

Neues zum Vergaberecht – Novelle 2012 und Judikatur

MMag Dr. Claus Casati

1. *Novelle 2012 zum Bundesvergabegesetz (BGBl I 2012/10)*

1.1 *Novelle 2012 im Überblick*

Die mittlerweile bereits bekanntgemachte Novelle zum Bundesvergabegesetz 2012 (BGBl I 2012/10) tritt ab 1.4.2012 in Kraft. Alle bis zu diesem Zeitpunkt eingeleiteten Vergabeverfahren werden nach der bisherigen Rechtslage zu Ende geführt. Alle bisher anhängigen Nachprüfungsverfahren beim Bundesvergabeamt werden nach der bisherigen Rechtslage durchgeführt. Die Novelle 2012 enthält folgende wesentliche Änderungen:

- Wesentliche Vereinfachungen für den Unterschwellenbereich (Anpassung der diversen Unterschwellenwerte, neuartiges Verfahren; Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung; Erleichterungen der Eignungsprüfung).
- Verschuldensunabhängige Schadenersatzansprüche im Fall von Vergabeverstößen
- zentrale grenzüberschreitende Beschaffungsstelle
- Neuregelung der Aufträge im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich durch eigenes Gesetz

1.2 *Ausländische zentrale Beschaffungsstellen*

Mit der Novelle 2012 können öffentliche Auftraggeber sich auch ausländischer zentraler Beschaffungsstellen bedienen, ohne hierfür ein eigenes Vergabeverfahren durchzuführen. Dies ermöglicht grenzüberschreitende regionale Beschaffungsk Kooperationen ebenso wie grenzüberschreitende Beschaffungsk Kooperationen in hochtechnologischen Bereichen. Voraussetzung ist freilich, dass die ausländische zentrale Beschaffungsstelle selbst Vergabeverfahren entsprechend den EG-Vergaberichtlinien durchführt und hierfür auch ein entsprechender Rechtsschutz gewährleistet ist.

1.3 *Direktvergabe nach vorangehender Bekanntmachung*

Mit der Novelle 2012 schafft der Österreichische Gesetzgeber für den Unterschwellenbereich eine neue Verfahrensart; und zwar eine Mischform aus Direktvergabe mit Bekanntmachung. Im Wesentlichen ist der Auftraggeber nach dieser Verfahrensart nur zu einer Bekanntmachung. Im Wesentlichen ist der Auftraggeber nach dieser Verfahrensart nur zu einer Bekanntmachung im nationalen Medium verpflichtet, in der er auch die Kriterien zu nennen hat, wonach die Auswahl der zur Angebotsabgabe einzuladenden Bieter und die Zuschlagskriterien zu nennen sind. In diesem Vergabeverfahren reduzieren sich die Verpflichtungen des öffentlichen Auftraggebers auf

MMag Dr. Claus Casati
Rechtsanwalt, Wien

die Einhaltung der wesentlichen Vergabegrundsätze. Er muss keine Stillhaltefrist zwischen Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung einhalten. Anfechtbar ist lediglich die Wahl des Verfahrens (Bieter können vor den Nachprüfungsbehörden die Voraussetzungen für das Verfahren bestreiten) und die Bekanntmachung. Nicht anfechtbar ist dagegen die Zuschlagsentscheidung. Hier sind die übergangenen Bieter auf Feststellungs- und Schadenersatzverfahren reduziert. Der Auftraggeber hat lediglich die Bieter über die erfolgte Zuschlagserteilung zu informieren, nicht jedoch vor der Zuschlagserteilung über die beabsichtigte Zuschlagserteilung.

