



# **BUNDESVERGABEGESETZ 2006**

Anregungen für die Praxis

Dr. Claus Casati  
Dr. Michael Holoubek

**Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes  
Bundesvergabegesetz 2006  
Anregungen für die Praxis**

**Herausgeber:**

Österreichischer Städtebund  
1082 Wien, Rathaus  
Telefon: 01/4000-89980  
Telefax: 01/4000-7135  
E-Mail: [post@staedtebund.gv.at](mailto:post@staedtebund.gv.at)  
Internet: <http://www.staedtebund.gv.at>  
ISBN: 3-9502038-5-0

**Schriftleitung:**

Generalsekretär Dkfm. Dr. Erich Pramböck

**Autoren:**

Dr. Claus Casati  
Dr. Michael Holoubek

**Koordination:**

Mag. Gabriela Forchtner

© Copyright: Österreichischer Städtebund. Die Verbreitung, auch auszugsweise, über elektronische Systeme/Datenträger bedarf der vorherigen Zustimmung der Autoren. Alle übrigen Rechte bleiben vorbehalten.

Im Sinne einer besseren Lesbarkeit werden Rechtstexte in der neuen deutschen Rechtschreibung abgedruckt.

**Umschlaggestaltung und DTP-Produktion:**

Karin Wieser, Grafic & Design  
1120 Wien, Hufelandgasse 1/2/9  
[www.grafic.at](http://www.grafic.at)

**Druck:**

Littera Druck, Rauch Gesellschaft mbH, 1120 Wien

Wien, November 2006

ISBN: 3-9502038-5-0

## Vorwort

Vergaberegeln sind aus dem kommunalen Alltag nicht mehr wegzudenken. Viele kommunale Entscheidungen, wie z.B. die Anschaffung von neuer Software, der Abschluss von Beratungsverträgen, aber auch Fragen der Ausgliederung und kommunaler Kooperationen sind heutzutage unter Berücksichtigung von Vergaberegeln zu treffen. Weiterhin bestehen jedoch erhebliche Rechtsunsicherheiten, wie in Einzelfragen öffentliche Auftraggeber mit dem Vergaberecht umzugehen haben. Am 1.2.2006 sind neue Bestimmungen zu den Vergabeverfahren in Kraft getreten, und zwar das Bundesvergabegesetz 2006. Ende dieses Jahres treten in allen Ländern auch neue Vergaberechtsschutzregelungen in Kraft, sodass spätestens mit 1.1.2007 auch kommunale Auftraggeber mit einer neuen Rechtslage in Vergaberechtsangelegenheiten konfrontiert sind.

Inhaltlich hat sich zwar nicht so viel geändert, wie dies die Vermehrung der Bestimmungen vermuten lässt. Doch sieht das BVergG 2006 im Detail auch geänderte Regelungen vor. Vor allem hat sich auch die Struktur des BVergG 2006 erheblich geändert. Gerade diese Kombination an teilweisen Detailänderungen und der Änderung der Struktur des Bundesvergabegesetzes erschwert den Vergaberechtsalltag.

Dieser Leitfaden ist von Praktikern für Praktiker geschrieben und soll die durch die Änderungen im BVergG 2006 geschaffenen Neuerungen und Unklarheiten aufzeigen und Praktikern eine Unterstützung im Alltag bieten. Der Vergabeleitfaden bietet „Hilfe zur Selbsthilfe“. Er ist zunächst darauf ausgerichtet, dass kommunale Entscheidungsträger imstande sind, die wesentlichen vergaberechtlichen Entscheidungen selbst zu tätigen, insbesondere die im Zusammenhang mit dem Vergaberecht verbundenen Probleme und Fragestellungen zu erkennen. Darüber hinaus bietet der Vergabeleitfaden einen Anhaltspunkt für die Abwicklung typischer kommunaler Beschaffungsprozesse. Komplexe rechtstheoretische Fragen sollen dagegen nicht gelöst werden. Dazu gibt es ausreichend weiterführende Literatur. Allgemeine Einzelfragen können Städtebundmitglieder – kostenlos – an den Städtebund bzw. den vom Städtebund unterstützten „Vergabecoach“, betrieben durch RA MMag. Dr. Claus Casati, richten.

RA MMag. Dr. Claus Casati und Univ.-Prof. Mag. Dr. Michael Holoubek haben bereits den ersten Leitfaden zum Bundesvergabegesetz 2002 erstellt. Sie haben in den vergangenen Jahren den Städtebund in Vergaberechtsangelegenheiten wiederholt unterstützt, so insbesondere auch im Rahmen des von RA MMag. Dr. Claus Casati betriebenen Vergabecoach. Aus dieser Kooperation mit dem Städtebund konnten zahlreiche fruchtbare Gedanken auch für die gegenständliche Arbeit gewonnen werden. Es ist zu hoffen, dass der gegenständliche Vergabeleitfaden den Praxisalltag für öffentliche Auftraggeber erleichtert, ohne dass der Blick für das Wesentliche verlorengeht.

Wien, im Oktober 2006

**Dkfm. Dr. Erich Pramböck**  
Generalsekretär

**INHALTSVERZEICHNIS**

<b>KAPITEL 1</b>	<b>NEUERUNGEN DES BUNDESVERGABEGESETZES IM ÜBERBLICK</b>	<b>11</b>
1.1	Hintergrund	13
1.2	Struktur BVergG 2006	13
1.3	Neue Verfahren, neue Fristen und neue Bekanntmachungsvorschriften	14
1.4	Entbürokratisierung des Vergabeverfahrens	17
1.5	Verschärfungen für den Auftraggeber	18
1.6	Sonstige wesentliche Neuerungen	19
<b>KAPITEL 2</b>	<b>ANWENDUNGSBEREICH VERGABERECHT</b>	<b>23</b>
2.1	Öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber	25
2.1.1	Öffentliche Auftraggeber	25
2.1.2	Auftraggeber, die zur Anwendung des BVergG zu verpflichten sind	25
2.1.3	Sektorenauftraggeber	26
2.2	Welche Maßnahmen sind vom Vergaberecht erfasst?	27
2.3	Prioritäre versus nicht-prioritäre Dienstleistungen	28
2.4	Ausnahmen vom Anwendungsbereich des BVergG 2006	33
2.5	Der Auftragswert	36
2.5.1	Unterscheidung Oberschwellen- und Unterschwellenbereich	36
2.5.2	Kleinstaufträge	36
2.5.3	Schwellenwertberechnung	37
2.5.4	Vergabe von Losen	39
2.6	Ausgliederung kommunaler Aufgaben	40
2.6.1	Ausgliederung an gemeindeeigene Tochtergesellschaft	41
2.6.2	Interkommunale Kooperation	41
2.6.3	Vergabe an Private	42
2.7	Beschaffung von Beratungsleistungen	43
<b>KAPITEL 3</b>	<b>VERGABEGRUNDSÄTZE</b>	<b>45</b>
3.1	Bedeutung Vergabegrundsätze	47
3.2	Gebot der Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze	47
3.3	Grundsatz des freien, fairen und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung	48
3.4	Vorarbeitenproblematik – Interessensverquickung	49
3.5	Vergabefremde Aspekte	50

3.6	Wesentliche sonstige Vergabegrundsätze	51
3.7	Transparenzgebot	52
<b>KAPITEL 4</b>	<b>VERFAHRENSARTEN, BEKANNTMACHUNGSPFLICHTEN UND MINDESTFRISTEN</b>	<b>55</b>
4.1	Allgemeines	57
4.2	Mögliche Verfahrensarten	57
4.2.1	Einstufige Verfahren	57
4.2.2	Zweistufige Verfahren	58
4.2.3	Sonderverfahren	60
4.2.4	Rahmenvereinbarung	61
4.2.5	Dynamisches Beschaffungssystem	62
4.2.6	Wettbewerblicher Dialog	63
4.3	Bekanntmachung	64
4.3.1	Grundsätze	64
4.3.2	Bekanntmachungsvorschriften bei den einzelnen Verfahren	64
4.3.3	Sonstige wesentliche Grundsätze	64
4.3.4	Sonstige Bekanntmachungspflichten/-möglichkeiten	65
4.3.5	Art der Bekanntmachung	65
4.4	Mindestfristen	67
4.5	Eckpunkte Verhandlungsverfahren	69
4.5.1	Definition und Abgrenzung	69
4.5.2	Anwendungsbereich Verhandlungsverfahren	71
4.5.3	Rahmenbedingungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens	75
4.6	Vergabe geistiger Dienstleistungen	76
4.6.1	Definition	76
4.6.2	Anwendbare Vergabeverfahren	77
4.6.3	Skizzierung des Ablauf eines Verfahrens zur Vergabe geistiger Dienstleistungen	78
4.7	Wesentliche Bedingungen bei der Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich	80
4.8	Elektronisches Vergabeverfahren	81
4.9	Überblick über Zulässigkeit einzelner Verfahrensarten	83
<b>KAPITEL 5</b>	<b>VERGABEREGELN – FALLSTRICKE IM ZUGE EINES VERGABEVERFAHRENS</b>	<b>85</b>
5.1	Leistungsdefinition	87
5.1.1	Konstruktive Leistungsbeschreibung	87
5.1.2	Funktionale Leistungsbeschreibung	88
5.1.3	Neutralitätsgebot	89
5.1.4	Bieterlücke	89
5.1.5	Sonstige Anforderungen an die Leistungsbeschreibung	89

5.2	Eignungsprüfung – bei zweistufigen Verfahren Auswahl der zur Angebotsabgabe einzuladenden Bieter	90
5.2.1	Befugnis	91
5.2.2	Besondere Zuverlässigkeit	91
5.2.3	Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit	92
5.2.4	Technische Leistungsfähigkeit	92
5.2.5	Subunternehmer, verbundene Unternehmen und Bietergemeinschaft	92
5.3	Alternativangebote, Teilangebote, Abänderungsangebote und Preisregelungen	93
5.3.1	Alternativangebote	93
5.3.2	Abänderungsangebote	94
5.3.3	Teilangebote/Teilvergabe	94
5.3.4	Preisregelung	94
5.4	Auswahlentscheidung	95
5.5	Angebotseröffnung	96
5.6	Angebotsprüfung	97
5.7	Verhandlungsverbot versus Aufklärungsgespräche versus Aufforderung zur Behebung von Mängeln	98
5.7.1	Verhandlungsverbot	98
5.7.2	Aufklärungsgespräch	99
5.7.3	Mängelbehebung	99
5.8	Ausscheiden von Angeboten	100
5.9	Widerruf (Widerrufsentscheidung/Widerrufserklärung)	101
5.10	Zuschlagsentscheidung	102
5.11	Dokumentationspflichten	103

<b>KAPITEL 6</b>	<b>SKIZZIERUNG DES ABLAUFES EINES VERGABEVERFAHRENS ANHAND EINES BAUAUFTRAGS UND EINES DIENSTLEISTUNGSaufTRAGS</b>	<b>105</b>
6.1	Evaluierungsphase	107
6.2	Erstellung Ausschreibungsunterlagen	107
6.2.1	Konkretisierung des Vergabeverfahrens	107
6.3	Bekanntmachung	113
6.4	Abgabe, Prüfung und Bewertung, Teilnahmeanträge und Einladung zur Angebotsabgabe	113
6.5	Angebotseröffnung	114
6.6	Angebotsprüfung	114
6.7	Bekanntgabe Zuschlagsentscheidung	115
6.8	Erteilung des Auftrags (Zuschlagserteilung) – Vergabevermerk – Bekanntmachung	115

<b>KAPITEL 7</b>	<b>RECHTSSCHUTZ IM VERGABERECHT</b>	<b>117</b>
7.1	Vergabespezifischer Rechtsschutz vor Vergabekontrollbehörden	119
7.1.1	Schlichtungsverfahren des Bundes und der Länder	121
7.1.2	Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren	123
7.2	Rechtsschutz durch ordentliche Zivilgerichte	131
7.2.1	Schadenersatzverfahren	131
7.2.2	Wettbewerbsrecht	134
7.3	Rechtsschutz durch Europäische Instanzen	134
7.3.1	Kommission der Europäischen Gemeinschaften	134
7.3.2	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften	135
<b>KAPITEL 8</b>	<b>SONDERFRAGEN</b>	<b>137</b>
8.1	Ausnahmen der Inhouse-Vergabe	139
8.1.1	Echte Inhouse-Vergabe	139
8.1.2	Quasi-Inhouse-Vergabe	139
8.1.3	Inhouse-Auftrag bei Sektorenauftraggebern	141
8.2	Interkommunale Kooperation und Auftragsvergaben an PPP-Gesellschaften	142
8.3	Beschaffung geistiger Leistungen	142
8.4	Erwerb neuer Gebäuderäumlichkeiten/Flächen	145
8.5	Beauftragung im öffentlichen Interesse gelegener Leistungen zugunsten der Bevölkerung	145
8.6	Beschaffung von Finanzdienstleistungen – Inwieweit unterliegen Kreditaufnahmen dem BVergG 2006?	146
8.7	Zentrale Beschaffungsstellen – Bundesbeschaffungs-GmbH	147
8.8	Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung	148
8.9	Behebbarkeit von Angebotsmängeln	149
8.10	Bindungswirkung der Ausschreibungsunterlagen	150
8.11	Zuschlagsentscheidung – Widerrufsentscheidung	150
<b>KAPITEL 9</b>	<b>ANHANG</b>	<b>153</b>
9.1	Prioritäre und nicht-prioritäre Dienstleistungen (= Anhang III und IV BVergG 2006)	155
9.2	Mindestbekanntmachungsbedingungen im Unterschwellenbereich = Anhang XV BVergG 2006	156
9.3	Präklusionsfristen nach dem BVergG 2006	158
9.4	Checklisten	159
9.4.1	Checkliste offenes Verfahren	159
9.4.2	Nicht offenes Verfahren	160
9.4.3	Verhandlungsverfahren	161



## Autorenbezeichnung

RA MMag. Dr. Claus Casati

Selbstständiger Rechtsanwalt, ist in vergaberechtlichen Angelegenheiten seit 1995 tätig, betreut insbesondere zahlreiche öffentliche Auftraggeber bei der Konzeption von Vergabeverfahren und allfälligen Nachprüfungsverfahren.

