zu Verhandlungen mit Drittländern über die rechtliche Regelung für öffentliche Aufträge, die von Auftraggebern der Mitgliedstaaten unter anderem im Elektrizitätssektor und im Hafenwesen vergeben werden.“

¹³ Beschluss 93/323/EWG des Rates vom 10. Mai 1993 über den Abschluss eines Abkommens in Form einer Vereinbarung für die Zusammenarbeit zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, ABI Nr. L 125, 1.

¹⁴ EuGH 7.3.1996, Rs C-360/93 [Parlament/Rat], Slg 1996, I-1195.

¹⁵ Beschluss des Rates vom 29. Mai 1995 über den Abschluss des Abkommens in Form eines Briefwechsels zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Vereinigten Staaten von Amerika über das öffentliche Beschaffungswesen, ABI Nr. L 134 vom 20.6.1995, 25.

Gleiches gilt auch für die mit Israel abgeschlossenen bilateralen Beschaffungsabkommen.¹⁶ Ebenso wurde das Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens nur durch die Europäische Gemeinschaft, nicht aber auch durch die EU-Mitgliedstaaten geschlossen.¹⁷ Das korrespondierende Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit hingegen wurde sowohl durch die EG als auch durch die Mitgliedstaaten geschlossen.¹⁸ Schließlich erfolgte auch die Erweiterung des Anwendungsbereiches des GPA auf die 10 neuen Mitgliedstaaten nur durch die EG im Wege einer bloßen Notifikation der Änderung der Annexe zum GPA gemäß Art XXIV Abs 6 lit a GPA.¹⁹

Die Zuständigkeit der EG zum Abschluss des gesamten GPA ergibt sich daher – anders als bei GATS und GATT – ungeachtet der expliziten Außenkompetenz auf der Grundlage der gemeinsamen Handelspolitik auch aus der im Bereich des öffentlichen Auftragswesens bestehenden Binnenmarktkompetenz der EU.

2.3 Persönlicher Anwendungsbereich

Zum nur beschränkten geographischen Anwendungsbereich kommt die komplexe Regelungstechnik mittels für jede Vertragspartei gesonderten Anhang I zum GPA. Anhang I legt die für jede Vertragspartei geltenden Verpflichtungen im Detail fest und besteht für jede Vertragspartei aus fünf Annexen:

- Annex 1 definiert die zentralen Beschaffungsstellen auf Regierungsebene
- Annex 2 definiert die Beschaffungsstellen unterhalb der zentralen (Regierungs-) Ebene
- Annex 3 definiert schließlich alle weiteren Beschaffungsstellen, die das GPA anzuwenden haben
- Annex 4 enthält die vom GPA abgedeckten Dienstleistungen (als Positiv- oder Negativliste)
- Annex 5 definiert den Begriff der unter das GPA fallenden Bauleistungen

Grund sind die unterschiedlichen Zugeständnisse der einzelnen Vertragsparteien im Rahmen der Verhandlungen. Um die Reziprozität zu wahren, wurden je nach Vertragspartner unterschiedliche Regelungen und Vorbehalte vorgesehen, welche

¹⁶ Beschluss 97/474/EG des Rates vom 24. Februar 1997 über den Abschluß zweier Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Staat Israel über die Beschaffungen der Betreiber von Telekommunikationsdiensten bzw. über das öffentliche Beschaffungswesen, ABI L Nr. 202 vom 30.7.1997, 72.

¹⁷ ABI L 114 vom 30.4.2002, 430-463.

¹⁸ ABI L 114 vom 30.4.2002, 6-64.

¹⁹ Decision of 23rd April 2004 pursuant to Art XXIV:6(a) of the Agreement in Government Procurement, 4.5.2004, GPA/78.

insgesamt betrachtet das GPA eher einem Geflecht aus bilateralen Beziehungen annähern denn einem plurilateralen Abkommen.

Der persönliche Anwendungsbereich des GPA ergibt sich daher für jede Vertragspartei aus den Annexen 1 bis 3.

Für Österreich sind das im Wesentlichen die Bundesministerien (Annex 1), alle anderen „klassischen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 7 BVergG 2002 (Annex 2) und bestimmte Sektorenauftraggeber (Annex 3).

2.4 Sachlicher Anwendungsbereich

Art I GPA normiert den sachlichen Anwendungsbereich ähnlich wie die EU-Vergaberichtlinien grundsätzlich sehr weit: Das GPA umfasst alle Arten von Beschaffungsvorgängen, einschließlich Kauf, Miete, Leasing oder Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption und einschließlich gemischter Verträge (Kombination aus Liefer- und Dienstleistungsverträgen).

Eingeschränkt wird dieser weite sachliche Anwendungsbereich jedoch in zweierlei Hinsicht: Einerseits durch die Schwellenwerte, andererseits durch Positiv- und Negativlisten von Beschaffungsvorhaben gemäß dem Anhang I des GPA.

Schließlich bestehen Ausnahmen vom Anwendungsbereich auch aufgrund der „General Notes and Derogations“ jeder Vertragspartei.

2.4.1. Schwellenwerte

Das GPA ist nur auf Beschaffungsvorhaben anwendbar, deren geschätzter Auftragswert die für jede Vertragspartei in den Annexen zum GPA festgelegten Schwellenwerte überschreitet.

Die Schwellenwerte sind gemäß den für die Europäischen Gemeinschaften geltenden Annexen wie folgt festgelegt: 130.000 SZR für Liefer- und Dienstleistungsaufträge und 5 Mio SZR für Bauaufträge durch zentrale Beschaffungsstellen. 200.000 SZR für Liefer- und Dienstleistungsaufträge und 5 Mio SZR für Bauaufträge durch alle anderen öffentlichen Auftraggeber. 400.000 SZR für Liefer- und Dienstleistungsaufträge und 5 Mio SZR für Bauaufträge durch Sektorenauftraggeber.

Der Gegenwert der Schwellenwerte in EUR basiert auf dem durchschnittlichen Wechselkurs zwischen EUR und SZR der letzten 24 Monate (1 EUR = 0,746972 SZR) und beträgt für die Periode 2004 bis 2005:

SZR	130,000	200,000	400,000	5,000,000
EUR	154,014	236,945	473,890	5,923,624

Art II GPA enthält Regelungen zur Berechnung des geschätzten Auftragswerts: Die Berechnungsmethode darf nicht so gewählt werden, um dem Anwendungsbereich des GPA zu entgehen. Alle Arten des Entgelts sind einzubeziehen, ebenso alle Lose sowie eventuell vorgesehene Optionen.