1.4 Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergG VS 2012

Mit 1.4.2012 wird nunmehr auch der Verteidigungsbereich strengen Vergabevorschriften unterworfen. Hiefür wurde ein eigenes Gesetz erlassen, welches sich zwar an den bisherigen Vergabevorschriften orientiert, jedoch erhebliche Flexibilisierungen vorsieht. Wesentlich ist, dass mit dem Erlass, die bisher im Bundesvergabegesetz geltenden Ausnahmebestimmungen für „Vergabeverfahren, die aufgrund von bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen für geheim erklärt werden oder deren Ausübung aufgrund von bundes- oder landesgesetzlichen Bestimmungen besondere Sicherheitsmaßnahmen erfordert oder wenn der Schutz wesentlicher Sicherheitsinteressen der Österreichischen Republik es gebietet, sowie für Lieferungen von Waren, für die Erbringung von Dienstleistung und Errichtung von Bauleistungen im Bereich der Landesverteidigung einem Vergaberegime unterworfen wird. Die im nunmehrigen Bundesvergabegesetz für Verteidigung und Sicherheit vorgesehenen Ausnahmen sind erheblich restriktiver. Auch für den Verteidigungsbereich gilt die Zweiteilung in Ober- und Unterschwellenbereich mit den aus dem allgemeinen Vergaberecht bekannten Verfahrensarten.

1.5 Schadenersatzansprüche Bieter

Nunmehr ist klargestellt, dass übergangene Bieter einen verschuldensunabhängigen (!) Anspruch auf Schadenersatz haben, und zwar entweder in Höhe des Vertrauensschadens oder des Erfüllungsinteresses. Ein derartiger Schadenersatzanspruch ist dann ausgenommen, wenn die Vergabenachprüfungsbehörde feststellt, dass keine Chance auf Zuschlagserteilung bestanden hat.

Klargestellt wird nunmehr auch, dass eine Schadenersatzklage ohne vorangehendes Feststellungsverfahren zulässig ist, wenn der Widerruf eines Vergabeverfahrens zulässig ist, aber vom Auftraggeber durch einen qualifizierten Verstoß gegen andere Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes verursacht wurde. Daraus folgt: Ein Widerruf muss nicht bekämpft werden, wenn der Fehler beim Auftraggeber gelegen ist und Bieter lediglich Schadenersatz fordern wollen. Umso mehr muss der Auftraggeber sorgfältig sein.

1.6 Erleichterungen für den Unterschwellenbereich

Für den Unterschwellenbereich sieht das Bundesvergabegesetz wesentliche Erleichterungen vor. Soweit dies sachlich gerechtfertigt ist (Entscheidung liegt beim Auftraggeber!), kann der Auftraggeber im Vergleich zum Oberschwellenbereich folgende Erleichterungen im Vergabeverfahren beanspruchen:

- Nicht offenes Verfahren muss nur mit 3 Bietern durchgeführt werden. Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich können aus sachlichen Gründen auch mit weniger als 3 Bietern durchgeführt werden, wenn ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.
- Im Unterschwellenbereich ist es nicht notwendig, Bieter um Aufklärung zu allfälligen unangemessenen Preisen aufzufordern (Stellungnahme zur vertieften Angebotsprüfung) bzw zu allfälligen Unklarheiten im Angebot (Alternativangebot) oder Mängel im Angebot. Anders ausgedrückt: Im Unterschwellenbereich muss der Auftraggeber mangelhafte Angebote nicht aufklären lassen. Er kann die (Ausscheidungs-)Entscheidung ohne entsprechende Nachfrage beim Bieter treffen.
- Ein Vergabevermerk ist nicht zwingend anzufertigen, wenn aus dem Vergabeakt die ausreichende Dokumentation ersichtlich ist.
- Im Unterschwellenbereich kann auf die Referenzen der letzten 10 Jahre abgestellt werden.

1.7 Zur Direktvergabe

Der Direktvergabe kann die Einholung von Angeboten oder unverbindlicher Preisankünfte vorangehen. Auch wenn der Direktvergabe die Einholung von Angeboten vorangeht, muss hierüber keine Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben werden. Der Auftrag kann formfrei erteilt werden. In diesem Sinn ist bei der Direktvergabe auch nur die Wahl des Vergabeverfahrens eine „anfechtbare Entscheidung“, nicht jedoch die nachfolgende formfreie Auftragserteilung. Freilich kann die zu Unrecht erfolgte Direktvergabe in Verbindung mit einem entsprechenden Feststellungsantrag die Nichtigkeitserklärung des Auftrags bzw Bußgelder zur Folge haben. Wenn jedoch die Direktvergabe zu Recht gewählt wurde, weil der Schwellenwert unterschritten wird, ist die Wahl der Direktvergabe rechtskonform und kann der Auftraggeber, auch wenn er mehrere Angebote eingeholt hat, formfrei den Auftrag einem Bieter erteilen.