Kontaktadresse: Mariahilfer Straße 1b/17, 1060 Wien,

Telefon: 01/581 17 40

Telefax: 01/581 17 40-12,

E-Mail: office@casati.at

Univ.-Prof. Mag. Dr. Michael Holoubek

Seit 1998 Universitätsprofessor für öffentliches Recht am Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht der Wirtschaftsuniversität Wien und Vorsitzender der Bundes-Vergabekontrollkommission.

Kontaktadresse: Wirtschaftsuniversität Wien

Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht,  
Althanstraße 39–45, Stiege 5/3. Stock, 1090 Wien

E-Mail: holoubek@wu-wien.ac.at

# Kapitel 1

## **NEUERUNGEN DES BUNDESVERGABE- GESETZES IM ÜBERBLICK**

## 1.1 HINTERGRUND

Nach jahrelangen Diskussionen auf europäischer Ebene wurden im Jahr 2004 neue materielle Vergaberichtlinien erlassen, und zwar die Richtlinie 2004/18/EG<sup>1</sup> betreffend die materielle Regelung der Vergabeverfahren für öffentliche Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge und die Richtlinie 2004/17/EG betreffend die materielle Regelung von Vergabeverfahren durch sogenannte Sektorenauftraggeber.<sup>2</sup> Diese neuen materiell-rechtlichen Vergaberichtlinien enthalten zwar zahlreiche Regelungen, die bereits durch das Bundesvergabegesetz 2002 (BGBl. I 2002/99; kurz BVergG 2002) umgesetzt waren. Doch haben diese materiellen Vergaberichtlinien auch zahlreiche Neuerungen gebracht, die vom BVergG 2002 noch nicht bzw. nicht ausreichend berücksichtigt waren. Österreich war daher verpflichtet, das BVergG 2002 an diese im Jahr 2004 erlassenen Vergaberichtlinien bis spätestens 31.1.2006 anzupassen, was durch das Bundesvergabegesetz 2006 (BGBl. I 2006/17; kurz BVergG 2006) erfolgte. Zahlreiche der im Folgenden aufgezählten Neuerungen des BVergG 2006 haben sohin ihren Ursprung in den materiellen Vergaberichtlinien der Europäischen Union.

Darüber hinaus hat der Gesetzgeber diese europarechtlich gebotene Änderung zum Anlass genommen, bekannte Defizite des BVergG 2002 zu beheben und an neue Anforderungen anzupassen. Ausgehend von einem Evaluierungsverfahren, an dem sich alle interessierten Gruppen (so auch der Städtebund) beteiligten, und einem sogenannten Professoren-Entwurf im Auftrag der Wirtschaftskammer Österreich der Universitätsprofessoren Aicher/Holoubek/Thienel wurde der Entwurf des BVergG 2006 im Herbst 2005 zur Begutachtung versandt. Dieser Begutachtungsentwurf mündete in die Regierungsvorlage zum BVergG 2006 und wurde noch im Verfassungsausschuss des Nationalrats zum vorliegenden BVergG 2006 geändert. Schon die umfangreichen Änderungen, die das BVergG 2006 ausgehend vom Begutachtungsentwurf erfahren hat, und die rege Beteiligung am Begutachtungsverfahren zeigen die Bedeutung, die dem BVergG 2006 entgegengebracht wird. Diese Entwicklungsgeschichte hilft auch, die eine oder andere Regelung besser zu verstehen, und kann in Einzelfällen auch Auslegungshilfe sein. Näheres zu den zitierten Entwürfen ist den Materialien zum BVergG 2006 zu entnehmen.<sup>3</sup> Hingewiesen sei, dass damit die Entwicklung noch nicht abgeschlossen ist. Bereits jetzt wird eine Novelle zum BVergG 2006 intern vorbereitet, die eine Änderung in puncto Pauschalgebühren für Nachprüfungsanträge (trifft nicht die kommunalen Auftraggeber) sowie die Behebung erkannter legislativer Mängel bringen soll.

## 1.2 STRUKTUR BUNDESVERGABEGESETZ 2006

Im Unterschied zum BVergG 2002 regelt das BVergG 2006 sowohl das Vergabeverfahren der öffentlichen Auftraggeber als auch jenes der Sektorenauftraggeber im Detail und verzichtet auf zahlreiche Verweisungen. Dies hat nahezu eine Verdoppelung der Paragraphen zur Folge (von 183 nach dem BVergG 2002 auf 351 nach dem BVergG 2006). In der Praxis hat sich die Anwendung

<sup>1</sup> ABI L 134/114 vom 30.4.2004

<sup>2</sup> ABI L 134/1 vom 30.4.2004

<sup>3</sup> Vgl. [www.parlament.gv.at](http://www.parlament.gv.at)

des BVergG 2006 jedoch vereinfacht. Auftraggeber haben zunächst zu entscheiden, ob sie öffentliche Auftraggeber, Sektorenauftraggeber oder rein private Auftraggeber sind. Öffentliche Auftraggeber können Teil 3 des BVergG 2006 (§§ 163 bis § 290) unberücksichtigt lassen. Sektorenauftraggeber können Teil 2 des BVergG (§§ 3 bis § 162) unberücksichtigt lassen. Für beide Auftraggeberarten gelten darüber hinaus Teil 1 (§ 1 Regelungsgegenstand und § 2 Begriffsbestimmungen), Teil 5 (außerstaatliche kontroll- und zivilrechtliche Bestimmungen) und Teil 6 (Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen) sowie zum Teil die Anhänge I bis XIX.

Öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber, die dem Bundesbereich zuzuordnen sind, unterliegen darüber hinaus dem 4. Teil des BVergG 2006 (§§ 291 bis §§ 334 BVergG 2006; vergabespezifischer Rechtsschutz). Dagegen gilt für öffentliche Auftraggeber/Sektorenauftraggeber, die dem Landes- und Gemeindebereich zuzuordnen sind, nicht dieser Teil 4 des BVergG 2006. Für kommunale Auftraggeber sowie für den Landesbereich gelten die jeweiligen Landesvergabenachprüfungsgesetze, welche derzeit gerade von einzelnen Ländern novelliert werden. D. h., Länder, Gemeinden, Landes- und/oder Gemeindegesellschaften bzw. Gemeindeverbände nach der jeweiligen Gemeindeordnung (nicht jedoch Abwasserverbände nach dem Wasserrechtsgesetz) unterliegen nicht dem 4. Teil des BVergG 2006 (Rechtsschutzregelungen), sondern dem jeweiligen Vergabenachprüfungsgesetz ihres Bundeslandes. Diese Vergabenachprüfungsgesetze werden im Detail im Kapitel 7 dargelegt.

Während das BVergG 2006 mit 1.2.2006 für alle öffentlichen Auftraggeber und Sektorenauftraggeber in Kraft und das BVergG 2002 außer Kraft getreten ist, gelten bis zur Erlassung des jeweiligen Landesnachprüfungsgesetzes, spätestens jedoch bis zum 31.12.2006 folgende Regelungen nicht für die den Ländern und Gemeinden zuzurechnenden öffentlichen Auftraggeber/Sektorenauftraggeber:

- Regelung über den Abschluss von Rahmenvereinbarungen,
- Regelungen über das dynamische Beschaffungssystem und Vergaben im Wege eines wettbewerblichen Dialogs,
- Regelungen über die Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen und
- die Verpflichtung zur Verständigung über das Ausscheiden eines Bieters.

### **1.3 NEUE VERFAHREN, NEUE FRISTEN UND NEUE BEKANNTMACHUNGSVORSCHRIFTEN**

Neben den bereits bekannten Vergabeverfahren sieht das BVergG 2006 nunmehr auch noch folgende Vergabeverfahren unabhängig vom Auftragswert vor:

- Rahmenvereinbarung
- dynamisches Beschaffungssystem und
- wettbewerblicher Dialog.

Eine Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem und mehreren Unternehmen. Ein Auftraggeber kann

aufgrund einer Rahmenvereinbarung innerhalb ihrer Geltungsdauer (maximal 5 Jahre) die Lieferungen/Leistungen, die Gegenstand der Rahmenvereinbarung und des diesbezüglichen Vergabeverfahrens waren, von den Parteien dieser Rahmenvereinbarung ohne neuerliche Bekanntmachung beschaffen. Dem Abschluss der Rahmenvereinbarung kann jedes der allgemein bekannten Vergabeverfahren (offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung oder Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung) vorangehen. Die Rahmenvereinbarung ist eine Art geschlossener Lieferantenliste für eine bestimmte Zeit. Der Auftraggeber ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, Beschaffungen für die Lieferungen/Leistungen, die Gegenstand der Rahmenvereinbarung waren, auf Basis der Rahmenvereinbarung zu beschaffen. Von welchem Partner der Rahmenvereinbarung der Auftraggeber in concreto die Leistung bezieht, hat die Rahmenvereinbarung zu regeln und ist auch Gegenstand des (ersten) Vergabeverfahrens (zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung). Die Rahmenvereinbarung kann ein beschränktes Vergabeverfahren vorsehen, und zwar beschränkt auf die Mitglieder der Rahmenvereinbarung.

Im Gegensatz zur Rahmenvereinbarung ist das dynamische Beschaffungssystem ein vollelektronisches Verfahren und steht für die Dauer des Beschaffungssystems jedermann offen. Interessierte und geeignete Unternehmer können jederzeit Aufnahme in dieses Beschaffungssystem beantragen. Ein dynamisches Beschaffungssystem ist im offenen Verfahren zu errichten. Daran anschließend ist der Auftraggeber berechtigt, Lieferungen/Leistungen, die Gegenstand des dynamischen Beschaffungssystems sind, von den Teilnehmern dieses dynamischen Beschaffungssystems zu beziehen und ausschließlich diese Teilnehmer zur Abgabe eines Angebots einzuladen, freilich nach vorangehender vereinfachter Bekanntmachung im Internet und nochmaligem Aufruf zur Teilnahme am dynamischen Beschaffungssystem mit kurzen Fristen.

Der wettbewerbliche Dialog ist für äußerst komplexe Vergabeverfahren gedacht und ein mehrstufiges Vergabeverfahren, das dazu bestimmt ist, zunächst in einen Dialog zwischen Auftraggeber und Bieter über die zu erbringende technische Lösung zu gelangen und erst danach ein Vergabeverfahren durchzuführen. Während der wettbewerbliche Dialog in der ersten Stufe jedermann offensteht, werden zum eigentlichen Verhandlungsverfahren nur jene Unternehmen eingeladen, die eine geeignete Lösung vorgelegt haben. Gegenstand der Verhandlung sind die jeweils vorgelegten Lösungsansätze, also der von den eingeladenen Bietern jeweils vorgeschlagene Lösungsansatz.

Im Gegensatz zum BVergG 2002 sind öffentliche Auftraggeber/Sektorenauftraggeber nicht mehr verpflichtet, eine Vorinformation bekanntzumachen. Das Instrument der Vorinformation kann jedoch weiterhin genutzt werden, wenn der Auftraggeber eine Fristverkürzung anstrebt. In letzterem Fall kann der öffentliche Auftraggeber/Sektorenauftraggeber eine Verkürzung der Angebotsfrist auf 22 Tage erreichen (anstatt 52 Tagen im offenen Verfahren bzw. 40 Tage im nicht offenen Verfahren), wenn der Auftraggeber zumindest 52 Tage vor Bekanntmachung der Ausschreibung eine Vorinformation gemäß Anhang VIII BVergG 2006 der Kommission übermittelt hat. Auch die Bekanntmachung der Vorinformation hat in der Form des einschlägigen Standardformulars unter Verwendung der CPV-Codes zu erfolgen. Sofern jedoch eine derartige Verkürzung der Angebotsfrist nicht zwingend angestrebt wird, kann sie nunmehr entfallen.

Im Oberschwellenbereich können die Angebots- bzw Teilnahmefristen um 7 Tage verkürzt werden, wenn die Bekanntmachung mittels elektronischer Medien unter Verwendung der vorgegebenen Standardformulare erfolgt. Angebotsfristen im offenen und nicht offenen Verfahren können darüber hinaus um weitere 5 Tage verkürzt werden, wenn die Ausschreibungsunterlagen frei, direkt und vollständig verfügbar gemacht werden, also von einer in der Bekanntmachung anzugebenden Internetadresse unmittelbar abrufbar sind. Diese Fristverkürzungen um 7 und 5 Tage können kumuliert werden, sodass die allgemeine Angebotsfrist im offenen Verfahren von 52 Tagen auf 40 Tage verkürzt werden kann. Auch im Unterschwellenbereich kann die Verwendung elektronischer Medien zur Verkürzung der Angebotsfristen führen; und zwar um 3 Tage, wenn die Ausschreibungsunterlagen ab der Bekanntmachung auf elektronischem Weg frei, direkt und vollständig verfügbar gemacht werden, also auf einer in der Bekanntmachung genannten Internetadresse abrufbar sind.

Die Bekanntmachungen im Oberschwellenbereich haben primär im Onlineverfahren über die Internetseite <http://simap.eu.int> zu erfolgen. Sofern dies nicht möglich ist, sind die Bekanntmachungen entsprechend den vorgegebenen Standardformularen an die E-Mail-Adresse „[mp-ojs@opoce.cec.eu.int](mailto:mp-ojs@opoce.cec.eu.int)“ zu übermitteln, sofern auch eine elektronische Übermittlung nicht möglich ist, hat die Bekanntmachung per Telefax an folgende Nummern zu erfolgen:

+35/2292 94 46 19 oder  
+35/2292 94 46 23 oder  
+35/2292 94 26 70.

Bei der Bekanntmachung ist der Leistungsgegenstand unter Verwendung des sogenannten CPV-Codes zu bezeichnen. Während die dem Bund zugeordneten Auftraggeber (nicht: Städte, Gemeinden und Länder) Bekanntmachungen jedenfalls auch in der Onlineausgabe des amtlichen Lieferanzeigers (Amtsblatt zur Wiener Zeitung) zu veröffentlichen haben<sup>4</sup>, hat die Bekanntmachung der den Ländern bzw. Gemeinden zugeordneten öffentlichen Auftraggeber/Sektorenauftraggeber in dem von der jeweiligen Landesregierung bestimmten Medium zu erfolgen. In diesem Sinn gilt die Publikationsmedienverordnung der Bundesregierung nicht für Länder, Gemeinden, Landes- und Gemeindegeseellschaften. Zu beachten ist die jeweilige Publikationsmedienverordnung der zuständigen Landesregierung.