2.4.2. Negativliste

Für Lieferaufträge wurde das „Negativ-Listenmodell“ zu Anwendung gebracht. Lieferaufträge sind daher grundsätzlich vom sachlichen Anwendungsbereich des GPA umfasst, sofern nicht ausdrücklich eine Ausnahme festgehalten ist.

2.4.3. Positivliste

Die Positivliste für Dienstleistungen entspricht grundsätzlich den prioritären Dienstleistungen gemäß Anhang III BVergG 2002.

2.4.4. „General Notes and Derogations“

Hinzu kommt, dass neben den Positiv- und Negativlisten zusätzlich für jede Vertragspartei Vorbehalte in Form von „General Notes and Derogations“ vorgesehen sind, die ebenfalls in den Annexen zum GPA enthalten sind. Diese Ausnahmen vom Anwendungsbereich spiegeln das Verhandlungsergebnis zwischen den einzelnen Vertragsparteien wider und beziehen sich vielfach nur auf einzelne Vertragsparteien im Sinne bilateraler Reziprozität der eingegangenen Verpflichtungen.

Speziell auf Österreich bezogen ist vorgesehen, dass die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich Bauleistungen, nur nach Maßgabe der GATS-Verpflichtungen Österreichs zulässig ist:

„The provision of services, including construction services, in the context of procurement procedures according to this Agreement is subject to the conditions and qualifications for market access and national treatment as will be required by Austria in conformity with her commitments under the GATS.“

2.5 Zwischenergebnis Anwendungsbereich

Österreich hat das GPA zwar mitverhandelt und unterzeichnet, nicht jedoch innerstaatlich ratifiziert. Inwieweit Österreich daher durch das GPA gebunden ist, hängt von der Beantwortung der Frage der Zuständigkeit der EG zum Abschluss des gesamten GPA für alle Mitgliedstaaten ab.

Nach hM ist die der EG zukommende ausdrückliche Außenkompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Abkommen im Hinblick auf Dienstleistungen geteilt. Allerdings kann im Licht der Rechtsprechung des EuGH zur impliziten Außenkompetenz der EG und

der bestehenden Praxis beim Abschluss bilateraler Beschaffungsabkommen mE mit guten Gründen argumentiert werden, dass ungeachtet der Reichweite der Außenkompetenz kraft Art 113 EGV (nunmehr Art 133 EG) eine Zuständigkeit der EG zum Abschluss des GPA schon aufgrund ihrer Binnenmarktkompetenz gegeben war.

Das GPA ist daher für Österreich – trotz unterbliebener Ratifikation – sowohl für Liefer- als auch für Bau- und Dienstleistungsaufträge anwendbar, für letztere jedoch nur im Ausmaß der von Österreich eingegangenen GATS-Verpflichtungen (siehe unten Punkt 5.).

3. ABKOMMENSINHALT

3.1 Materielles Vergaberecht

3.1.1. Bietergleichbehandlung und Meistbegünstigungsklausel

Art III GPA enthält die Pflicht zur Gleichbehandlung und ein Diskriminierungsverbot zugunsten von Lieferanten, Produkten und Dienstleistungen aus Vertragsstaaten. Diese dürfen nicht ungünstiger behandelt werden als inländische Produkte, Dienstleistungen und Lieferanten bzw Produkte, Dienstleistungen und Lieferanten einer anderen Vertragspartei.

Allerdings ist diese Pflicht zur Gleichbehandlung und das Diskriminierungsverbot eingeschränkt auf Lieferanten aus Vertragsparteien, soweit diese Waren oder Dienstleistungen aus Vertragsparteien anbieten. Die Meistbegünstigungsklausel stellt daher sowohl auf das Herkunftsland des Lieferanten (aus einem Vertragsstaat) als auch auf den Warenursprung (ebenfalls aus einem Vertragsstaat) ab. Inländische Bieter sowie Bieter aus einem GPA-Vertragsstaat können daher diskriminiert werden, soweit sie Produkte anbieten, die aus einem Nicht-GPA-Vertragsstaat stammen. Art III GPA statuiert somit eine spezielle Form einer doppelt bedingten Meistbegünstigungsklausel. Art IV GPA bestimmt in diesem Zusammenhang, dass auf die Ermittlung des Warenursprungs die allgemein im normalen Handelsverkehr gültigen Ursprungsregeln anzuwenden sind.

3.1.2. Bekanntmachungspflicht

Nach Art IX GPA sind die unter den Anwendungsbereich fallenden öffentlichen Auftraggeber zur Publikation einer Vergabebekanntmachung (Aufruf zur Teilnahme) zu veröffentlichen. Die Vergabebekanntmachung hat zudem eine Zusammenfassung in einer der WTO-Amtssprachen zu enthalten (Art IX Abs 8 GPA).

Für die EU-Mitgliedsstaaten hat die Publikation im EU-Amtsblatt S zu erfolgen (Anhang II GPA). Österreich hat sich zusätzlich zur Publikation im Amtsblatt zur Wiener Zeitung verpflichtet.

3.1.3. Vergabeverfahren – Wahl der Verfahrensart

Das GPA kennt grundsätzlich drei Verfahrensarten: das offene, das nicht offene und das eingeschränkte Verfahren (ohne vorherige Bekanntmachung). Letzteres darf nur unter den Bedingungen des Art XV GPA gewählt werden.

Verhandlungen mit den Bietern sind hingegen gemäß Art XIV GPA grundsätzlich zulässig, sofern diese Absicht im Vorhinein bekannt gegeben wurde.

3.1.4. Eignung von Bietern

Art VIII GPA statuiert auch für den Nachweis der Eignung durch die Bieter den Grundsatz der Bietergleichbehandlung. Verlangte Eignungsnachweise sind im Vorhinein bekannt zu geben und müssen sachlich gerechtfertigt sein.

3.1.5. Ausschreibungsunterlagen und Gang des Vergabeverfahrens

Art VI GPA enthält den Grundsatz neutraler Leistungsbeschreibung. Art XI sieht die einzuhaltenden Mindestfristen vor; Art XII definiert Mindestinhalte der Ausschreibungsunterlagen. Art XIII schließlich trifft Festlegungen über den Ablauf des Vergabeverfahrens von der Angebotseinreichung bis zur Zuschlagserteilung.