1.8 Bedeutung der richtigen Angaben der Vergabekontrollbehörde

Das Bundesvergabegesetz stellt nun klar, dass unrichtige Angaben über die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde zur Folge hat, dass die Frist gewahrt ist, wenn der Antrag innerhalb der gesetzlichen Frist bei der Behörde eingelangt ist, die sich in den Ausschreibungsunterlagen findet. Findet sich in den Ausschreibungsunterlagen keine Behörde, ist der Antrag auch dann innerhalb der genannten Frist gestellt, wenn er bei einer nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Daraus folgt für den Auftraggeber eine besondere Sorgfaltspflicht schon bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen, will er nicht erhebliche Verzögerungen im Zuge des Nachprüfungsverfahrens und damit verbundenen Rechtsunsicherheiten ausgesetzt sein.

2. Geltende Schwellenwerte auf einen Blick

2.1 EU-Schwellenwerte (Unterscheidung Oberschwellenbereich und Unterschwellenbereich)

Diese Schwellenwerte ändern sich entsprechend geänderter Währungsrelationen und werden durch Verordnung der Europäischen Kommission vorgegeben. Derzeit gelten folgende Schwellenwerte:

- Bauaufträge EUR 5.000.000,00
- Dienstleistungs- und Lieferaufträge (klassischer Bereich) EUR 200.000,00
- Dienstleistungs- und Lieferaufträge (Sektorenbereich) EUR 400.000,00
- Zentrale Beschaffungsstellen EUR 130.000,00

2.2 Österreichische Schwellenwerte bis 31.12.2012

- Direktvergabe bis EUR 100.000,00, danach Schwellenwertverordnung 2012 und EUR 75.000,00 (Sektorenbereich)
- Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung bei Bauaufträgen EUR 1 Mio
- Verhandlungsverfahren Liefer-/und Dienstleistungsaufträge, Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung bzw nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung EUR 100.000,00

2.3 Nach Schwellenwertverordnung – BVerG

- Direktvergabe EUR 50.000,00 (öff AG) bzw EUR 75.000,00 (Sektor)
- Direktvergabe nach Bekanntmachung EUR 130.000,00 (öff AG) bzw EUR 200.000,00 (Sektor) bzw EUR 500.000,00 (Bau)

- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung EUR 80.000,00 (Bau) bzw EUR 60.000,00 (Liefer/DL)
- nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung EUR 300.000,00 (Bau) bzw EUR 80.000,00 (Liefer/DL)

3. Befugnis

Die geforderte Befugnis bzw Fragen des Gewerberechtes sind ein Dauerbrenner des Bundesvergabegesetzes. Dies ergibt sich aus dem Erfordernis, dass ein Auftrag ausschließlich an befugte Unternehmer vergeben werden darf und der Auftraggeber verpflichtet ist, nicht befugte Unternehmer auszuschneiden. Ob und inwieweit Mitbewerber über alle erforderlichen Befugnisse verfügen oder nicht, lässt sich für Brancheninsider am leichtesten nachvollziehen und dies zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens machen. Vor diesem Hintergrund sind die Vergabekontrollbehörden mittlerweile zu Spezialisten im Gewerberecht mutiert. Folgende zwei Aspekte darf ich näher erläutern:

3.1 Ausländische Unternehmer

Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2005/36/EG „Berufsanerkennungsrichtlinie“ wurde die Gewerbeordnung in Bezug auf Anerkennung/Gleichhaltung ausländischer Befugnisse komplett geändert. Das Erfordernis einer Gleichhaltung für Ziviltechniker ist gänzlich entfallen. Für die vorübergehende und gelegentliche Erbringung von Dienstleistungen, worauf Vergabeverfahren in der Regel abstellen, ist eine Gleichhaltung bzw bescheidmäßige Anerkennung nicht mehr erforderlich. Lediglich für einen kleineren Kreis an Gewerben, die als sensibel eingestuft werden (zB Baumeister, Gas- und Wasserinstallateur, Elektriker, technisches Büro) bedarf es einer sogenannten Dienstleistungsanzeige gemäß § 373a GewO. Hat der ausländische Unternehmer eine Dienstleistungsanzeige erstattet, und erfolgt innerhalb der Entscheidungsfrist keine behördliche Reaktion, ist dieser zur Ausübung der Leistung berechtigt. Der ausländische Bieter hat lediglich bei diesen sensiblen reglementierten Gewerben nachzuweisen, dass er eine derartige Anzeige erstattet hat. Abgesehen von der nicht erfolgten Dienstleistungsanzeige ist das Angebot eines ausländischen Bieters im Bereich sensibler reglementierter Gewerbe nur dann auszuschneiden, wenn ihm aufgrund dieser Dienstleistungsanzeige von der Behörde die Tätigkeit untersagt wird bzw vom Erwerb fehlender Kenntnisse/Fähigkeiten abhängig gemacht wird. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Zuschlagsfrist um einen Monat zu verlängern, wenn der Bewerber/Bieter nachweist, dass er die Dienstleistungsanzeige vor Ablauf der Angebotsfrist gestellt hat. Auf die Notwendigkeit der Dienstleistungsanzeige ist bereits in der Bekanntmachung auf diese Notwendigkeit der Dienstleistungsanzeige hinzuweisen.

3.2 Nebenrechte

3.2.1 Gesamtaufträge

Gewerbetreibende sind berechtigt, Gesamtaufträge zu übernehmen bzw diesbezügliche Angebote zu legen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrages ihrem Gewerbe zukommt und sie für die übrigen Arbeiten befugte Gewerbetreibende einzusetzen beabsichtigen (§ 32 Abs 1 Z 9 GewO). In diesem Sinn ist es auch zulässig, dass ein Bieter einen Teil der geforderten Befugnis durch einen Subunternehmer nachweist (§ 76 BVergG). Voraussetzung ist freilich, dass dieser Subunternehmer im Vergabeverfahren genannt wurde und eine entsprechende Subunternehmererklärung bei Angebotsabgabe vorliegt. Umfasst eine Leistung mehrere unterschiedliche Leistungen, muss nicht jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft alle Befugnisse innehaben, sondern nur die Befugnisse, für den ihr konkret zufallenden Leistungsteil (§ 70 Abs 6). Es genügt sohin, dass die Bietergemeinschaft die Befugnisse kumulativ nachweist.

3.2.2 Ausführungsrechte in geringem Umfang

Für den Fall, dass ein Bieter selbst nicht zur Ausführung aller ausgeschriebenen Leistungen berechtigt ist und keinen Subunternehmer hiefür genannt hat, ist ein Ausscheiden dieses Angebots noch nicht zwingend. Zu beachten sind die übrigen Nebenrechte gemäß § 32 GewO bzw Sonderrechte einzelner reglementierter Gewerbe (§ 150 GewO). Insbesondere besteht das Recht der Gewerbetreibenden „alle Vorarbeiten und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe vorzunehmen, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben, sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen, sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistung wirtschaftlich sinnvoll ergänzen“.

Dieses allgemeine Nebenrecht gilt auch für Baumeister, auch wenn sie schon im § 99 GewO weitreichende Nebenrechte haben.

§ 32 ergänzt sohin auch für den Baumeister die Nebenrechte. Vor relativ kurzer Zeit hat der Verwaltungsgerichtshof zur Frage Stellung genommen, ob dieser in der Gewerbeordnung enthaltene Begriff „in geringem Umfang“ quantitativ oder qualitativ zu beurteilen ist. Anders ausgedrückt: Gibt es einzelnen Gewerben vorbehaltene „qualitative Kernbereiche“, die von anderen Gewerbetreibenden auch nicht unter dem Titel eines Nebenrechts ausgeübt werden dürfen, selbst wenn der Leistungsanteil relativ geringfügig ist. Der Verwaltungsgerichtshof hat in zwei Erkenntnissen (24.2.2010, ZI 2006/04/0148 bzw 10.12.2009, ZI 2009/04/025) klar ausgesprochen,

dass die Frage nach dem Vorliegen einer Leistung „in geringem Umfang“ ausschließlich quantitativ zu beurteilen ist. Qualitative Aspekte dürfen dabei nicht berücksichtigt werden.