Details zu Verfahren, Fristen und Bekanntmachungsorgane sind im Kapitel 4 dargestellt.

<sup>4</sup> BGBl. II 300/2006 (kurz Publikationsmedienverordnung 2006)

## 1.4 ENTBÜROKRATISIERUNG DES VERGABEVERFAHRENS

Das BVergG 2006 sieht zahlreiche Erleichterungen für Vergabeverfahren mit niedrigem Auftragswert vor. Zunächst wurden die Subschwellenwerte wie folgt geregelt:

- Direktvergabe jedweder Leistung (unabhängig, ob es sich um geistige Leistungen oder sonstige Leistungen oder Lieferungen handelt) EUR 40.000,-
- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit drei Bietern für Lieferleistungen und Dienstleistungen EUR 60.000,-
- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit drei Bietern für Bauaufträge EUR 80.000,-
- Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung mit fünf Bietern für Lieferungen und Dienstleistungen EUR 80.000,-
- Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung mit 5 Bietern für Bauaufträge EUR 120.000,-
- Weiterhin sieht das BVergG 2006 eine Sonderausnahme für die Vergabe von geistigen Leistungen vor, deren Auftragswert niedriger ist als 50 % des jeweils geltenden EU-Schwellenwerts (das ist derzeit ca. EUR 105.500,-), sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbs aufgrund der Kosten des Beschaffungsvorgangs für den Auftraggeber nicht wirtschaftlich vertretbar ist. D. h.: Die Sonderausnahme für die Vergabe von geistigen Leistungen wurde aufrechterhalten, auch wenn der diesbezügliche Auftragswert gesenkt wurde. Dagegen wurde die bisherige Ausnahme für die Vergabe nicht-prioritärer Leistungen abgeschafft, sodass nunmehr auch nicht-prioritäre Leistungen, die keine geistigen Leistungen sind, mit einem Auftragswert größer als EUR 40.000,- (Schwellenwert Direktvergabe) grundsätzlich nach einem transparenten Verfahren zu vergeben sind.

Im Unterschwellenbereich wurde ein Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung für Liefer- und Dienstleistungen und für Bauaufträge bis zu einem Auftragswert von EUR 350.000,- ermöglicht, und zwar ohne weitere Begründung. Dabei können die Verhandlungen zunächst auf den Bestbieter beschränkt werden, sofern die von allen Bietern zunächst abgegebenen Angebote miteinander vergleichbar sind.

Auch die umfangreichen Dokumentations- und Prüfpflichten gelten für Aufträge mit einem Auftragswert bis zu EUR 120.000,- nur eingeschränkt. So sind die zum Nachweis der Eignung und Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit grundsätzlich einzufordernden Leistungsnachweise (vgl. Kapitel 5) nicht zwingend bei der Vergabe von Liefer-/Dienstleistungen mit einem Auftragswert bis zu EUR 80.000,- und Bauaufträgen bis zu einem Auftragswert von EUR 120.000,- einzufordern, wenn an der Eignung/Leistungsfähigkeit der – meist zum Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung bzw. ohne Bekanntmachung – eingeladenen Bieter keine Zweifel bestehen.

Auch das Erfordernis einer vertieften Angebotsprüfung bzw. das Erfordernis, Bietern die Möglichkeit zur Nachreichung von Unterlagen einzuräumen (die Behebbarkeit von Mängeln zuzulassen), entfällt bei Aufträgen bis zu einem Wert von EUR 120.000,-. Auftraggeber können bis zu einem Auftragswert von EUR 120.000,- die Problematik der Frage, ob ein Mangel behebbar oder unbehebbar und ob ein Angebotspreis angemessen oder nicht angemessen ist, umgehen. Sie können Angebote mit einem Auftragswert von weniger als EUR 120.000,- wegen fehlender Unterlagen ohne weiteres ausscheiden und ein Angebot mit einem Auftragswert bis zu

EUR 120.000,- wegen spekulativer Preisgestaltung bzw. eines unangemessenen Preises ausscheiden, ohne dem Bieter die Möglichkeit zur Aufklärung seines Preises einzuräumen.

Im Unterschwellenbereich gilt die uneingeschränkte freie Wahl des Billigstbieterprinzips. Hat der Auftraggeber die Bekanntgabe von Zuschlagskriterien unterlassen („vergessen“), gilt das Billigstbieterprinzip. Dadurch können Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich noch gerettet werden, die keine Zuschlagskriterien vorsehen. In diesem Fall hat der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung entsprechend dem Kriterium „billigster Preis“ zu treffen.

Im Vergleich zum BVergG 2002 wurde die Stillhaltefrist im Unterschwellenbereich von 14 Tagen auf 7 Tage reduziert. D. h.: Der Auftraggeber muss zwischen der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und der Auftragserteilung nur 7 Tage zu warten. Gleiches gilt auch für den Widerruf. Dies hat für die Bieter eine Reduktion des Rechtsschutzes zur Folge. Bieter sind im Unterschwellenbereich verpflichtet, innerhalb von 7 Tagen einen entsprechenden Nachprüfungsantrag gegen eine ihnen bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung bei der zuständigen Nachprüfungsbehörde einzubringen. Zu beachten ist diese neue Regelung betreffend der Stillhaltefrist auch deshalb, weil nach dem BVergG 2006 nunmehr der Auftraggeber auch verpflichtet ist, in der Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung die Frist bekannt zu geben, innerhalb derer ein Nachprüfungsantrag zu stellen ist.

## 1.5 VERSCHÄRFUNGEN FÜR DEN AUFTRAGGEBER

Verschärft wird vor allem der Rechtsschutz. Auch wenn dieser für öffentliche Auftraggeber/Sektorauftraggeber aus den Ländern und Gemeinden zur Gänze erst bis spätestens 1.1.2007 umzusetzen ist, zeigt das BVergG 2006 eine solche – auch vom Landesgesetzgeber nicht zu vernachlässigende – Verschärfung an. So ist bereits mit Inkrafttreten des BVergG 2006 auch für Auftraggeber aus dem Bereich der Länder und Gemeinden der Widerruf mit Nichtigerklärung bekämpfbar. Auftraggeber sind verpflichtet, vor dem eigentlichen Widerruf allen bekannten Bietern/Bewerbern die Widerrufsentscheidung bekannt zu geben. Auch die öffentlichen Auftraggeber/Sektorauftraggeber dürfen den Widerruf – bei sonstiger Nichtigkeit – nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist (Oberschwellenbereich 14 Tage, Unterschwellenbereich 7 Tage) erklären. Die Widerrufsentscheidung ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Bieter/Bewerber können dadurch die Beendigung eines Vergabeverfahrens gegen ihren Willen verhindern und – als Bestbieter – die Auftragserteilung zu ihren Gunsten erzwingen.

Das BVergG 2006 sieht erstmals ein wirksames Rechtsmittel gegen unzulässige Direktvergaben bzw. Verhandlungen mit einem Bieter ohne Bekanntmachung vor. Derartige Direktvergaben bzw. Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit einem Bieter können auf Antrag eines übergangenen Bieters binnen 6 Monaten ab Vertragsabschluss von der jeweiligen Vergabekontrollbehörde für nichtig erklärt werden. Auftraggeber, die offenkundig Verpflichtungen zur Durchführung eines Vergabeverfahrens mit mehreren Bietern vernachlässigt haben, setzen sich damit dem zusätzlichen Risiko der Nichtigerklärung des solcherart abgeschlossenen Auftrages aus; dies in Ergänzung zu allfälligen Schadenersatzforderungen und eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen Österreich. Details zu den Verschärfungen im Bereich des Rechtsschutzes siehe Kapitel 7.



Nunmehr ist auch die Ausscheidungsentscheidung eine anfechtbare Entscheidung. Öffentliche Auftraggeber/Sektorenauftraggeber sind nunmehr verpflichtet, unverzüglich eine Ausscheidungsentscheidung dem betroffenen Bieter unter Bekanntgabe der Gründe der Ausscheidungsentscheidung bekannt zu geben. Dies gilt bis zum 31.12.2006 jedoch noch nicht für Auftraggeber im Bereich der Gemeinden/Länder.

Auftraggebern/Sektorenauftraggebern ist es nunmehr unmöglich, Subunternehmer nur für bestimmte Leistungen zuzulassen bzw. zu fordern, dass „wesentliche Leistungsteile“ vom Auftraggeber selbst auszuführen sind. Eine derartige Beschränkung des Rechts, Dritte in die Auftragserfüllung einzubinden, widerspricht dem Gemeinschaftsrecht und ist unzulässig. Zulässig ist dagegen die Forderung, dass derartige Subunternehmer bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe/Abgabe der Teilnahmeunterlagen eine entsprechende Erklärung abgegeben haben, wonach sie im Auftragsfall dem Bieter zur Verfügung stehen (Verfügbarkeitserklärung/Subunternehmererklärung). Fehlt eine derartige Erklärung, ist der Bieter auszuschneiden, sofern er nicht selbst imstande/befugt ist, die angebotene Leistung zu erbringen.

Bei der Leistungsbeschreibung und der Vertragsgestaltung ist der öffentliche Auftraggeber/Sektorenauftraggeber gehalten, sich an den bestehenden standardisierten Leistungsbeschreibungen/geeigneten Leitlinien (z. B. ÖNORMEN) zu orientieren, wie z. B. bei Bauausschreibungen an die ÖNORM B 2110. Öffentliche Auftraggeber/Sektorenauftraggeber, die von bestehenden anerkannten Leitlinien/Standards abweichen, haben dies zu begründen und im Fall der Aufforderung durch den Bieter die Begründung zu übermitteln.

Die Möglichkeit, Kosten für die Ausschreibungsunterlagen zu fordern, wurde erheblich eingeschränkt. Nunmehr darf für Ausschreibungsunterlagen nur in offenen Verfahren der Ersatz der Kosten gefordert werden, wenn dies begründet werden kann. Weiterhin können lediglich die tatsächlichen Vervielfältigungskosten und Versandkosten gefordert werden, nicht jedoch ein allgemeiner Deckungsbeitrag für die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen.

## 1.6 SONSTIGE WESENTLICHE NEUERUNGEN

Die Definition der Sektorenauftraggeber bzw. der Sektorentätigkeit wurde aufbauend auf den entsprechenden Vergaberichtlinien geändert. Nunmehr zählen auch Postdienstleistungen als Sektorentätigkeit. Für Sektorenauftraggeber ist die Grenze der Direktvergabe mit EUR 60.000,- festgesetzt. Im Unterschwellenbereich gelten für Sektorenauftraggeber keine bestimmten Fristen. Sie müssen lediglich angemessen festgesetzt sein. Sektorenauftraggeber können auf den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen bis zum Auftragswert von EUR 250.000,-, bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis zum Auftragswert von EUR 150.000,- verzichten, wenn keine Zweifel am Vorliegen der Eignung des Bieters bestehen. Darüber hinaus sind die Regelungen für Ausschreibungsbestimmungen im Unterschwellenbereich erheblich reduziert.

Die elektronische Auftragsvergabe wurde nunmehr durchgehend geregelt und zugelassen. Der Auftraggeber hat vorab zu klären, ob eine elektronische Angebotsabgabe zulässig ist oder nicht.

Im Zweifel ist eine solche Angebotsabgabe unzulässig. Im Übrigen hat der Auftraggeber die Fragen zu beantworten, wie der Informationsaustausch zwischen Auftraggeber und Bieter zu erfolgen hat und Unterlagen zu ermitteln sind. Das Verfahren der elektronischen Auktion wurde nunmehr nicht als gesondertes Verfahren vorgesehen, sondern als Verfahren im Rahmen der übrigen Vergabeverfahren. Die elektronische Auktion kann nunmehr unabhängig von dem Auftragswert des zur Vergabe gelangenden Auftrages zur Anwendung gelangen, z. B. bei einer Rahmenvereinbarung bzw. im Anschluss an das Verhandlungsverfahren. In diesem Sinn kann ein offenes Verfahren in Form einer elektronischen Auktion geführt werden, d. h. das Angebot ist elektronisch abzugeben und nach den Auktionsbedingungen entsprechend veränderbar. Auch Rahmenvereinbarungen können im Wege einer elektronischen Auktion abgeschlossen werden.

Zulässig ist nunmehr, dass öffentliche Auftraggeber Lieferungen/Leistungen von zentralen Beschaffungsstellen direkt beschaffen, also ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens, sofern diese zentrale Beschaffungsstelle selbst die Lieferungen/Leistungen zum Gegenstand eines Vergabeverfahrens machen. Parallel zum BVergG 2006 wurde auch das Bundesbeschaffungs-GmbH-Gesetz dahin geändert, dass nunmehr auch Auftraggeber, die den Ländern und Gemeinden zugeordnet sind, Lieferungen/Leistungen bei der Bundesbeschaffungs-GmbH beziehen können. Die Bundesbeschaffungs-GmbH ist eine zentrale Beschaffungsstelle, sodass auch Gemeinden, Länder und die ihnen zugeordneten sonstigen Auftraggeber/Sektorenauftraggeber Lieferungen/Leistungen bei der Bundesbeschaffungs-GmbH beziehen können, ohne dass sie selbst ein eigenes Vergabeverfahren durchführen müssen. Diese Möglichkeit beschränkt sich jedoch lediglich auf bestimmte Liefer- und Dienstleistungen, die die Bundesbeschaffungs-GmbH selbst zum Gegenstand eines Vergabeverfahrens gemacht hat. Bauleistungen können nicht von der Bundesbeschaffungs-GmbH bezogen werden. Im Wesentlichen reduziert sich der Einsatzbereich der Bundesbeschaffungs-GmbH auf standardisierbare Lieferungen und Leistungen, die die Bundesbeschaffungs-GmbH im Vorfeld beschreiben kann und die einzelne Auftraggeber einfach abrufen können. Sobald Leistungen jedoch nicht standardisierbar sind und auf einzelne Auftraggeber zugeschnitten werden müssen, wird die Beschaffung über die Bundesbeschaffungs-GmbH aus rein „kaufmännisch-technischen“ Gründen nicht möglich sein.