3.2 Rechtsschutz

3.2.1. Streitbeilegung

Art XXII legt die Anwendbarkeit des Dispute Settlement Understanding (DSU) auch für Streitigkeiten aus dem GPA fest. Insbesondere kann das DSB auch Maßnahmen zur Aussetzung von Verpflichtungen des GPA gegenüber der verletzenden Vertragspartei genehmigen. Allerdings bestehen folgende verfahrensrechtliche Sonderregelungen:

Im Gegensatz zu anderen WTO-Abkommen, "cross retaliation" zwischen den Verpflichtungen aus dem GPA und anderen WTO-Abkommen ist ausdrücklich ausgeschlossen. Eine Vertragspartei darf daher die Verletzung des GPA nicht als Rechtfertigung für die Aussetzung von Verpflichtungen aus anderen WTO-Abkommen (insbesondere auch GATS und TRIPS) heranziehen. Die Aussetzung wechselseitiger Verpflichtungen aus dem GPA ist hingegen zulässig. Schließlich sieht Art XXII kürzere Fristen für das Streitbeilegungsverfahren vor.

Seit dessen Inkrafttreten am 1.1.1996 wurden folgende Streitbeilegungsverfahren von der EU angestrengt:

- Beschwerde gegen Japan in Bezug auf die Beschaffung eines Satellitennavigationsystems

- Beschwerde gegen die USA in Bezug auf ein Gesetz des Bundesstaates Massachusetts betreffend Regierungsaufträge an Unternehmen mit Geschäftsbeziehungen nach Myanmar (Burma).

3.2.2. Rechtsschutz der Bieter

Art XX GPA sieht ein Widerspruchsverfahren zugunsten übergangener Bieter vor. Jede Vertragspartei ist verpflichtet, nicht diskriminierende, rasch eingreifende, transparente und wirksame Verfahren einzurichten, in deren Rahmen Verletzungen des GPA von Bietern geltend gemacht werden können, sofern der betreffende Bieter am Auftragsgegenstand Interesse hat bzw hatte. Zulässig ist dabei die Einführung von Präklusionsfristen, binnen derer der Bieter Beschwerde erheben muss. Die Frist darf jedoch nicht weniger als 10 Tage betragen und muss am Zeitpunkt anknüpfen, zu dem der Beschwerdegrund bekannt wurde oder bekannt sein musste.

Als Widerspruchsinstanz ist ein Gericht oder eine unparteiische und unabhängige Prüfinstanz vorzusehen, welche folgende verfahrensrechtliche Garantien umfassen muss: Parteiengehör, Vertretungsrecht, Zugang zum Verfahren, Öffentlichkeit, Schriftlichkeit der Beschlüsse und Begründungspflicht, Möglichkeit des Zeugenbeweises und Offenlegung von Dokumenten.

Das Widerspruchsverfahren muss insbesondere auch die Möglichkeit von einstweiligen Verfügungen vorsehen, damit die Chance auf die Zuschlagserteilung gewahrt werden kann.

Zu beachten ist allerdings, dass die Anwendbarkeit des Art XX GPA für Bieter aus Japan, Korea, Israel und den USA auf Grund der für die EU-Mitgliedsstaaten geltenden „Notes and Derogations“ stark eingeschränkt ist.

4. UMSETZUNG DES GPA

4.1 Umsetzung auf EU-Ebene

4.1.1. GPA-Anpassungsrichtlinie

Die Umsetzung des GPA auf EU-Ebene erfolgte 1997 durch die „GPA-Anpassungsrichtlinie“ 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge²⁰.

Durch die GPA-Anpassungsrichtlinie wurden die bestehenden EU-Vergaberichtlinien an die aus dem GPA erwachsenden Verpflichtungen angepasst. Erwägungsgrund 3

²⁰ Amtsblatt Nr. L 328 vom 28.11.1997, 1-59.

ging dabei davon aus, dass „unter das Beschaffungsübereinkommen fallende Auftraggeber, die den Bestimmungen der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG in der durch die vorliegende Richtlinie geänderten Fassung nachkommen und die gleichen Bestimmungen auf Unternehmer, Lieferanten und Dienstleistungserbringer aus Drittländern, die das Beschaffungsübereinkommen unterzeichnet haben, anwenden, sich damit im Einklang mit diesem Übereinkommen befinden.“

4.1.2. Neue EU-Vergaberichtlinien

Auch die neuen EU-Vergaberichtlinien²¹ gehen unverändert davon aus, dass die EU-Vergaberichtlinien eine vollständige Umsetzung des GPA enthalten.

4.2 Umsetzung in Österreich

4.2.1. Bundesvergabegesetz

Die EU-Vergaberichtlinien – und damit auch das GPA – wurden in Österreich im Bundesvergabegesetz 2002 (BVerG 2002, BGBl I 99/2002) umgesetzt. Gemäß § 6 Abs 2 BVerG 2002 „bleibt das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, ABl. Nr. L 336 vom 23. Dezember 1994, S 273, unberührt.“

Die Umsetzung des GPA in nationales Recht im Rahmen des Bundesvergabegesetzes 2002 (BVerG 2002, BGBl I 99/2002) beschränkt sich daher wie schon seine Vorgänger²² auf eine „Unberührtheitsklausel“. Die Gesetzesmaterialien²³ geben keine nähere Begründung, warum diese Art der Umsetzung gewählt wurde. Offenbar ist der österreichische Gesetzgeber wie auch der europäische davon ausgegangen, dass die EU-Vergaberichtlinien, deren Umsetzung das BVerG 2002 dient, sich im Einklang mit den sich aus dem GPA ergebenden Verpflichtungen befinden und daher eine gesonderte Umsetzung nicht erforderlich ist.

Dieses Verständnis ist jedoch hinsichtlich einiger Bestimmungen des BVerG nicht ganz zutreffend. So sieht das BVerG insbesondere für die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit nur einem Unternehmen weitergehende Möglichkeiten vor, die das GPA nicht kennt (zB § 25 Abs 6 Z 5 BVerG Verhandlungsverfahren für zusätzliche Dienstleistungen²⁴).

²¹ Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl Nr. L 134 vom 30.4.2004, 1-113; 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, ABl Nr. L 134 vom 30.4.2004, 114-240.

²² § 7 Abs 3 BVerG 1993, BGBl 462/1993; § 12 Abs 3 BVerG 1997, BGBl I 56/1997.