Unerheblich ist auch, ob die jeweiligen Leistungen „gewöhnlicherweise zur Funktion/Nutzung/Betrieb der übrigen Leistung/Anlage gehört oder nicht“. Derartige qualitative Überlegungen spielen keine Rolle. Zu beurteilen ist lediglich der wertmäßige Umfang der zusätzlichen Leistungen. In diesem Sinn wird eine UV-Desinfektion von einem Baumeister im Zusammenhang mit der Errichtung des Trinkwasserbehälters installiert bzw errichtet werden können, auch wenn eine derartige UV-Desinfektion nicht ursprünglich zur Funktion eines Trinkwasserbehälters gehört und möglicherweise besondere qualitative Überlegungen zu berücksichtigen sind. Auch werden die bei der Installation der UV-Desinfektion einem anderen Gewerbe vorbehaltenen Leistungen wertmäßig nicht erheblich sein. Angemerkt sei, dass bei einer derartigen wertmäßigen Betrachtung reine Lieferteile nicht zu berücksichtigen sind. Soweit also Anlagenteile eingebaut werden, ist der Wert der Anlagenteile nicht zu berücksichtigen. Es geht um die dem einzelnen Gewerbe vorbehaltene Leistung. Die Anlagenteile selbst können von einem Baumeister ohnehin erworben und beigestellt werden.

Nicht restlos geklärt ist die quantitative Schwelle, ab der nicht mehr von Leistungen „in geringem Umfang“ die Rede sein kann. Zwar waren den genannten VwGH-Erkenntnissen Fälle zugrunde gelegen, die einen Anteil von 6,43% des Gesamtauftrags vorgesehen haben. Offen ist jedoch, ob eine derartige relative Beurteilung zulässig ist oder nicht (auch?) auf absolute Beträge abgestellt werden muss. Kann unter dem Titel „in geringem Umfang“ ein Baumeister Leistungen eines anderen Gewerbes (zB Brunnenmeister oder Elektrotechniker) ausüben, die prozentuell am Gesamtauftrag nur 5% ausmachen, absolut jedoch mehr als EUR 2.000.000,00? Dies ist aus meiner Sicht zu verneinen. Es wird wohl eine doppelte Beurteilung zu erfolgen haben; einmal eine prozentuelle Beurteilung und ein weiteres Mal eine betragliche Beurteilung.

Aus meiner Sicht sind derartige Nebenleistungen jedenfalls bis zu 7% eines Gesamtauftrages zulässig, sofern der absolute Betrag unter EUR 100.000,00 (Direktvergabegrenze) gelegen ist. Geklärt ist jedenfalls, dass eine qualitative Beurteilung nicht zu erfolgen hat und auch ein noch so qualitativer „Handgriff“ nicht ein besonderes Gewerk erfordert. Wo die Grenze liegt, bzw ob lediglich ein Prozentanteil anzunehmen ist oder auch absolute Werte mitzubersichtigen sind, wird letztlich der Verwaltungsgerichtshof zu entscheiden haben.

4. Vergaberecht - Judikatur

4.1 Zugang zur 2. Stufe

Bei zweitstufigen Verfahren muss maximal Zahl Bieter und Auswahlkriterien genannt sein.

VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128

4.2 Vorhaben bei Dienstleistungsaufträgen

Vorhabensbegriff auch bei Dienstleistungsaufträgen

⇒ Zusammenrechnen aller zum Vorhaben zählenden Aufträge

VwGH 22.6.2011, 2011/04/0116

4.3 Bedeutung Kalkulationsnorm

Nichtbeachtung vorgegebener Kalkulationsnorm (zB ÖNORM B 2061) ist Verstoß gegen Ausschreibungsbestimmungen, nicht behebbar und führt zum Ausscheiden des Angebots gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006.

VKS Wien 23.2.2012, 1467/12

4.4 Angebotsverlesung

Neben Preis, Bieter/Anschrift sind nur wesentliche Erklärungen und bestbieterrelevante Angaben, die in der Ausschreibung genannt sind, zu verlesen; nicht jedoch bestbieterrelevante Erklärungen, die in der Ausschreibung nicht genannt sind.

VwGH 22.2.2011, 2007/04/0003