Aufträge können nunmehr geschützten Werkstätten oder integrativen Betrieben vorbehalten werden. D. h., Auftraggeber können bestimmte Vergabeverfahren auf geschützte Werkstätten und integrative Betriebe einschränken, dürfen jedoch nicht einzelne geschützte Werkstätten gegenüber anderen geschützten Werkstätten bevorzugen.

Nicht-prioritäre Dienstleistungen sind – so eine Direktvergabe nicht möglich ist (bis EUR 40.000,-) – grundsätzlich entsprechend dem Transparenzgebot, Diskriminierungsverbot und Gleichbehandlungsgebot zu vergeben. Daraus folgt, dass nunmehr auch nicht-prioritäre Dienstleistungen, die keine geistigen Leistungen sind, grundsätzlich ab einem Auftragswert von mehr als EUR 40.000,- unter Beachtung des Gebots der neutralen Leistungsbeschreibung, Gleichbehandlungsgebot und vorangehender Bekanntmachung zu vergeben sind. Im Oberschwellenbereich sind vergebene Aufträge binnen 48 Tagen ab Abschluss dieses Vertrages dem EU-Amtsblatt bekannt zu machen.

Für Dienstleistungskonzessionsverträge gilt eine Regelung vergleichbar zu der Regelung für nicht-prioritäre Dienstleistungen. Dienstleistungskonzessionen (z. B. Auftrag zur Erbringung von öffentlichen Verkehrsdiensten mit dem Recht, selbst Einnahmen zu erzielen) sind ab einem Auftragswert von mehr als EUR 40.000,- grundsätzlich unter Beachtung des Gebots der neutralen Leistungsbeschreibung, Gleichbehandlungsgebot und vorangehender Bekanntmachung zu vergeben.

Alternativangebote können ohne weiters ausgeschlossen werden. Daneben hat das BVergG 2006 eine weitere Kategorie für abweichende Angebote eingeführt, nämlich „Abänderungsangebote“. Dabei soll es sich um Angebote handeln, die nur geringfügig und unwesentlich vom ausgeschriebenen Leistungsgegenstand abweichen. Die Grenze zwischen Abänderungsangebot und Alternativangebot lässt sich jedoch nur schwer festmachen, sodass öffentlichen Auftraggebern/Sektorauftraggebern empfohlen wird, sich entweder für die Zulassung von technischen Alternativangeboten und Abänderungsangeboten zu entscheiden oder sowohl technische Alternativen als auch Abänderungsangebote auszuschließen.

Die Zuschlagsfrist beträgt weiterhin ein Monat, sofern nichts Gegenteiliges bestimmt ist. Die Auftraggeber sind jedoch nunmehr ausdrücklich berechtigt, die Zuschlagsfrist mit Zustimmung der betroffenen Bieter zu erstrecken.

# Kapitel 2

## **ANWENDUNGS- BEREICH VERGABERECHT**

## 2.1 ÖFFENTLICHE AUFTRAGGEBER UND SEKTORENAUFTRAGGEBER

### 2.1.1 Öffentliche Auftraggeber

Öffentliche Auftraggeber sind unzweifelhaft Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände. Darüber hinaus sind auch Einrichtungen öffentliche Auftraggeber, die

- zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind,
- zumindest teilrechtsfähig sind und
- von einem öffentlichen Auftraggeber beherrscht oder überwiegend finanziert werden.

Nur wenn alle diese drei Kriterien zutreffen, ist eine (ausgegliederte) Einrichtung ein öffentlicher Auftraggeber. Vor allem ist zu prüfen, ob eine Gemeindeeinrichtung unter anderem – d. h. auch nur zu einem geringfügigen Teil! – eine im Allgemeininteresse gelegene Aufgabe erfüllt, für die es faktisch kaum einen Wettbewerb gibt und kaufmännische Zielrichtungen untergeordnet sind. Zu beachten ist auch, wer das wirtschaftliche Risiko trägt. In der Regel wird jedoch zu vermuten sein, dass eine von einer Gemeinde beherrschte „GmbH“ ein öffentlicher Auftraggeber ist, wenn diese „GmbH“ nicht ausschließlich gewerbliche Leistungen wie Privatpersonen erbringt. Folgende Gemeindeeinrichtungen, die in Form eines eigenen Rechtsträgers betrieben werden (z. B. GmbH), sind in der Regel öffentliche Auftraggeber: Müllsammeleinrichtungen, Schwimmbadbetreiber, Kanalbetreiber, Kläranlagenbetreiber, Betreiber sozialer Wohnbaueinrichtungen, für die die Gemeinde eine Ausfallhaftung übernommen hat.<sup>5</sup>

### 2.1.2 Auftraggeber, die zur Anwendung des BVergG zu verpflichten sind

Unabhängig davon, ob eine Einrichtung/Person ein öffentlicher Auftraggeber im Sinn der obigen Definition ist, haben Personen/Einrichtungen unter folgenden Umständen zumindest die Grundsätze des BVergG 2006 zu beachten:

- Wenn Auftraggeber im Oberschwellenbereich Bauaufträge im Sinne des Anhangs I oder Dienstleistungsaufträge in Verbindung mit solchen Bauaufträgen (das sind vor allem Architekten- und Planungsleistungen) zu mehr als 50 % direkt subventionieren, so gelten bei der Vergabe dieser Bau- und Dienstleistungsaufträge die Bestimmungen des BVergG 2006 für klassische Auftraggeber (also Teil 1, 2, 4 bis 6 BVergG 2006).
- Wenn ein Auftraggeber eine Baukonzession an eine Einrichtung/Person vergibt, die kein öffentlicher Auftraggeber ist, hat dieser Baukonzessionär bei der Vergabe von Bauaufträgen an Dritte (das sind nicht verbundene Unternehmen und auch nicht bereits im Konzessionsverfahren genannte Subunternehmer des Baukonzessionärs) bestimmte Bedingungen des BVergG 2006 (im Wesentlichen Vergabegrundsätze, allgemeine Vorschriften und Rechtsschutz) zu beachten.

<sup>5</sup> Der EuGH hat nunmehr vor mehr als 2 Jahren in der Rechtssache C-237/99 entschieden, dass französische Sozialwohnungseinrichtungen öffentliche Auftraggeber sind.

- Wenn ein öffentlicher Auftraggeber besondere oder ausschließliche Rechte zur Ausführung einer Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereichs an eine „private“ Einrichtung/Person vergibt (z. B. Aufgaben im Bereich der sozialen Dienste), hat dieser Rechtsakt über die Zuerkennung dieses ausschließlichen/besonderen Rechts darauf hinzuweisen, dass diese private Person bei der Vergabe von Lieferaufträgen im Rahmen dieser Tätigkeit den Grundsatz der Nichtdiskriminierung zu beachten hat. Anders als bei vorangenannten Fällen gilt jedoch nicht die Regelung über den vergabespezifischen Rechtsschutz. Die Geltung des Gebots der Nichtdiskriminierung ist zivilrechtlich zu verankern. Zivilgerichte haben über dessen Einhaltung zu entscheiden.

### 2.1.3 Sektorenauftraggeber

Neben dem klassischen öffentlichen Auftraggebern unterliegen auch öffentliche Unternehmen (Beherrschung durch öffentliche Hand) und private Unternehmen, die mit besonderen oder ausschließlichen Rechten ausgestattet sind, insoweit dem BVergG 2006, als sie eine oder mehrere der folgenden Tätigkeiten (= Sektorentätigkeiten) ausüben und hierfür eine Beschaffung durchführen:

- für die öffentliche Trinkwasser-, Strom-, Gas- oder Wärmeversorgung im weitesten Sinn sorgen (ein diesbezügliches Netz bereitstellen bzw. diese Leistungen erzeugen, in öffentliche Netze einspeisen, befördern oder verteilen) oder
- öffentliche Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit der Straßenbahn, mit Bus, Oberleitungsbussen oder Kabel erbringen, d. h. durch Verkehrsnetze bereitstellen und/oder Verkehrsleistungen anbieten oder
- Postdienste erbringen oder
- Nutzung geografisch begrenzter Gebiete zum Aufsuchen/Fördern von Erdöl, Gas, Kohle und anderen festen Brennstoffen oder
- Bereitstellung von Häfen, Flughäfen und Verkehrseinrichtungen im Luft-, See- und Binnenschiffverkehr.

Im Wesentlichen unterliegen Einrichtungen der kommunalen Wasser- und Energieversorgung den etwas flexibleren Vergaberegeln des BVergG 2006. Denkbar sind auch kommunale/städtische Verkehrsbetriebe oder kommunale/städtische Fernwärmeanlagen.

Soweit öffentliche Unternehmen oder mit ausschließlichen/besonderen Rechten ausgestattete private Unternehmen die oben aufgezählten Sektorentätigkeiten erbringen, unterliegen sie den im Teil 1 und 3 geregelten Vergaberechtsbestimmungen sowie dem Vergaberechtsschutz vor den jeweiligen Kontrollbehörden, wie dies in den Vergabenachprüfungsgesetzen geregelt ist, und Teil 5 und Teil 6 des BVergG 2006. Anders als das BVergG 2002 sieht Teil 3 des BVergG 2006 keine Verweisungen auf die Regelungen des Teils 2 vor. Sektorenauftraggeber können sich daher auf Teil 1 und Teil 3 des BVergG 2006 beschränken.

## 2.2 WELCHE MASSNAHMEN SIND VOM VERGABERECHT ERFASST?

Das BVergG 2006 regelt jedes Beschaffungsvorhaben, sofern § 10 BVergG 2006 keine Ausnahme bestimmt. Die Qualifikation eines zur Vergabe anstehenden Auftrages richtet sich nach seinem Gegenstand und der Form des Entgelts. Bei Mischverträgen, die zum Teil aus prioritären, zum Teil aus nicht-prioritären und zum Teil aus Lieferaufträgen bestehen, gelten die Vergaberegeln jenes Teils, dessen geschätzter Auftragswert der höhere ist.

Die Unterscheidung zwischen normalen Aufträgen und sogenannten Konzessionsaufträgen richtet sich danach, ob der Auftragnehmer neben dem üblichen Leistungsrisiko auch noch das Verwertungsrisiko seiner Leistung trägt. Erhält der Auftragnehmer – wie in den meisten Fällen – eine seine Kosten deckende Zahlung, liegt ein normaler Auftrag vor. Erhält er dagegen das Recht, seine Leistung selbst zu verwerten und von Dritten in diesem Zusammenhang Einnahmen zu erzielen, spricht man von einer Konzession. Konzessionen sind denkbar im Zusammenhang mit Infrastrukturprojekten (z. B. Autobahnen), der Revitalisierung von Gebäuden, der Müllsammlung und dem Betrieb eines Schwimmbads. Vorteile einer Konzession sind die relativ flexiblen Vergaberegeln und – aus haushaltsrechtlicher Sicht – dass nicht der Auftraggeber (Gemeinde) das Risiko der Deckung eines allfälligen Betriebsabgangs zu tragen hat.

Nicht erfasst sind die Verwertung oder der Verkauf von Rechten und Gegenständen des öffentlichen Auftraggebers. Nicht erfasst sind auch die Vergabe von Förderungen. Der Verkauf, die Verwertung von Rechten und die Vergabe von Förderungen haben aber entsprechend den haushaltsrechtlichen Vorschriften und vor allem entsprechend den EG-Beihilfenvorschriften (Art. 87 ff. EGV) zu erfolgen. Soll der Vorwurf vermieden werden, dass im Zusammenhang mit dem Verkauf eines Rechts (z. B. Liegenschaft) eine Beihilfe im Sinn des EGV erteilt wird, empfiehlt sich ein öffentliches Verwertungsverfahren, für das freilich nicht das BVergG 2006 gilt.

Auch wenn das BVergG 2006 für jede Art der Beschaffung gilt, gelten je nach Art des Auftrags unterschiedliche Bestimmungen:

- strenge Vergaberegeln für Bau- und Lieferaufträge sowie prioritäre Dienstleistungsaufträge (sie werden in dieser Schriftenreihe näher beschrieben; vgl. auch Punkt 9.1);
- flexible Sonderregeln für Baukonzessionen (geregelt sind: Bekanntmachung, Grundsätze, Rechtsschutz und Sonderregeln [§§ 142 bis 145 BVergG 2006]);
- vereinzelte Bestimmungen für nicht-prioritäre Dienstleistungen (geregelt sind: Grundsätze, Rechtsschutz, neutrale Leistungsbeschreibung [§ 141 BVergG 2006]);
- wenige Regeln für Dienstleistungskonzessionen (geregelt sind: öffentliche Bekanntmachung und Einhaltung der Vergaberechtsgrundsätze, nicht aber Rechtsschutz [§ 11 BVergG 2006]).

Der Begriff „Bauftrag“ ist funktionell und äußerst weit. Jedwede Bauleistung/jedwedes Bauwerk, das auf Veranlassung eines Auftraggebers und unter vorwiegender Finanzierung des Auftraggebers errichtet wird, ist vom Begriff „Bauftrag“ erfasst. Bei einer „Baukonzession“ liegt das Risiko der Verwertung des Bauwerks beim Auftragnehmer und Konzessionär. Das Bauwerk wird durch die Zahlung von Nutzungsentgelten von dritter Seite (nicht ausschließlich durch den Auftraggeber) finanziert. In diesem Sinn sind Bauaufträge entgeltliche Aufträge, die zum Gegenstand haben:

- die Ausführung der in Anhang I BVergG 2006 aufgezählten Tätigkeiten; das sind typische Bautätigkeiten wie z. B. Abbruch von Gebäuden, Erdbewegungsarbeiten, Hochbau, Brückenbau, Tunnelbau, Straßenbau, Dachdeckerarbeiten, Zimmererarbeiten, Elektroinstallationen, Schall-Wärmeschutz, Installateur, Bautischler, Fliesenleger, Maler, Glaserer,
- die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauvorhaben im Zusammenhang mit den in Anhang I genannten Tätigkeiten,
- die Ausführung eines Bauwerks (z. B. Errichtung eines Amtsgebäudes/Kläranlagen/Schwimmbads) oder
- die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den Vorgaben/Erfordernissen des Auftraggebers, unabhängig von den gewählten Mitteln. Diese Definition des Bauauftrags stellt auf alle Bauträger/Immobilien-Leasingverträge ab, in deren Rahmen der Auftraggeber ein Gebäude vorgibt, der Investor/Bauherr möglicherweise aber eine private Gesellschaft ist.