²³ AB 1118 BlgNR XXI. GP.

²⁴ Detaillierte Übersicht über die widersprüchlichen Bestimmungen bei Dischendorfer, Implementation and Legal Effects of the WTO Agreement on Government Procurement in the European Community (2002), Dissertation.

Auch der Entwurf des BVergG 2006 sieht in § 11 die Beibehaltung dieser Umsetzungstechnik unverändert vor.

Die Rechtsansicht des österreichischen Gesetzgebers, dem GPA komme einerseits keine unmittelbare Wirkung zu, und andererseits seien die Verpflichtungen des GPA durch Einhaltung des BVergG (und damit der EU-Vergaberichtlinien) ohnehin gewährleistet, wird daher aufrechterhalten. Die Erläuterungen zum Ministerialentwurf verweisen in diesem Zusammenhang auf Erwägungsgrund 7 der RL 2004/18/EG:

„Mit dem Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986-1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche 1 wurde unter anderem das WTO-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, nachstehend "Übereinkommen" genannt, genehmigt, das zum Ziel hat, einen multilateralen Rahmen ausgewogener Rechte und Pflichten im öffentlichen Beschaffungswesen festzulegen, um den Welthandel zu liberalisieren und auszuweiten.

Aufgrund der internationalen Rechte und Pflichten, die sich für die Gemeinschaft aus der Annahme des Übereinkommens ergeben, sind auf Bieter und Erzeugnisse aus Drittländern, die dieses Übereinkommen unterzeichnet haben, die darin enthaltenen Regeln anzuwenden. Das Übereinkommen hat keine unmittelbare Wirkung. Es ist daher angebracht, dass die unter das Übereinkommen fallenden öffentlichen Auftraggeber, die der vorliegenden Richtlinie nachkommen und sie auf Wirtschaftsteilnehmer aus Drittländern anwenden, die das Übereinkommen unterzeichnet haben, sich damit im Einklang mit dem Übereinkommen befinden. Diese Koordinierungsbestimmungen sollten den Wirtschaftsteilnehmern in der Gemeinschaft die gleichen günstigen Teilnahmebedingungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge garantieren, wie sie auch den Wirtschaftsteilnehmern aus Drittländern, die das Übereinkommen unterzeichnet haben, gewährt werden.“

Die Diskrepanz zwischen GPA und EU-Vergaberichtlinien wird aber durch die neuen EU-Vergaberichtlinien²⁵ sogar noch verstärkt, da diese noch weiter von den Verfahrensregeln des GATT abweichen: So werden durch die neuen EU-Vergaberichtlinien neue Verfahrensarten wie das dynamische Beschaffungssystem und der wettbewerbliche Dialog eingeführt, die dem GPA unbekannt sind. Auch enthalten die neuen EU-Vergaberichtlinien zahlreiche Bestimmungen zur Förderung der elektronischen Beschaffung, die unter anderem es dem öffentlichen Auftraggeber erlauben, die vorgesehenen Mindest-Angebotsfristen zu unterschreiten, sofern er eine elektronisch abrufbare Bekanntmachung vornimmt und die Ausschreibungsunterlagen zum Download bereithält.

²⁵ Richtlinie 2004/17/EG ; Richtlinie 2004/18/EG.

Im Ergebnis ist die Sichtweise daher nicht ganz zutreffend, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der sich an die EU-Vergaberichtlinien hält, damit auch automatisch jedenfalls auch dem GPA entspricht.

4.2.2. „Völkerrechtlich zulässige Diskriminierung“

§ 21 Abs 2 BVergG 2002 bestimmt:

„Die völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlung von Bewerbern und Bietern aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder des Warenursprungs bleibt von Abs. 1 unberührt.“

Die Gesetzesmaterialien führen dazu aus:

„Entsprechend den völkerrechtlichen Verpflichtungen Österreichs aus dem GPA (vormals GATT-Beschaffungskodex) sowie aus der allgemeinen Regelung des Art. 6 EGV ergibt sich ein Verbot der Diskriminierung auf Grund der Staatsangehörigkeit von Bewerbern und Bietern oder des Ursprungs von Waren im Rahmen der Vergabe von Aufträgen. Eine darüber hinausgehende unterschiedliche Behandlung, die völkerrechtlich zulässig ist, bleibt gemäß Abs. 2 vom Grundsatz des Abs. 1 unberührt. Damit wird das Gleichbehandlungsgebot auf das völkerrechtlich erforderliche Ausmaß beschränkt.“

Schon die Vorgängerbestimmungen des BVergG 1993 und 1997 hatten dasselbe bestimmt.²⁶ Auch der Entwurf des BVergG 2006 bringt keine Veränderung: § 22 Abs 2 (für „klassische“ öffentliche Auftraggeber) und § 190 Abs 2 des Entwurfes entsprechen dem derzeitigen § 21 Abs 2 BVergG 2002.

4.2.3. Unterschiedliche Behandlung aufgrund Staatsangehörigkeit

Der Anwendungsbereich des BVergG gemäß § 1 BVergG 2002 umfasst allgemein die Beschaffung von Leistungen durch österreichische öffentliche Auftraggeber und schließt daher Auftragsvergaben an Bieter aus Drittstaaten mit ein.

Das BVergG selbst enthält daher keine Bestimmungen, die ausdrücklich eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Staatsangehörigkeit des Bieters vorsehen. Insbesondere wird der Kreis der teilnahmeberechtigten Unternehmen in keiner Weise beschränkt.

§ 20 Z 9 BVergG 2002 definiert „Bewerber“ als „ein Unternehmer oder eine Gemeinschaft von Unternehmern, der bzw die such an einem Vergabeverfahren [...] beteiligen will und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekundet hat“. § 20 Z 10 definiert „Bieter“ als

²⁶ § 10 BVergG 1993, BGBl 462/1993; § 16 BVergG 1997, BGBl I 56/1997.

„ein Unternehmer oder eine Bietergemeinschaft, der bzw die ein Angebot eingereicht hat.“

Beide Definitionen stellen nicht auf die Herkunft des Bieters bzw Bewerbers ab (Staatsangehörigkeit bzw Staat der Niederlassung). Dem Bundesvergabegesetz selbst ist daher keine Bestimmung zu entnehmen, die Bieter aus Drittstaaten (seien es GPA-Vertragsstaaten, WTO-Mitgliedstaaten oder sonstige Drittstaaten) gegenüber österreichischen Bietern bzw Bietern aus dem EWR unterschiedlich behandelt.