Lieferaufträge sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder Ratenkauf von Waren einschließlich von Nebenarbeiten, wie Installation dieser Waren, ist. Oftmals gilt es zwischen Lieferauftrag und Bauauftrag zu unterscheiden. Anlagenteile, die mit dem Bauwerk fest verbunden werden, d. h. die nicht ohne erhebliche Beschädigung entfernt werden können, gelten als „Bauftrag“. In diesem Sinn gilt als Bauauftrag unter anderem die Lieferung von Telekommunikationseinrichtungen und maschinentechnische Einrichtungen für Kläranlagen.

Dienstleistungsaufträge sind entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge zum Gegenstand haben und deren Gegenstand in den Anhängen III oder IV des BVergG 2006 erfasst sind. Im Einzelnen vgl. dazu Punkt 2.3.

Für die Zuordnung von Aufträgen zu den diversen „Auftragsarten“ sind vor allem der CPC-Code für Dienstleistungen und der NACE-Code für Bauleistungen wesentlich. Auf der Website „simap-eu.int“ finden sich eine aktuelle CPC-Liste und unter anderem folgende weitere vergaberechtlich relevanten Codes: CPV-Code, NACE-Code, NUTS-Code sowie Tabelle der Übereinstimmungen zwischen Dienstleistungskategorien, CPC-Code und CPV-Code. In Anbetracht dieser zahlreichen Codes ist nochmals hervorzuheben, dass der CPC-Code für die Auslegung der Dienstleistungskategorien von primärer Bedeutung ist. Der NACE-Code hat bei der Auslegung des Anhangs I (Bauleistungen) Vorrang vor dem CPV-Code.

## 2.3 PRIORITÄRE VERSUS NICHT-PRIORITÄRE DIENSTLEISTUNGEN

Bei Dienstleistungsaufträgen wird zwischen prioritären Dienstleistungen und nicht-prioritären Dienstleistungen unterschieden. Für prioritäre Dienstleistungen gelten die strengen Regeln des BVergG 2006 (vgl. dazu Punkt 3, 4, 5 und 6), wohingegen nicht-prioritäre Dienstleistungen geringen Beschränkungen unterliegen. Für letztere gelten folgende Bestimmungen (vgl. § 141 BVergG 2006):

- Vergabegrundsätze einschließlich Transparenzgebot,
- richtige Wahl der Vergabeverfahrensart,



- Bekanntmachung der zu vergebenden Leistungen, sofern Direktvergabe oder Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung unzulässig ist,
- Verbot diskriminierender Spezifikationen und Gebot der Absendung einer Zuschlagsentscheidung an alle Bieter unter Beachtung einer Sperrfrist,
- Bekanntmachung vergebener Aufträge im Oberschwellenbereich,
- vergabespezifischer Rechtsschutz (4. bis 6. Teil BVergG 2006).

Jede Dienstleistung ist entweder der Kategorie der prioritären oder der nicht-prioritären Dienstleistungen zuzuordnen, eine dritte Kategorie eines Dienstleistungsauftrags gibt es nicht. Setzt sich die auszuschreibende Dienstleistung aus mehreren Dienstleistungen zusammen, die sowohl prioritärer als auch nicht-prioritärer Natur sind (Mischaufträge), kommt es darauf an, welche Dienstleistungsteile, (die prioritären oder die nicht-prioritären Dienstleistungen) wertmäßig überwiegen. Es kommt nicht auf einen – möglicherweise im Vordergrund stehenden – Hauptgegenstand des Auftrags an. In diesem Sinn kann die Krankentransportbeförderung mit Sanitärer letztlich eine prioritäre Dienstleistung (Transportleistung) sein, auch wenn die Sanitärerdienstleistung im Vordergrund steht. Umgekehrt kann die Übersiedlung von Büromöbeln eine nicht-prioritäre Dienstleistung sein, wenn darüber hinaus auch Lager- und Umladedienste zu erbringen sind. Bei derartigen Mischaufträgen sind somit alle Dienstleistungselemente auf die Ebene der CPC-Codes herunterzubrechen und ein jeder Auftragsteil zu bewerten. Überwiegen danach die Elemente, die der nicht-prioritären Dienstleistungskategorien zuzuordnen sind, gelten die Bestimmungen für nicht-prioritäre Dienstleistungen für den gesamten Auftrag.

Die prioritären Dienstleistungen sind im Anhang III zum BVergG 2006 und die nicht-prioritären Dienstleistungen im Anhang IV zum BVergG 2006 aufgezählt (vgl. Punkt 9.1). Zu beachten sind die zu jeder verbalen Beschreibung aufgelisteten CPC-Referenznummern. Soweit nicht einmal einzelne Dienstleistungselemente, aus denen sich eine Dienstleistung zusammensetzt, in der CPC-Liste aufgezählt sind, handelt es sich um eine nicht-prioritäre Dienstleistung (Kategorie 27 sonstige Dienstleistungen).

Folgende wesentliche *prioritäre* Dienstleistungen seien beispielhaft erklärt:

- Instandhaltung und Reparatur erfassen Instandhaltungs- und Reparaturarbeiten von Kraftfahrzeugen, Haushaltsgütern, wie z. B. Küchengeräte, Reparatur von Textilien, Fahrzeugwäsche, Reparatur von Möbel, Radio und Fernseher, Maschinen und Instrumente.
- Landtransporte, ausgenommen solche mit Schienenverkehrsfahrzeugen, erfassen insbesondere Kurierdienste, Taxidienstleistungen, Mietwagendienstleistungen, städtische/innerstädtische Beförderung per Bus oder Straßenbahn und Bustransporte, wie z. B. Schulbustransporte.
- Finanzdienstleistungen einschließlich Versicherungsleistungen und Leistungen von Pensionskassen, Feuer- und sonstige Vermögensschadensversicherungen, Haftpflichtversicherungen und Versicherungsbrokern.

Ausgenommen sind Finanzdienstleistungen im Zusammenhang mit Wertpapiertransaktionen oder sonstigen Finanzinstrumenten und Kredit- bzw. Darlehensaufnahmen und vor allem Finanzdienstleistungen, die im Zusammenhang mit der Geld- und Kapitalbeschaffung öffentlicher Auftraggeber/Sektorenauftraggeber stehen. Dazu zählen vor allem Darlehensaufnahmen der Gemeinden.

- Telekommunikationsleistungen erfassen vor allem alle Fernsprechkundendienstleistungen, Telexdienste, Funkrufdienste, Mobilfunkdienste und Satellitenkommunikationsdienstleistungen, Datennetzwerkdienstleistungen, Fernsprechkundendienstleistungen im Zusammenhang mit lokalen, regionalen und ausländischen Telefonaten, Telekommunikation innerhalb eines „Firmennetzwerks“.
- Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten sind Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der Installation einer Computerhardware, Softwareimplementierungsleistungen, Softwareprogrammierung, Softwareanalyse und -wartung und Softwareberatungsleistungen, Datenbankleistungen, Wartung und Service der Hardware und Datenverarbeitungsdienstleistungen (Rechenzentrumsleistungen).
- Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten erfassen Unternehmensberatungsdienstleistungen im weitesten Sinn, wie z. B. allgemeine Managementberatungsleistungen, Finanzmanagementdienstleistungen, Marketingmanagementleistungen, Personalberatungsdienstleistungen, Produktmanagementdienstleistungen, PR-Dienstleistungen und sonstige Beratungsleistungen.
- Architektur-, technische Beratungs- und Planungsdienstleistungen erfassen alle Ingenieurleistungen, technischen und architektonischen Beratungs- und Planungsdienstleistungen, Stadt- und Landschaftsplanungsdienstleistungen, Vermessungsdienstleistungen, geologische Dienstleistungen, chemische, biologische und sonstige Analyse- und technische Leistungen.
- Werbedienstleistungen erfassen Ankauf von Werbeflächen, Werberaum und -zeit in Zeitungen, Zeitschriften und Fernsehprogrammen, Werbeagenturleistungen.
- Gebäudereinigung, Reinigung von Schulen, Büroreinigung und Hausverwaltung erfassen im Wesentlichen das sogenannte „Facility-Management“.
- Abfall- und Abwasserbeseitigungsdienstleistungen erfassen insbesondere die Abwasserbeseitigung und -behandlung, Strandreinigung, Stadtreinigung, Parkplatzreinigung, Reinigung von Klärgruben und Faulbecken, Entleerung von Klärgruben und Faulbecken, Reinigung von Abwasserkanälen, Verwaltung von Kanalisationsnetz und Abwasseranlagen, Müllentsorgung, Müllabfuhr, Einsammeln von kommunalem Müll, wie z. B. Altpapiersammlung, Müllbehandlung, Hausmüllbeseitigung, Beseitigung von Kommunalmüll, Müllverbrennung, Aschenbeseitigung, Aufbereitung und Entsorgung von flüssigen Abfällen, Sondermülldienstleistungen, Dienstleistungen für verseuchten Boden, Abtragen, Beseitigung und Sanierung von verseuchtem Boden, Einsammlung, Beseitigung von Krankenhausabfällen, Schlammverarbeitung, Schlamm-beseitigung, Schlammförderung, Straßenreinigung, Straßenkehrdienste, Schneeräumung,

Glatteisbekämpfung, Erstellung von Umweltverträglichkeitsstudien, Umweltüberwachungssysteme, Emissionsmessungen und die Abfallsammlung und -verwertung, wie z. B. Verbrennung oder Recycling.

Folgende *nicht-prioritäre* Dienstleistungen seien beispielhaft erklärt:

- Dienstleistungen der Gaststätten und des Beherbergungsgewerbes erfassen Dienstleistungen von Hotels, Campingplätzen, Dienstleistungen von Kinderferienlagern, Vermietung von möblierten Unterkünften für Kurzaufenthalte, Dienstleistungen in Verbindung mit Schlafwagen, Dienstleistungen von Frühstückspensionen, Restaurant mit Bedienung, Lieferung von Schulmahlzeiten, Verpflegungsdienst für Privathaushalte, Essen auf Rädern, Verpflegungsdienste für sonstige Unternehmen oder andere Einrichtungen, Betrieb von Kantinen und öffentlichen und nicht öffentlichen Restaurants.
- Eisenbahnverkehrsdienstleistungen erfassen die Personenbeförderung per Bahn, Gütertransport per Bahn, Postbeförderung per Bahn und Personenbeförderung per Bahn innerhalb von Städten einschließlich U-Bahnen (nicht aber per Straßenbahnen).
- Dienstleistungen der Schifffahrt erfassen Personenbeförderung zu Wasser, Fährtransporte und Güterbeförderung zu Wasser.
- Die Dienstleistungen der Neben- und Hilfstätigkeiten des Verkehrs erfassen keine Verkehrsleistungen. Diese sind gesondert geregelt (vgl. Dienstleistungen Landverkehr, Dienstleistung Postbeförderung, Dienstleistung mit Eisenbahnen und Schifffahrt). Dagegen erfasst diese Kategorie Dienstleistungen, wie z. B. Lagerung und Lagerhaltung, Gepäckabholdienste, Passagiergepäckabfertigung, Containerumschlag, Frachtumschlag und -lagerung, Lagerung, Betrieb von Straßen, Betrieb von Zahlstellen von Straßenbenutzungsgebühren, Betrieb von Brücken und Tunneln, Betrieb von Busbahnhöfen, Betrieb von Parkplätzen und Parkhäusern, Betrieb von Brückenwaagen, Dienstleistungen von Reisebüros und ähnlichen Diensten, Reiseveranstaltern, Touristeninformation, Dienstleistungen von Reiseführern und Logistikdienste.
- Rechtsberatung erfasst die Vertretung vor Gericht, sonstigen gerichtähnlichen Einrichtungen, wie z. B. vergabespezifischen Kontrolleinrichtungen, Erstellung von Dokumenten und die Beratung in rechtlichen Angelegenheiten.
- Dienstleistungen der Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung erfassen sowohl die Vermittlung von Arbeitskräften einschließlich Büropersonal und Zeitarbeitskräften als auch die Zurverfügungstellung von Arbeitskräften (Krankenschwestern, Haushaltspersonal, Büropersonal oder Arbeiter) sowie Headhunting-Dienstleistungen.
- Auskunfts- und Schutzdienste (ohne Geldtransport) erfassen Dienstleistungen von Detektiven, Sicherheitsberatung, Bewachung, Kontrolle und Wartung von Alarmanlagen.
- Dienstleistungen des Unterrichtswesens und Berufsausbildung erfassen den Grundschulunterricht, den Vorschulunterricht, Unterricht im Sekundarbereich, Unterricht in technischen

und berufsbildenden, weiterführenden Schulen, Unterricht für Behinderte, Dienstleistungen von Hochschulen, Jugendbildung, Ausbildung in medizinischen Bereichen, Ausbildung im Bereich Sicherheit, Sonderausbildung, Erwachsenenbildung und sonstiger Unterricht, Ausbildung in Fahrschulen, Ausbildung des Personals, Managementausbildung, Computerkurse, Ausbildung in Gesundheitsschutz und Erster Hilfe, Ausbildung in der Persönlichkeitsentwicklung, Veranstaltung von Sprachkursen.

- Dienstleistungen im Bereich des Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesens erfassen insbesondere Dienstleistungen von Krankenhäusern, ärztliche Versorgung in Krankenhäusern, Rehabilitationsmaßnahmen im Krankenhaus, psychiatrische Versorgung im Krankenhaus, Unterstützung von Krankenhäusern, Lieferung von Bettwäsche für Krankenhäuser, Dienstleistung von Arztpraxen, praktischen Ärzten, Fachärzten, Chirurgen, Zahnärzten, Dienstleistungen von Hebammen, Dienstleistungen von Krankenpflegepersonal, medizinische Hausbehandlung, Dialyседienste, Beratungsleistungen von Krankenpflegepersonal, Psychotherapiedienste, Homöopathische Versorgung, Dienstleistungen von medizinischen Laboratorien, Dienstleistungen von Blutbanken, betriebliche Gesundheitsvorsorge, Dienstleistungen im pharmazeutischen Bereich, Altenfürsorgeleistungen, Behindertenfürsorgeleistungen, Kinder- und Jugendfürsorgeleistungen, Dienstleistungen der Sozialfürsorge ohne Unterbringung, Betreuung in Tagesstätten, Betreuung von Behinderten in Tagesstätten, Familienplanung, nicht in Heimen erbrachte Fürsorgeleistungen, Rehabilitation, berufliche Wiedereingliederung, Dienstleistung im Sozialwesen, kommunaler Gesundheitsdienst.
- Dienstleistungen im Bereich Erholung, Kultur und Sport erfassen u. a. Dienstleistungen im Bereich Film und Videofilm, Herstellung von Werbe-, Reklame-, Informations- und Videofilm, Herstellung von Werbefilmen, Herstellung von Informationsvideofilmen, Verleih von Filmen und Videofilmen, Filmvorführung, Dienstleistungen in Verbindung von Rundfunk- und Fernsehprogrammen, Ausstrahlung von Rundfunksendungen, Kabel, Rundfunk und Fernsehen, Unterhaltungsdienste, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeiten und Darbietungen, Kunstwerke, künstlerische Dienstleistungen, Unterhaltungsdienstleistungen von Theaterregisseuren, Chören, Musikkapellen und Orchestern, Dienstleistungen von Schriftstellern, Komponisten, Bildhauern, Entertainern und sonstigen Künstlern, Betrieb von kulturellen Einrichtungen, Dienstleistungen in Verbindung mit Jahrmärkten und Vergnügungsparks, Zirkusvorstellungen, Dienstleistung von Tanzschulen, Dienstleistungen des Spiel- und Wettbetriebs, Dienstleistungen des Nachrichten- und Pressedienstes, Dienstleistungen von Bibliotheken, Archiven, Museen und anderen kulturellen Einrichtungen, Konservierung von Exponaten und Ausstellungsobjekten, Dienstleistungen im Bereich Denkmalschutz, Maßnahmen zur Erhaltung von historisch bedeutsamen Stätten, Dienstleistung von botanischen, zoologischen Gärten sowie Naturschutzgebieten, Betrieb von Sportanlagen, Dienstleistungen im Sport, Förderung von Sportveranstaltungen.
- Die Kategorie sonstige Dienstleistungen lässt sich nicht abschließend beschreiben. Sie ist die offene Restgröße. Freilich darf nicht übersehen werden, dass Mischverträge nicht als „sonstige Dienstleistungen“ zu qualifizieren sind, sondern dass sie nach ihren einzelnen Dienstleistungselementen zu bestimmen sind.

Sonstige Dienstleistungen erfassen u. a. Reparaturen und Wartung in Verbindung mit Gebäuden (elektro- und maschinentechnische Gebäudeunterhaltung, Instandhaltung von öffentlichen Toiletten, Wohnungen, Zentralheizungen und Heizanlagen), Reparatur und Wartung von Rolltreppen, Wasserversorgung, Kläranlagebetrieb, Betrieb von Wasserversorgungsunternehmen, Betrieb von Gasversorgungsunternehmen, Betrieb von elektrischen Anlagen, Zählerablesung, Betrieb von einem Elektrizitätswerk, Marketing (Achtung: Werbedienste, Werbeberatung und Werbeverwaltung sind prioritäre Dienstleistungen), Dienstleistungen des fotografischen Gewerbes, Restauration, Fotokopierdienste, Übersetzungsdienste, Dolmetscherdienste, Schreib-, Textverarbeitungs- und Desktoppublishingarbeiten, Innenausstattungsdienste, Möbeldesign, Gebührenerhebung, Dienstleistung von Inkassoagenturen, Veranstaltungen von Ausstellungen, Messen und Kongressen, Unternehmensorganisation, Dienstleistungen der öffentlichen Verwaltung, Verteidigung und Sozialversicherung, Verwaltungsdienstleistungen bei Gericht und im Justizwesen, Bewährungshilfe, Dienstleistungen im Bereich der öffentlichen Sicherheit, der Polizei, Gerichtsvollzieherdienste, Dienstleistungen der Feuerwehr, Rettungsdienste, Brandverhütung, Dienstleistungen von Wäschereien und chemischen Reinigungen, Verwaltung von Parkplätzen und -häusern, Bestattungsdienste, Beerdigungs- und Feuerbestattungsdienste, Pflege von Friedhofsanlagen.

## 2.4 AUSNAHMEN VOM ANWENDUNGSBEREICH DES BVERGG 2006

Das BVerGG 2006 gilt für jede Beschaffungsart unabhängig von der Höhe des Auftragswerts, sofern nicht eine der in § 10 BVerGG 2006 (öffentliche Auftraggeber) oder § 175 BVerGG 2006 (Sektorenauftraggeber) taxativ aufgezählten Ausnahmen zutrifft. Folgende für die Städte und Gemeinden und die von ihnen beherrschten Einrichtungen wichtigen Ausnahmebedingungen seien herausgegriffen:

- Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen, die ein öffentlicher Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle erwirbt, sofern die zentrale Beschaffungsstelle selbst bei dem Erwerb der Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen das BVerGG 2006 beachtet,
- Vergabe von zusätzlichen Bauleistungen (!), die weder Gegenstand des ursprünglichen Konzessionsentwurfes noch des ursprünglichen Konzessionsvertrages waren, die aufgrund eines unvorhergesehenen Ereignisses (nachträglich) erforderlich geworden sind, deren Gesamtwert 50 % des ursprünglichen Auftragswertes nicht überschreitet und eine Trennung dieser zusätzlichen Bauleistungen vom ursprünglichen Bauauftrag in technischer oder wirtschaftlicher Hinsicht nicht oder nur schwer möglich ist oder eine Trennung zwar möglich wäre, die zusätzliche Bauleistung aber für die Verbesserung unbedingt erforderlich ist,
- Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen, sofern deren Ergebnisse nicht das ausschließliche Eigentum des Auftraggebers sind und vom Auftraggeber vollständig vergütet werden,

- Aufträge, für deren Ausführung besondere Sicherheitsmaßnahmen erforderlich sind oder der Schutz wesentlicher Interessen der Staatssicherheit geboten ist, sind vom BVergG 2002 ausgenommen. In Betracht kommt diese Ausnahmebestimmung im kommunalen Bereich zwar theoretisch bei jenen Kommunen, die über eine örtliche Sicherheitspolizei bzw. diesbezügliche Wachkörper verfügen. Faktisch ist aber kein Beispiel vorstellbar, bei der eine Beschaffungsaktion einer Kommune so geheim ist, dass das BVergG 2002 nicht zur Anwendung kommen soll.
- (Klassische) Inhouse-Aufträge sind Aufträge innerhalb eines Auftraggebers; also Aufträge, die der Bürgermeister an stadteneigene Stellen wie z. B. das (nicht ausgegliederte) Bauamt erteilt. Derartige Inhouse-Aufträge sind auch bei zivilrechtlicher Betrachtung keine Aufträge und unterliegen nicht dem BVergG 2006.
- Quasi-Inhouse-Aufträge an ein von einem Auftraggeber beherrschtes Unternehmen, das seine Leistungen im Wesentlichen für den oder die Auftraggeber erbringt, in dessen/deren Eigentum es steht. Organisatorische Einheiten, die in den vergangenen Jahren ausgegliedert wurden, sollen weiterhin vergaberechtlich so behandelt werden können, als wären sie Teil der Gemeinde oder eines anderen Auftraggebers. Voraussetzung ist freilich, dass die Gemeinde oder ein anderer Auftraggeber gegenüber der Geschäftsführung des ausgegliederten Rechtsträgers eine Weisungsbefugnis hat und der ausgegliederte Rechtsträger seine Leistungen im Wesentlichen für die Gemeinde erbringt, also privaten Unternehmen auf dem Markt faktisch keine Konkurrenz macht. Darüber hinaus muss die öffentliche Hand zu 100 % am Inhouse Auftragnehmer beteiligt sein.

Zulässige Inhouse-Vergaben sind z. B. Bauaufträge an den in Form einer GmbH ausgegliederten Bauhof, Planungs- und Beratungsaufträge an die gemeindeeigene Tourismusagentur GmbH, Planungsaufträge an die ausgegliederte Planungs- und Baumanagementabteilung, wie z. B. die IMB GmbH für den Hochbau des Bundes bzw. vergleichbare Einrichtungen in den Ländern; auch kann der Betrieb städtischer Einrichtungen (städtische Badeeinrichtungen, Abfallentsorgungsstellen, Friedhöfe, Verkehrslinien) an eine von einer Gemeinde zu 100 % beherrschte GmbH übertragen werden (vgl. Punkt 8.1).

- Dienstleistungsaufträge, die an einen öffentlichen Auftraggeber vergeben werden, der aufgrund veröffentlichter Vorschriften über ein ausschließliches Recht verfügt, das dem EG-Vertrag entspricht. Dies trifft auf Aufträge an gesetzlich eingerichtete bzw. zumindest durch Gesetz vorbestimmte Gesellschaften zu, die selbst Auftraggeber sind, wie z. B. Dienstleistungen von Verkehrsverbundorganisationen für Bund, Länder oder Gemeinden, Dienstleistungsaufträge von Gemeinden an Abwasserverbände oder sonstige nach dem Wasserrechtsgesetz gegründete Verbände. Weiters gilt dies für Aufträge, die eine dazu per Gesetz berufene Gesellschaft (meistens ausgegliederte, staatlich beherrschte Gesellschaft) erbringt. So sind z. B. die ÖBB per Übertragsverordnung des BMVIT mit der Instandhaltung, Erhaltung und Erneuerung bestimmter Bahn-/Infrastrukturprojekte, die Austro-Control GmbH mit der Flugsicherung für das Verteidigungsministerium, die Bundesrechenzentrum GmbH mit zahlreichen EDV-Dienstleistungen für Bundesdienststellen (z. B. mit den Aufgaben einer Übermittlungs- und Verrechnungsstelle für elektronische Abfragen von Gebietskörperschaften) beauftragt.

- Kauf, Miete von Grundstücken, vorhandenen Gebäuden oder anderem unbeweglichen Vermögen. Zu beachten ist jedoch das Umgehungsverbot. Die Errichtung eines Amtshauses bzw. einer Kläranlage durch einen privaten Errichter und deren Veräußerung an eine Gemeinde unterliegt dem BVergG 2006. Beide Transaktionen sind als einheitlicher Vorgang anzusehen.
- Arbeitsverträge

Von Arbeitsverträgen sind jedoch Werkverträge zu unterscheiden, wie z. B. Beratungsverträge mit selbständigen Beratern, die ihre Leistungen auf eigene Rechnung und auf eigenes Risiko erbringen. Diese Beratungsleistungen unterliegen den strengen Regeln des BVergG 2006. Auch Personalleasing/-verleihung unterliegt zwar dem BVergG 2006, aber den weniger einschränkenden Regeln für nicht-prioritäre Dienstleistungen.

- Verträge über finanzielle Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit einer Wertpapiertransaktion und/oder der Geld- bzw. Kapitalbeschaffung der öffentlichen Auftraggeber/Sektorenauftraggeber stehen; d. h. vor allem Darlehensaufnahme.
- Aufträge von Wasserversorgungsunternehmen zur Beschaffung von Wasser.
- Aufträge von Energie- und Fernwärmeversorgungsunternehmen für die Lieferung von Energie, Wärme oder Brennstoffen zur Energie- oder Wärmeerzeugung.
- Aufträge von Sektorenauftraggebern (!), die zum Zweck der Weiterveräußerung oder Vermietung an Dritte vergeben werden, sofern die Veräußerung oder Vermietung an Dritte unter Wettbewerbsbedingungen erfolgt.
- Ausgenommen sind alle Aufträge, die für die Bereitstellung oder das Betreiben eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes erforderlich sind. Diese Ausnahme betrifft vordergründig nicht die Gemeinden, da diese keine öffentlichen Telekommunikationsbetreiber sind.

Zu beachten ist, dass die Ausnahmebestimmungen eng auszulegen sind und nicht in Umgehungsabsicht angewendet werden dürfen. Zu prüfen gilt, ob der hinter einer Ausnahmebestimmung liegende Zweck tatsächlich nur dadurch erreicht werden kann, dass das BVergG 2006 nicht angewandt wird. „Gekünstelte“ Interpretationen, weshalb eine Ausnahmebestimmung anzuwenden sein soll, schlagen meist fehl. Das Vorliegen einer Ausnahmebestimmung hat der Auftraggeber nachzuweisen. Beschaffungsaktionen, die bei Gesamtbetrachtung als eine Lieferung, Bauleistung oder Dienstleistung seitens eines Privaten an den öffentlichen Auftraggeber zu sehen sind, können nicht durch Zwischenschaltung von Inhouse-Gesellschaften, Errichtungsgesellschaften oder durch sonstige die Ausnahmeregeln nutzende Konstruktionen umgangen werden. Es ist immer auf das Gesamtvorhaben abzustellen.<sup>6</sup>

<sup>6</sup> So vor allem EuGH in Rechtssache 29/04 Mödling.

## 2.5 DER AUFTRAGSWERT

### 2.5.1 Unterscheidung Oberschwellen- und Unterschwellenbereich

Der Auftragswert bestimmt die anwendbaren vergaberechtlichen Bestimmungen und die jeweils zulässigen Vergabeverfahren: Bei einem Auftragswert, der höher als der von der EU vorgegebene Schwellenwert ist, gelten strengere Vergaberegeln. In diesem Sinn unterscheidet das BVergG 2006 zwischen den Vorschriften für den „Oberschwellenbereich“ und den Vorschriften für den „Unterschwellenbereich“. Die jeweils relevanten Schwellenwerte werden jährlich von der EU-Kommission durch eine allgemein gültige Verordnung festgesetzt (vgl. auch [www.simap.eu.int](http://www.simap.eu.int)) und vom Bundeskanzler in Österreich bekannt gemacht.<sup>7</sup> Die für Gemeinden maßgeblichen Schwellenwerte der EU sind derzeit:

- EUR 211.000,- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge für normale öffentliche Auftraggeber, wie z. B. Gemeinden, Städte, Länder und die von ihnen beherrschten Einrichtungen,
- EUR 5,278.000,- für Bauaufträge und
- EUR 422.000,- für Liefer-/Dienstleistungsaufträge von Sektorenauftraggebern.