Lediglich § 133 BVergG enthält eine Bestimmung über die unterschiedliche Behandlung von Angeboten von Bietern, deren Waren aus einem Drittstaat stammen, durch Sektorenauftraggeber:

„§ 133. (1) Die Bestimmungen der folgenden Absätze gelten für Angebote betreffend Waren mit Ursprung in Staaten,

- 1. die nicht Vertragsparteien des EWR-Abkommens sind (Drittländer) und*
- 2. mit denen überdies keine Vereinbarung seitens der Europäischen Gemeinschaft besteht, die Unternehmen mit Sitz im Hoheitsgebiet der Europäischen Gemeinschaft einem der Rechtslage nach diesem Bundesgesetz vergleichbaren und tatsächlichen Zugang zu den Märkten dieser Drittländer gewährleistet.*

(2) Als Ware gilt auch Software, die in der Ausstattung für Telekommunikationsnetze verwendet wird.

(3) Ein im Hinblick auf die Vergabe eines Lieferauftrages eingereichtes Angebot kann nach Maßgabe der folgenden Absätze ausgeschieden werden, wenn der Anteil der aus Drittländern stammenden Waren mehr als 50 vH des Gesamtwertes der in dem Angebot enthaltenen Waren beträgt. Der Warenursprung ist nach den in Österreich geltenden zollrechtlichen Vorschriften zu beurteilen. Bei der Bestimmung des Anteils der aus Drittländern stammenden Waren sind diejenigen Drittländer nicht zu berücksichtigen, für welche sich dies auf Grund eines Beschlusses des Rates der Europäischen Gemeinschaft ergibt. Der Bundeskanzler hat solche Drittländer mit Verordnung festzustellen.

(4) Sind zwei oder mehrere Angebote gemäß den in § 131 Abs. 1 aufgestellten Zuschlagskriterien gleichwertig, so sind, vorbehaltlich des Abs. 5, die in Abs. 3 umschriebenen Angebote auszuscheiden. Die Preise solcher Angebote gelten als gleich, sofern sie um nicht mehr als 3 vH voneinander abweichen.

(5) Abs. 4 gilt jedoch nicht, soweit die Annahme eines Angebotes auf Grund dieser Vorschrift den Auftraggeber zum Erwerb von Ausrüstungen zwingen würde, die andere technische Merkmale als bereits genutzte Ausrüstungen haben und dies zu Inkompatibilität oder technischen Schwierigkeiten bei Betrieb und Wartung oder zu unverhältnismäßigen Kosten führen würde.“

Die Gesetzesmaterialien führen dazu aus:

„Die Sektorenrichtlinie sieht vor, dass bei der Vergabe eines öffentlichen Lieferauftrages in den genannten Wirtschaftssektoren Angebote betreffend Waren, die überwiegend aus Drittländern stammen (das sind Staaten, die nicht dem EWR angehören), ausgeschlossen werden können, wenn sie mit anderen Waren höchstens gleichwertig sind. Solche Angebote sind auch dann auszuschneiden, wenn ihr Preis um bis zu 3% unter jenem der übrigen Angebote liegt.

Es ist darauf hinzuweisen, dass Abs. 4 im Gegensatz zu Abs. 3 eine Verpflichtung zum Ausscheiden enthält. Abs. 4 berührt nicht den zum Zeitpunkt des Inkrafttretens bestehenden Liberalisierungsgrad gegenüber Drittländern auf Grund des GPA.“

Die von § 21 Abs 1 BVergG erlaubte unterschiedliche Behandlung von Bewerbern bzw Bietern aus Drittstaaten im Rahmen den völkerrechtlich Zulässigen ergibt sich daher nicht aus dem BVergG selbst, sondern vor allem aus den korrespondierenden Verpflichtungen Österreichs aus GATT und GATS.

5. VERPFLICHTUNGEN ÖSTERREICHS AUS GATT UND GATS

5.1 Gewerberechtliche Befugnis

5.1.1. Dienstleistungserbringung im Inland

Seine aus GATS erwachsenden Verpflichtungen betreffen die Erbringung von Dienstleistungen durch Ausländer aus WTO-Staaten hat Österreich in § 51 GewO umgesetzt:

„§ 51. (1) Ausländische natürliche Personen und sonstige ausländische Rechtsträger, die im Gebiet eines Mitgliedstaates des WTO-Abkommens, BGBl. Nr. 1/1995, eine Tätigkeit befugt ausüben, auf die die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, dürfen bestellte gewerbliche Tätigkeiten im Inland unter den gleichen Voraussetzungen, wie sie Inländer erfüllen müssen, ausführen, wenn

- 1.a) die betreffende natürliche Person die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates des WTO-Abkommens besitzt oder in einem WTO-Mitgliedstaat im Sinne des Artikels XXVIII lit. k des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), kundgemacht im Anhang 1B des WTO-Abkommens, daueraufenthaltsberechtigt ist oder*
 - b) der betreffende sonstige ausländische Rechtsträger seinen Sitz oder eine Niederlassung in einem Mitgliedstaat des WTO-Abkommens hat und hinsichtlich der Ausführung der betreffenden Tätigkeit durch natürliche Personen im Inland in der Liste spezifischer Bindungen (Verpflichtungsliste) des GATS eine Marktzutrittsverpflichtung eingegangen wurde und*
- 2.*

die Bestimmungen, Beschränkungen und Bedingungen, die in der Verpflichtungsliste festgelegt sind, erfüllt sind.“

Gemäß § 1 Abs 4 GewO wird „das Anbieten einer den Gegenstand eines Gewerbes bildenden Tätigkeit [...] bei Ausschreibungen der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten.“

Gegenstand der Regelung des § 51 GewO ist die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen. Diese ist durch Unternehmen aus WTO-Staaten dann zulässig, wenn die betreffende Tätigkeit von den GATS-Verpflichtungslisten Österreichs umfasst ist. Allerdings beschränkt § 51 GewO die grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung auf die Ausführung bestellter gewerblicher Tätigkeiten, dh Tätigkeiten, die bereits vorher beauftragt wurden. Die Teilnahme an Vergabeverfahren österreichischer öffentlicher Auftraggeber ist von § 51 GewO gerade nicht umfasst, handelt es sich doch um die Ausführung von Tätigkeiten, die erst im Rahmen des Vergabeverfahrens bestellt werden sollen.