Bei Aufträgen, die unterhalb dieser Schwelle gelegen sind, gelten die flexibleren Regeln des Unterschwellenbereichs.

Der Auftragswert ist vom Auftraggeber vor Beginn des Vergabeverfahrens zu schätzen. Es kommt nicht auf den Ausgang des Vergabeverfahrens an, sondern auf die anfängliche Kostenschätzung. Diese Kostenschätzung muss plausibel sein (belegbar durch Erfahrungswerte vergleichbarer Leistungen).

### 2.5.2 Kleinstaufträge

Das BVergG 2006 kennt für Aufträge, die folgende geschätzte Auftragswerte nicht überschreiten, besondere flexible Regeln:

- EUR 40.000,- Direktvergabe (= formfreies Auftragsvergabe) eines jeden Auftrages durch den öffentlichen Auftraggeber,
- EUR 60.000,- Direktvergabe jeglichen Auftrags durch Sektorenauftraggeber,
- EUR 60.000,- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit 3 Bietern bei öffentlichen Auftraggeber,
- EUR 80.000,- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit 3 Bietern bei Bauaufträgen bzw. nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung mit 5 Bietern bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen,
- EUR 120.000,- nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung mit 5 Bietern bei Bauaufträgen.

<sup>7</sup> Vgl. Schwellenwertverordnung BGBl. II 2006/193.



- Derzeit ca. EUR 105.500,- Aufträge über geistige Dienstleistungen öffentlicher Auftraggeber, sofern ein wirtschaftlicher Wettbewerb aufgrund der Kosten des Beschaffungsvorgangs nicht vertretbar ist.
- Derzeit EUR 422.000,- Verhandlungsverfahren ohne vorigen Aufruf zum Wettbewerb durch Sektorenauftraggeber (!), soweit nicht aufgrund des Werts und Gegenstands des Auftrages ein angemessener Grad an Öffentlichkeit zu gewährleisten ist. Trotz der scheinbaren Freiheit des Sektorenauftraggebers ist dieser jedoch aufgrund des zitierten allgemeinen Transparenzgebots in seiner Wahl eingeschränkt. Der Sektorenauftraggeber hat – anders als der öffentliche Auftraggeber – jedoch einen weiteren Argumentations- und Gestaltungsspielraum; damit verbunden aber auch eine höhere Verantwortung und ein höheres Risiko!

### 2.5.3 Schwellenwertberechnung

#### a) Allgemein

Zur Beurteilung, welche Vergabevorschriften zu Anwendung gelangen, sind zunächst alle Lose eines Auftrags zusammenzurechnen. Einzuzurechnen sind auch allfällige Optionsrechte. Es gilt der Grundsatz, dass Aufträge nicht zu dem Zweck geteilt oder so gestaltet werden dürfen, dass strenge Regeln des BVergG 2006 umgangen werden.

#### b) Los

Ein Los (oftmals auch als Vergabeeinheit bezeichnet) ist ein Auftragsteil, den der Auftraggeber zwar gesondert vergibt, aber der mit anderen Auftragsteilen eine wirtschaftlich/technische Einheit bildet, weswegen auch die Gesamtheit aller Lose bei der Schwellenwertberechnung zu berücksichtigen ist. Ein Los kann sowohl in mehreren Bauabschnitten/gleichartigen Leistungen bestehen (also faktisch in der Wiederholung anderer ausgeschriebener Leistungen) als auch in komplementären Tätigkeiten, die die übrigen Leistungen zu einem Gesamten ergänzen (z.B. Heizungsinstallationen, Glasarbeiten und Fliesenlegerarbeiten und vor allem Baumeisterarbeiten bilden regelmäßig eigenständige Lose zur Errichtung eines Bauwerks).

Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ist der zeitliche Zusammenhang der einzelnen Lose zueinander in der Regel relativ kurz: Die Schwellenwertberechnung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen stellt bei wiederkehrenden Aufträgen bzw. bei Daueraufträgen auf den geschätzten Auftragswert im vorangegangenen Finanz- bzw. Haushaltsjahr ab. Wenn gleichartige Lieferungen in unterschiedlichen Jahren bei der Schwellenwertberechnung zusammenzurechnen sind, bedarf es einer sachlich besonderen Begründung, weshalb Liefer- bzw. Dienstleistungsaufträge, die in unterschiedlichen Jahren erbracht werden, Lose eines „Gesamtauftrags“ sein sollen und zusammenzurechnen sind. Bei Bauaufträgen ist dagegen auf die ursprüngliche Planung abzustellen. Danach können Baulose durchaus auch in unterschiedlichen Jahren erbracht werden.

Der Begriff eines „Loses“ ist in Verbindung mit dem Begriff eines „Bauwerks“ bzw. eines Gesamtauftrags zu sehen. Soweit ein technischer/wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Auftragsteilen besteht und diese Auftragsteile (Lose) bereits Gegenstand der Anfangsplanung/Projektierung sind, sind diese Aufträge Teile eines Gesamtbauwerks. Entscheidend ist

das Konzept/die Ausgangsplanung. Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bedarf es dagegen einer besonderen sachlichen Begründung, wenn in unterschiedlichen Jahren zu erbringende Lieferungen/Leistungen Lose eines Gesamtauftrags sein sollen.

### c) Bauwerk/Bauleistungen

Besteht ein Bauwerk/Bauvorhaben aus mehreren Losen, ist auf den geschätzten Gesamtwert abzustellen, auch wenn die Bauleistungen getrennt vergeben werden. Ein Bauwerk ist eine wirtschaftlich und technisch funktionale Einheit. Die Größe eines Vorhabens hat keinen Einfluss darauf, ob Leistungen zu ein und demselben Bauwerk zählen. Es kommt allein darauf an, ob bei objektiver Betrachtung Leistungen für eine einzige wirtschaftliche oder funktionelle Einheit erbracht werden oder für mehrere Einheiten, die voneinander insoweit trennbar sind, als sie technisch und wirtschaftlich eigenständig sind. In diesem Sinn sind Wasser- und Kanalanlagen zwei getrennte Bauwerke, sofern sie nicht in einem Zuge errichtet werden. Sie dienen unterschiedlichen Zwecken (nämlich der Wasserversorgung und der Abwasserentsorgung). Je nach Konzept kann die Kläranlage ein eigenes Bauwerk sein und ist als solches getrennt von den Transportkanälen zu bewerten. Selbstverständlich sind auch Amtsgebäude jeweils eigene Bauwerke. Entscheidend ist, inwieweit nach dem jeweiligen Konzept eine Verbindung zwischen den einzelnen Teilen besteht und ob getrennte Teile eigenständig wirtschaftlichen Sinn machen.

In diesem Sinn zählen zu ein und demselben Bauwerk die damit verbundenen Bauleistungen einschließlich der Baunebengewerbe und des Einbaus von technischen Anlagen, die nicht ohne erheblichen Aufwand bzw. Wertverlust für die Anlagen wieder entfernt werden können (z. B. Heizungs- und Klimaanlage, Maschinentechnik bei Kläranlagen, Ton-, Licht- und sonstige Präsentationsanlagen, die in einem Konferenzsaal eingebaut werden). Dagegen zählt die Lieferung von Büromöbeln, Haushaltsgeräten (z.B. Waschmaschinen, Fernseher) nicht zum Bauwerk, sofern es sich dabei um keine besonderen Maßanfertigungen handelt. Die Leerverrohrung für die Kabeln ist Teil des Bauauftrags, während Computer, Bildschirme, PCs und Drucker selbstständige Lieferaufträge sind.

Die Errichtung/Erweiterung einer Gemeindekanalanlage erfolgt meist in Losen, die Teil ein und desselben Bauwerks (Kanalanlage) sind und bei der Schwellenwertberechnung selbstverständlich zusammenzurechnen sind; eine Bauwerkserweiterung wie z. B. eine Kanalanlagenerweiterung bzw. Erweiterung von Straßen ist dagegen als eigenständiger Auftrag und nicht als Los des Gesamtbauwerks Kanalanlagenerrichtung zu werten, wenn sie nicht Teil ein und derselben Anfangsplanung sind. Wenn also zu einem späteren Zeitpunkt weitere Gebiete erschlossen werden sollen, die bei der ursprünglichen Planung nicht berücksichtigt waren, ist dies als eigenständiger Auftrag und nicht als Los des ursprünglichen Projekts zu werten. Bei der Beurteilung, ob ein Los eines Gesamtbauwerks gegeben ist oder ein eigenständiger Auftrag vorliegt, ist auf die Gesamtplanung zum Zeitpunkt des Projektbeginns abzustellen. Ob zu diesem Zeitpunkt schon die budgetäre Bedeckung gegeben ist, mag ein Indiz für ein Gesamtbauwerk sein, ist aber nicht allein entscheidend.

#### d) Lieferauftrag und Dienstleistungsauftrag

Folgende – relativ komplizierte – Regeln gelten zur Berechnung des Auftragswertes von Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen:

- bei befristeten Verträgen der Gesamtbetrag der während der Vertragsdauer voraussichtlich zu leistenden Entgelte,
- bei unbefristeten Verträgen oder bei unklarer Vertragsdauer das Vierfache des voraussichtlich zu leistenden Jahresentgelts und
- bei regelmäßig wiederkehrenden Aufträgen oder „Daueraufträgen“<sup>8</sup> (Beschaffung von Verbandsmaterial für Krankenhäuser, Treibstoff für Fuhrpark, Kopierpapier) entweder der tatsächliche Wert der entsprechenden Aufträge im vergangenen Haushaltsjahr oder der geschätzte Gesamtwert der auf die erste Lieferung folgenden 12 Monate.

Bei Versicherungsleistungen ist die monatliche Versicherungsprämie – je nach Laufzeit – mit dem Faktor von maximal 48 zu multiplizieren.

Bei Bankdienstleistungen ist auf das monatliche Entgelt, Gebühren, Provisionen und Zinsen abzustellen und die Summe mit dem bis zum 48-fachen Wert zu multiplizieren.

Bei Planungsaufträgen ist auf das Honorar und die sonstigen Vergütungen abzustellen. Bei einem unbefristeten Vertrag sind die monatlichen Vergütungen – je nach Laufzeit – mit dem bis zum 48-fachen Wert zu multiplizieren.

#### BEISPIEL:

*Eine Gemeinde beabsichtigt für all ihre Vertragsbediensteten einen Pensionskassenvertrag auf unbestimmte Zeit abzuschließen. Der vergaberechtlich maßgebende Auftragswert bestimmt sich aus dem für alle Vertragsbediensteten in einem Monat zu leistenden Pensionskassenbeitrag multipliziert mit 48.*

#### 2.5.4 Vergabe von Losen

Bei der Beurteilung der Frage, welche Vergabevorschriften bei der Vergabe von Losen zur Anwendung gelangt, ist zunächst festzustellen, ob nach den vergaberechtlichen Bewertungsregelung gemäß Punkt 2.3 die Summe der zu einem Auftrag zusammenzurechnenden Lose größer

<sup>8</sup> Widersprüchlich ist die deutsche Fassung der EG-Vergaberichtlinien in Bezug auf die Schwellenwertberechnung von „Daueraufträgen“ und damit auch das BVergG 2002: Bei unbefristeten Dienstleistungsaufträgen ist der 48-fache Monatswert als geschätzter Auftragswert heranzuziehen, bei „Daueraufträgen“ der Wert des vorangegangenen Finanz- bzw. Haushaltsjahres. Der Begriff „Dauerauftrag“ ist jedoch nicht im Sinne des österreichischen Zivilrechts zu verstehen, sondern bezieht sich auf Dienstleistungsaufträge, die innerhalb einer bestimmten Zeit erneuert werden müssen. Der englische Richtlinien text lautet in diesem Punkt wie folgt: „In the case of regular contracts or of contracts which are to be renewed within a given time ...“ Daraus folgt, dass unbefristete Verträge, welche ebenfalls Daueraufträge sind, mit dem 48-fachen Monatsentgelt zu berechnen sind.

oder kleiner als der jeweilige EU-Schwellenwert ist, also von einer Vergabe im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich auszugehen ist.

Bei der Vergabe von Losen eines Auftrags im *Oberschwellenbereich* gilt für die Vergabe eines jeden Loses die Regelung für den Oberschwellenbereich (auch wenn das einzelne Los weit unter dem EU-Schwellenwert liegt); dies jedoch mit folgender Einschränkung:

- Bei Bauaufträgen können Auftraggeber im Vorfeld eines Vergabeverfahrens bis zu 20 % des Werts der Lose dem Vergaberegime für den Unterschwellenbereich zuordnen, sofern der Auftragswert der jeweiligen Vergabeeinheit/Los geringer ist als EUR 1.000.000,-. Diese Lose können entsprechend ihrem Auftragswert vergeben werden, also auch im Wege der Direktvergabe, wenn der Loswert geringer als EUR 40.000,- ist.
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge können bis zu 20 % des Gesamtwertes dem Regime für den Unterschwellenbereich zugeordnet werden, sofern der Auftragswert je Los den Betrag von EUR 80.000,- unterschreitet. Diese Lose können entsprechend ihrem Auftragswert vergeben werden, also auch im Wege der Direktvergabe, wenn der Loswert geringer als EUR 40.000,- ist.

Bei der Vergabe von Losen eines Auftrags im *Unterschwellenbereich* finden auf die Vergabe dieser Lose die Regeln des Unterschwellenbereichs Anwendung. Bei der Beurteilung der Frage, ob auf die Vergabe einzelner Lose die Sonderregeln für Kleinstaufträge (vgl. oben 2.5.2) zur Anwendung gelangen, ist primär auf den Auftragswert des einzelnen Loses abzustellen. In diesem Sinn können mehrere Lose eines Beschaffungsvorhabens, die den EU-Schwellenwert nicht übersteigen, im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung vergeben werden, wenn der Auftragswert von jeweils EUR 60.000,- nicht überschritten wird.