Die Teilnahme von Bietern aus WTO-Vertragsstaaten an öffentlichen Ausschreibungen ist daher gewerberechtlich unzulässig, sofern es sich beim Auftragsgegenstand um die Ausführung von gewerblichen Tätigkeiten im Inland handelt.

5.1.2. Lieferaufträge

Der grenzüberschreitende Warenhandel im Sinne des GATT hingegen bedarf keiner ausdrücklichen Regelung in der GewO. Warenlieferungen aus dem Ausland an einen Geschäftspartner im Bundesgebiet sind zulässig, ohne dass es einer inländischen Gewerbeberechtigung bedarf.²⁷

5.1.3. Dienstleistungserbringung im Ausland und Korrespondenzdienstleistungen

Gleiches gilt für Fälle der Dienstleistungserbringung im Ausland, dh der Empfänger der Dienstleistung überschreitet die Grenze, die Dienstleistung wird zur Gänze im Ausland erbracht (zB Errichtung eines Messestandes in Japan).

Ebenso nicht unter die Beschränkung des § 51 GewO fallen so genannte Korrespondenzdienstleistungen, dh Dienstleistungserbringung, bei der nicht der Dienstleistende, sondern nur die Dienstleistung selbst die Grenze überschreitet (zB Erbringung von Call-Center-Dienstleistungen für österreichische Kunden vom ausländischen Standort aus; Übersendung von Plänen per Post). Dies gilt insbesondere auch für die Dienstleistungserbringung per Internet.²⁸

²⁷ Siehe Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO Kommentar² (2003), Rz 1 zu § 51.

²⁸ Vgl Traudtner/Höhne, Internet und Gewerbeordnung, ecolex 2000, 480.

5.2 Verpflichtungen Österreichs betreffend vom GPA umfasste Dienstleistungen

Betrachtet man besonders ausschreibungsrelevante Dienstleistungskategorien, die von Annex 4 GPA umfasst werden, sowie Bau- und Baunebengewerbe und stellt diese den entsprechenden GATS-Verpflichtungen Österreichs gegenüber, so zeigt sich folgendes Bild:

<i>Subject</i>	<i>GATS Comittments Austria.</i>	
	Mode 1 - Limitations on Cross-Border Supply	Mode 4 - Presence of Natural Persons
Computer and related services	None	Unbound
Accounting, auditing and book-keeping services	No representation before competent authorities; no audits provided for in specific Austrian laws (e.g. joint stock companies law, stock exchange law, banking law, etc.)	Unbound
Market research and public opinion polling services	None	Unbound
Management consulting services and related services	None	Unbound
Architectural services; engineering services and integrated engineering services, urban planning and landscape architectural services; related scientific and technical consulting services; technical testing and analysis services	None for pure planning services; the submission of plans for approval by the competent authorities requires co-operation with an established supplier of planning services	Unbound
Advertising services	None	Unbound
Building-cleaning services and property management services	Unbound	Unbound
Publishing and printing services on a fee or contract basis	None	Unbound
Sewage and refuse disposal; sanitation and similar services	Unbound	Unbound
Construction Services	Unbound	Unbound

Im Ergebnis scheitert die Teilnahme von Bietern aus GPA-Vertragsstaaten an Ausschreibungen österreichischer öffentlicher Auftraggeber bei Dienstleistungsaufträgen und Bauaufträgen daran, dass diesen Bietern mangels entsprechender GATS-Verpflichtungen Österreichs in den von Annex 4 GPA erfassten Dienstleistungskategorien keine gewerberechtliche Befugnis zur Leistungserbringung im Inland zukommt.

6. SUBJEKTIVE RECHTE AUSLÄNDISCHER BIETER

6.1 EuGH zur Berufung Einzelner auf WTO-Recht

6.1.1. WTO-Recht allgemein

Hinsichtlich des WTO-Rechts allgemein vertritt der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass ein Wirtschaftsteilnehmer vor einem Gericht eines Mitgliedsstaats die Verletzung von WTO-Recht durch Gemeinschaftsrecht nicht geltend machen kann:

„Nach den Grundsätzen des Völkerrechts“ haben die Gerichte der Vertragsparteien *„und im Rahmen seiner Zuständigkeit aufgrund des EG-Vertrags insbesondere der Gerichtshof“* festzulegen, welche Wirkungen die Bestimmungen eines Abkommens in der internen Rechtsordnung haben, sofern diese Frage in dem Abkommen nicht geregelt ist. Nach dem Völkerrecht sind Abkommen *„von den Parteien nach Treu und Glauben zu erfüllen“*; jede Partei hat dabei *„die rechtlichen Maßnahmen zu bestimmen, die zur Erreichung dieses Zieles innerhalb ihrer Rechtsordnung geeignet sind, es sei denn, die Auslegung des Abkommens nach seinem Sinn und Zweck ergibt, dass diese Maßnahmen im Abkommen selbst festgelegt sind“*. Die WTO-Übereinkünfte legen diese Maßnahmen nicht fest, da sie *„der Verhandlung zwischen den Mitgliedern einen hohen Stellenwert“* einräumen, auch wenn der Streitbeilegungsmechanismus gegenüber dem zuvor geltenden System des GATT 1947 gestärkt worden sei.²⁹

„[D]ürften die Gerichte mit den WTO-Übereinkünften unvereinbare innerstaatliche Rechtsvorschriften nicht anwenden, so würde den Legislativ- und Exekutivorganen der Mitglieder ... die ihnen in Artikel 22 DSU eingeräumte Befugnis genommen, auf dem Verhandlungsweg Lösungen zu erreichen, selbst wenn diese nur als vorübergehende zulässig sind“.

Nach Auffassung des EuGH können somit die Vorschriften von völkerrechtlichen Abkommen, die nicht auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit zum beiderseitigen Nutzen beruhen, als Rechtmäßigkeitsmaßstab dienen, auch wenn sie nicht geeignet sind, dem Einzelnen Rechte zu verleihen.

Vorschriften in Abkommen, die wie die der WTO auf dem Prinzip der Gegenseitigkeit zum beiderseitigen Nutzen beruhen, sind dagegen nicht nur nicht unmittelbar anwendbar, sondern können grundsätzlich auch nicht als Maßstab für die

²⁹ EuGH 23.11.1999, Rs C-149/96 [Portugal/Rat], Slg 1999, I-8395.

Rechtmäßigkeit der Gemeinschaftsvorschriften verwendet werden.³⁰ Dies gilt selbst dann, wenn das zuständige Streitbeilegungsgremium die bekämpfte Regelung als mit dem WTO-Recht unvereinbar angesehen hat.³¹

6.1.2. Unmittelbare Anwendbarkeit GPA?

Die EU-Vergaberichtlinien als auch die Erläuterungen zum BVergG gehen unter Verweis auf erstere davon aus, dass den Bestimmungen des GPA keine unmittelbare Wirkung zukommt.

Der EuGH hat sich zur unmittelbaren Anwendbarkeit des GPA noch nicht geäußert. Für die Auffassung, dass der EuGH im Unterschied zu seiner oben zitierten Judikatur zu dem Schluss gelangen könnte, dass das GPA unmittelbare Wirkung habe, lässt sich allenfalls das Widerspruchsverfahren des Art XX GPA ins Treffen führen. Im Unterschied zu den bisherigen Erkenntnissen des EuGH zugrunde liegenden Sachverhalten rekuriert das GPA bei Verstößen nicht nur auf den Streitbeilegungsmechanismus, sondern sieht vor, dass gerade dem einzelnen Wirtschaftsteilnehmer das Recht zukommen soll, Verstöße gegen das GPA unmittelbar vor den zuständigen Behörden der Vertragsparteien geltend zu machen. In diesem Sinne könnte argumentiert werden, dass im Gegensatz zu anderen WTO-Übereinkommen das GPA unmittelbare Rechte verleihe.

Gegen diese Sichtweise spricht jedoch, dass sich auch die Bestimmungen des Art XX GPA an die Vertragsparteien, nicht jedoch an den einzelnen Wirtschaftsteilnehmer richten. Die Vertragsparteien haben das Widerspruchsverfahren in nationales Recht umzusetzen.

Im Lichte der bestehenden äußerst restriktiven Rechtsprechung zu WTO-Recht dürfte daher davon auszugehen sein, dass der EuGH in einem entsprechenden Anlassfall auch dem GPA keine unmittelbare Wirkung zuerkennen würde.

6.2 Entscheidungen österreichischer Vergabekontrollinstanzen

Entscheidungen österreichischer Vergabekontrollinstanzen betreffend die Rechte ausländischer Bieter unter dem GPA sind rar, was auch daran liegen mag, dass sich Bieter aus GPA-Staaten, die nicht zugleich auch Mitgliedstaaten der EU sind, generell selten bis gar nicht an öffentlichen Ausschreibungen österreichischer öffentlicher Auftraggeber beteiligen. Entsprechend betreffen die wenigen vorliegenden Entscheidungen die Teilnahme Schweizer Unternehmen³²:

³⁰ EuGH 9.10.200, Rs C-377/98 [Niederlande/Parlament und Rat], Slg. 2001, I-7079.

³¹ EuGH 1.3.2005, Rs C-377/02 [Léon van Parys NV/BIRB].

³² Vgl. auch *Lechner*, Grundsätzliche Überlegungen zur Teilnahme Schweizer Architekten an österreichischen Wettbewerben, ZVB 2002/23.

Die Bundes-Vergabekontrollkommission hat in einer Entscheidung betreffend die Erbringung von Planungsleistungen durch Schweizer Architekten (B-VKK 29. 6. 2001, S-84/01 und S-86/01) ohne nähere Begründung folgendes ausgesprochen: *„Das EU-Vergaberecht ist EWR-Recht, jedenfalls soweit dies Dienstleistungen einschließlich Bauleistungen betrifft: Gleichbehandlung von WTO-Vertragsparteien, die nicht Angehörige von EU-Mitgliedstaaten oder sonstigen Parteien des EWG-Abkommens sind, ist nur bei Lieferaufträgen geboten.“*³³

Soweit ersichtlich hatte auch das Bundesvergabeamt sich bisher erst einmal mit einem auf die Rechte aus dem GPA gestützten Fall zu befassen. Dieser betraf jedoch ein durchaus prominentes Vergabeverfahren, nämlich die Vergabe der Generalplanerleistungen für das Kleine Festspielhaus in Salzburg („Haus für Mozart“):

Die Antragstellerin, eine Schweizer Ziviltechniker-Gesellschaft, bewarb sich in dem durch den Salzburger Festspielfonds durchgeführten Verfahren, veröffentlicht im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. Sie wurde auch unter 20 Bewerbern unter die besten 5 Planerteams ausgewählt und eingeladen, ein Angebot zu legen. Der Salzburger Festspielfonds erteilte den Zuschlag einem anderen Bieter, die Antragstellerin bekämpfte diese Entscheidung vor dem Bundesvergabeamt. Der Antrag wurde zwar im Ergebnis wegen verfehlten Antragsbegehrens aus formalen Gründen zurückgewiesen, das Bundesvergabeamt befasste sich in seiner Begründung auch mit der Zulässigkeit der Teilnahme von Bietern aus Drittstaaten an inländischen Vergabeverfahren. Das Bundesvergabeamt stellte zwar nicht grundsätzlich das Recht auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren in Abrede, sprach jedoch aus, dass das Angebot der Antragstellerin wegen mangelnder Befugnis im Zeitpunkt der Angebotsöffnung auszuschneiden gewesen wäre. Auf das Übereinkommen EU-Schweiz konnte sich die Antragstellerin (noch) nicht mit Erfolg berufen, da dieses erst im Juni 2002, somit nach dem für die Beurteilung maßgeblichen Zeitpunkt der Angebotsöffnung, in Kraft getreten sei. Die Erbringung von Ziviltechnikerleistungen in Österreich setzt – mit Ausnahme der Bedingungen der EWR-Architekten-VO – die Verleihung einer Ziviltechnikerbefugnis nach dem Ziviltechnikergesetz voraus. Folglich sei die geforderte Eignung des Bieters nicht gegeben. Das Bundesvergabeamt wies den Antrag zurück.

6.3 Ergebnis

6.3.1. Recht auf Teilnahme an Vergabeverfahren

6.3.1.1. Keine gesetzliche Beschränkung aufgrund der Staatsangehörigkeit

Da das BVergG nicht zwischen Bietern aus EU- bzw EWR-Mitgliedstaaten und Bietern aus Drittstaaten, darunter aus Bieter aus GPA-Vertragsstaaten, differenziert, kommt

³³ *Gutknecht*, Gleichbehandlung für Bieter aus Drittstaaten bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen? ZVB 2002/2.

das Recht zur Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen österreichischer öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich allen Unternehmen ohne Ansehung ihrer Staatsangehörigkeit bzw ihres Herkunftslandes zu.

Dies gilt nicht nur für Bieter aus GPA-Vertragsstaaten, sondern generell alle Bieter aus Drittstaaten.

6.3.1.2. *Beschränkung durch den Auftraggeber*

§ 21 Abs 2 BVergG erlaubt jedoch Beschränkungen hinsichtlich der Staatsangehörigkeit, sofern diese im Einklang mit völkerrechtlichen Verpflichtungen stehen.

Der Auftraggeber ist daher ermächtigt, außerhalb des Anwendungsbereichs dieser völkerrechtlichen Verpflichtungen, insbesondere des GPA, aber auch bilateraler Beschaffungsabkommen, den potenziellen Teilnehmerkreis für von ihm durchgeführte Ausschreibungen einzuschränken. Diese Beschränkungsmöglichkeit gilt jedenfalls für Ausschreibungen außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des GPAs (zB im Unterschwellenbereich bzw für nicht vom GPA umfasste Dienstleistungskategorien).

Sieht der Auftraggeber in Verletzung des GPA weitergehende Teilnahmebeschränkungen vor, indem er zB generell Bieter aus Nicht-EWR- bzw EU-Staaten von der Teilnahme ausschließt, so könnten Bieter aus einem GPA-Vertragsstaat sich unter Berufung auf § 21 Abs 2 BVergG gegen diese Vorgangsweise durch Ergreifung von Rechtsmitteln wehren.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings das System der Präklusionsfristen nach § 169 BVergG bzw den einzelnen Vergaberechtsschutzgesetzen der Länder. Nach herrschender Rechtsprechung muss ein Nachprüfungsantrag bei sonstiger Verfristung innerhalb der Präklusionsfristen gestellt werden, widrigenfalls die Rechtswidrigkeit als geheilt gilt und in einem späteren Stadium des Vergabeverfahrens nicht mehr geltend gemacht werden kann.

Es ist davon auszugehen, dass dies auch für eine unzulässige Beschränkung des Bieterkreises gilt, zumal derartige Ausschlussfristen in Art XX Abs 5 GPA ausdrücklich als zulässig angesehen werden, sofern diese nicht kürzer als 10 Tage sind.

6.3.2. Hindernis mangelnde Befugnis

Gemäß § 21 Abs 2 BVergG dürfen öffentliche Aufträge nur an geeignete, dh insbesondere befugte Bieter vergeben werden. Angebote von Bietern, denen die Befugnis zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung fehlt, sind gemäß § 98 Z 1 BVergG zwingend auszuschneiden.

Obwohl Bieter aus GPA-Staaten daher grundsätzlich zur Teilnahme an Vergabeverfahren zuzulassen sind, wird bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen ihre Teilnahme vielfach an der Hürde der mangelnden Befugnis zur Leistungserbringung im Inland scheitern, da ihnen – wie oben ausgeführt – keine gewerberechtliche Befugnis zur Ausführung der Dienstleistungen bzw Bauleistungen im Inland zukommt.

6.3.3. Zugang zum Rechtsschutz

6.3.3.1. *Anrufung Vergabekontrollinstanzen*

Weder das BVergG noch die Vergaberechtsschutzgesetze der Länder schränken den Zugang zum vergabespezifischen Rechtsschutz auf Bieter bestimmter Staatsangehörigkeit ein.

Der Rechtsschutz steht vielmehr allen Bietern offen.

6.3.3.2. *Fehlende Antragslegitimation mangels Befugnis*

Allerdings kommt nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen und des VwGH einem Bieter dann keine Antragslegitimation zu, wenn dessen Angebot zwingend auszuschneiden ist³⁴. Ein zwingender Ausscheidensgrund ist gemäß § 98 Z 1 BVergG die mangelnde Befugnis des Bieters.

Betreffend Dienstleistungsaufträge, die eine Leistungserbringung im Inland erfordern, wird daher ein Nachprüfungsantrag durch Bieter aus GPA-Vertragstaaten daher mangels Antragslegitimation zurückzuweisen sein.

6.3.4. Fazit

Da aus wirtschaftlicher Sicht für einen Bieter das Ausscheiden seines Angebotes mangels Befugnis der Nichtzulassung zur Teilnahme am Vergabeverfahren überhaupt gleichkommen dürfte, kann die in der vorliegenden Arbeit dargestellte komplexe bestehende Rechtslage aufgrund des Zusammenspiels GPA und GATT- bzw GATS-Verpflichtungen nach wie vor mit jenem Stehsatz zusammengefasst werden, wie ihn auch die B-VKK sinngemäß in ihrer Entscheidung vom 29.6.2001 verwendet hat:

„Gleichbehandlung von GPA-Vertragsparteien ist grundsätzlich nur bei Lieferaufträgen geboten“

Ulrike Sehrschön

³⁴ Vgl zuletzt VwGH 18.5.2005, 2004/04/0094.

Literaturverzeichnis

Arrowsmith, Government Procurement in the WTO (2003).

Dischendorfer, Implementation and Legal Effects of the WTO Agreement on Government Procurement in the European Community (2002), Dissertation.

Fruhmann, Das Agreement on Government Procurement (GPA), *ecolex* 1996, 64.

Griller, Das Government Procurement Agreement als Bestandteil des Europarechts und des nationalen Rechts in: *Rill/Griller* (Hrsg), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe (2000).

Griller, Internationales Vergaberecht in: *Griller/Holoubek* (Hrsg), Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002 (2004), 245-272.

Gutknecht, Gleichbehandlung für Bieter aus Drittstaaten bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen? *ZVB* 2002/2.

Lechner, Grundsätzliche Überlegungen zur Teilnahme Schweizer Architekten an österreichischen Wettbewerben, *ZVB* 2002/23.

Öhler/Schramm, Europäische und internationale Grundlagen Rz 48-67 in: *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg.), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002 (2005).

Öhler/Schramm, Kommentar zu § 6 Rz 303-305 in: *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg.), Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2002.

Traudtner/Höhne, Internet und Gewerbeordnung, *ecolex* 2000, 480.