Für die Direktvergabe gilt jedoch Folgendes:

- Bauaufträge, die in der Summe den EU-Schwellenwert von derzeit EUR 5.278.000,- nicht übersteigen, können jeweils im Rahmen der Direktvergabe übergeben werden, wenn der Wert des einzelnen Loses den Betrag von EUR 40.000,- nicht übersteigt.
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge, die in Summe den derzeitigen EU-Schwellenwert von EUR 211.000,- nicht übersteigen, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden, wenn das jeweilige Los den Wert von EUR 40.000,- nicht erreicht/übersteigt und in Summe maximal 40 % des kumulierten Werts aller Lose vergeben werden.

## 2.6 AUSGLIEDERUNG KOMMUNALER AUFGABEN

Ausgliederungen kommunaler Aufgaben sind nicht zuletzt wegen der anhaltenden Bestrebungen um einen im Hinblick auf Maastricht-Kriterien optimierten Haushalt Gegenstand kommunaler Entscheidungen. Bei jeder angedachten Ausgliederung, wie z. B. der Ausgliederung sozialer, kommunaler Einrichtungen (Kindergärten, Jugendeinrichtungen, Bäder) oder Ver- und Entsorgungseinrichtungen (z. B. Müllabfuhr, Kläranlagenbetrieb, Straßenreinigung) ist das BVergG 2006

zu beachten. Zu berücksichtigen ist die zukünftige vertragliche Gestaltung zwischen dem Auftraggeber (Kommune) einerseits und dem ausgegliederten Aufgabenträger andererseits. Dabei ist zwischen einer gemeindeinternen Reorganisation, die in die Ausgliederung einer gemeindeeigenen Tochtergesellschaft mündet, und einer echten Aufgabenprivatisierung, die die Beauftragung Privater zur Folge hat, zu unterscheiden.

### **2.6.1 Ausgliederung an gemeindeeigene Tochtergesellschaft**

Ist bloß an eine gemeindeinterne Reorganisation mit der Schaffung einer eigenen, durch die Gemeinde beherrschte Tochtergesellschaft gedacht, bedarf es – in den meisten Fällen – keiner Ausschreibung. Es kann die Ausnahme der „Quasi-Inhouse-Vergabe“ (vgl. Punkt 2.3 und 8.1) beansprucht werden. Voraussetzung ist jedoch, dass diese gemeindeeigene Tochtergesellschaft ihre Leistungen hauptsächlich für die Gemeinde im weiteren Sinn erbringt, die Tochtergesellschaft in einer Rechtsform errichtet wird, die der Gemeinde ein Weisungsrecht in wesentlichen Fragen zulässt (z. B. GmbH) und die zu 100 % von der öffentlichen Hand beherrscht wird.

In jenen Fällen, in denen die gemeindeeigene Tochtergesellschaft tatsächlich ihre Leistungen ausschließlich bzw. hauptsächlich für die Kommune erbringt, ist diese gemeindeeigene Tochtergesellschaft selbst ein öffentlicher Auftraggeber, der all seine Beschaffungen entsprechend dem BVergG 2006 zu vergeben hat; allenfalls auch Sektorenauftraggeber, wenn eine Sektorentätigkeit erbracht wird.

### **2.6.2 Interkommunale Kooperation**

Denkbar ist auch, dass eine Gemeinde ihre Aufgaben entweder einer anderen Körperschaft öffentlichen Rechts überträgt (z. B. einer anderen Gemeinde oder einem Abfallverband) oder an eine Gesellschaft einer Körperschaft öffentlichen Rechts. Inwieweit eine derartige Ausgliederung und interkommunale Kooperation ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig ist, ist nicht restlos geklärt (vgl. Punkt 8.2). In folgenden Fällen kann eine Übertragung bejaht werden:

- Die Übertragung erfolgt in Form eines Hoheitsakts bzw. aufgrund bestehender Gesetze (z. B. Wasserrechtsgesetz, Gemeindeordnung, Abfallwirtschaftsgesetze der Länder), nach dem eine Gemeinde bestimmte Aufgaben einer anderen Körperschaft delegieren kann.
- Beauftragung einer Gesellschaft, über deren Organe ein Weisungsrecht der öffentliche Auftraggeber besteht und an denen ausschließlich öffentliche Auftraggeber beteiligt sind; so u. a. auch der Auftraggeber.
- Kommunale Vereinbarungen zwischen Gebietskörperschaften über einen Leistungsaustausch (Leistungserbringung für Nachbargemeinden).

Wenn eine gemeinsame Leistungserbringung angestrebt wird, sollte z. B. eine GmbH gegründet werden, an der alle betroffenen Gemeinden, aber keine Privaten beteiligt sind. Diese gemeinsame GmbH steht in einem Leistungsaustausch mit allen Gemeinden und erbringt ausschließlich für

diese Gemeinden die Leistungen. In diesem Fall kann von einer zulässigen Inhouse-Vergabe ausgegangen werden. In diesem Fall ist sicherzustellen, dass diese gemeinsame GmbH in keine Konkurrenz mit privaten Unternehmen tritt und hauptsächlich für die öffentlichen Auftraggeber tätig ist.

### 2.6.3 Vergabe an Private

Soll es zu einer echten Aufgabenprivatisierung kommen, also Private diese Leistungen erbringen, ist nach dem BVergG 2006 vorzugehen: Je nachdem, wer diese Dienstleistungen im Ergebnis zahlt (unmittelbarer Nutzer oder Gemeinde), wer das wirtschaftliche Risiko trägt (Privater oder Gemeinde) und was Gegenstand der Leistungen sein soll, gelten die Regeln

- für einen prioritären Dienstleistungsauftrag,
- einen nicht-prioritären Dienstleistungsauftrag oder
- eine Dienstleistungskonzession.

#### a) Vergabe Dienstleistungskonzession

Die Vergabe einer Dienstleistungskonzession empfiehlt sich gerade bei der Ausgliederung kommunaler Einrichtungen an Private. In diesem Fall wird – schon aus haushaltsrechtlichen Überlegungen – das wirtschaftliche Risiko von Privaten zu tragen und diese selbst für die Verwertung seiner Leistungen gegenüber den Nutzern verantwortlich sein. Die Vergabe einer solchen Dienstleistungskonzession unterliegt wenigen vergaberechtlichen Einschränkungen. Sie ist in nationalen Medien entsprechend dem Anhang VIII BVergG 2006 (vgl. Punkt 9.2) bekanntzumachen. Darüber hinaus sind bloß die Vergabegrundsätze zu beachten. Selbst der vergabespezifische Rechtsschutz gilt nicht.

#### b) Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen

Soweit dagegen die Gemeinden das Gestaltungsrecht über die Erbringung der Leistungen ausüben wollen, primär selbst Leistungsempfänger sind und das Entgelt dem Privaten entsprechend dessen Leistung zahlen, scheidet eine Dienstleistungskonzession aus. Zur Entscheidung, welche Vergaberegeln zur Anwendung gelangen, ist die in Punkt 2.4 beschriebene Differenzierung vorzunehmen. Ein Großteil der von Kommunen auszugliedernden Aufgaben wird dabei dem sogenannten nicht-prioritären Bereich zuzuordnen sein. So zählen z. B. nahezu ein jeder Betrieb einer (kommunalen) Einrichtung (z. B. Kläranlage, Parkplatz, Betrieb von Wasserversorgungsunternehmen, Betrieb von Straßen, Tunnel), soziale Leistungen wie z. B. das Führen von Alten- und Behindertenheimen, Essen auf Rädern sowie der Betrieb bzw. die Führung von Kindergärten, Jugendeinrichtungen und Sportstätten zu den nicht-prioritären Dienstleistungen.

Auch für diese gelten relativ wenige Bestimmungen des BVergG 2006: Neben der grundsätzlichen Geltung der Vergabegrundsätze des Transparenzgebots und des vergabespezifischen Rechtsschutzes hat der Auftraggeber eines der im BVergG 2006 vorgesehenen Verfahren zu wählen, das Gebot der Nichtdiskriminierung und Spezifikation und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung unter Einhaltung der geforderten Sperrfrist zu beachten.

### c) Vergabe prioritärer Dienstleistungen

Gegenstand einer Ausgliederungsentscheidung können u. a. folgende prioritäre Dienstleistungen sein: Transporte wie z. B. Schülertransporte, Behindertentransporte, der Betrieb einer Buslinie, Buchhaltung und EDV-Leistungen. Für derartige prioritäre Dienstleistungen gilt das BVergG 2006 uneingeschränkt.

## 2.7 BESCHAFFUNG VON BERATUNGSLEISTUNGEN

Wenn die Gemeinde bzw. ihre Organe (Bürgermeister, Magistrat) Beratungsleistungen in Anspruch nehmen wollen, gilt das BVergG 2006. Je nach geschätztem Auftragswert und Art der Beratungsleistung gelten strengere oder flexiblere Vergabevorschriften. Zumindest ab einem Auftragswert von mehr als EUR 211.000,- (meistens jedoch bereits ab EUR 105.000,-) hat eine Bekanntmachung der Auftragsvergabe voranzugehen. Es ist zumindest mit 3 geeigneten Unternehmen zu verhandeln. Bis zu einem Nettoauftragswert von EUR 40.000,- können Berater/Sachverständige formfrei beauftragt werden. Bei der Berechnung der Auftragswerte ist zu berücksichtigen, dass bei unbefristeten Aufträgen der 48-fache Monatsbetrag heranzuziehen ist (vgl. Punkt 8.5).

# Kapitel 3

## **VERGABE- GRUNDSÄTZE**



### 3.1 BEDEUTUNG VERGABEGRUNDSÄTZE

Die Vergabegrundsätze gelten für alle Auftragsarten und Entscheidungen im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren. Sie gelten für klassische Auftraggeber und Sektorenauftraggeber, bei der Vergabe von normalen Aufträgen sowie bei sogenannten Konzessionsaufträgen und auch bei einem Auftrag unabhängig vom Auftragswert (also auch bei einem Auftrag über 1 Cent); freilich mit dem Verständnis, dass das Transparenzgebot in Ausnahmefällen (z. B. geringer Auftragswert) keine Bekanntmachung erfordert.

Die Vergabegrundsätze ergeben sich direkt aus dem EG-Primärrecht, sind also von gemeinschaftsrechtlich oberster Bedeutung und auch aus der Sicht des EG-Rechts immer zu beachten. Im BVergG 2006 sind sie – zusätzlich zum EG-Primärrecht und dem verfassungsrechtlich abgesicherten Gleichheitsgrundsatz – in den §§ 19 ff. (öffentlicher Auftraggeber bzw. §§ 187 ff. (Sektorenauftraggeber), in den Sonderregeln für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsaufträgen (§ 11) und nicht-prioritären Dienstleistungen (§§ 141, 280) sowie den zahlreichen Bestimmungen betreffend Bekanntmachungen (z. B. § 27 ff. öffentlicher Auftraggeber bzw. § 194 Sektorenauftraggeber) verankert. Den Vergabegrundsätzen immanent ist das Sachlichkeitsgebot, d. h. eine scheinbare Bevorzugung muss sachlich gerechtfertigt sein und eine fehlende Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens muss entsprechend den detaillierten Anforderungen des BVergG 2006 gerechtfertigt sein. Die Verletzung eines Vergabegrundsatzes ist schwerwiegend. Derartige Verfehlungen werden in Nachprüfungsverfahren bei jedweder Auftragsart (auch bei der Vergabe nicht-prioritärer Leistungen oder bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen) aufgegriffen und haben die „Verurteilung“ des Auftraggebers zur Folge. Dagegen können Auftraggeber bei Beachtung der Vergabegrundsätze mit der Richtigkeit ihres Vergabeverfahrens bzw. ihrer Vergabeentscheidungen rechnen. Trotz der Vielzahl der vergaberechtlichen Vorschriften reduzieren sich die wesentlichen Anforderungen und damit verbunden auch die wesentlichen Verstöße auf diese Vergabegrundsätze.

Die Vergabegrundsätze gelten auch bei der zulässigen Anwendung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung und bei der Direktvergabe. In diesem Sinn hat eine Gemeinde bei der Auswahl des Unternehmens, mit dem es einen Direktauftrag abschließt, den Grundsatz der Gleichbehandlung und des freien und fairen Wettbewerbs zu beachten. Schon aus diesem Grund ist die Gemeinde auch bei der Direktvergabe zu einer objektiven Auswahl des Unternehmens verpflichtet. Sie darf lokale Unternehmen nicht bewusst bevorzugen und hat immer wieder andere Unternehmer zur Angebotsabgabe einzuladen.

### 3.2 GEBOT DER BEACHTUNG DER GEMEINSCHAFTSRECHTLICHEN GRUNDSÄTZE

Das BVergG 2006 stellt klar, dass bei allen Vergabeentscheidungen die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze zu beachten sind. Das bedeutet, dass bei allen Vergabeentscheidungen, insbesondere auch bei der Anwendung des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung oder bei der Direktvergabe, aber auch bei der Anwendung vergabefremder Aspekte, zumindest folgende Grundsätze zu berücksichtigen sind:

- Grundsatz der Gleichbehandlung (d. h. insbesondere, dass von den eigenen Vorgaben/ Ausschreibungsunterlagen nicht abgegangen werden darf und Leistungsbeschreibungen neutral zu formulieren sind),
- Nichtdiskriminierung (EWR-Ausländer dürfen nicht schlechter gestellt werden als Inländer),
- keine unverhältnismäßige Beeinträchtigung des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs und
- Transparenz (sofern keine sachlich gerechtfertigte Ausnahme, z. B. bei „Kleinstaufträgen“ beansprucht werden kann).

### 3.3 GRUNDSATZ DES FREIEN, FAIREN UND LAUTEREN WETTBEWERBS UND DER GLEICHBEHANDLUNG

Dieser altbekannte Grundsatz ist von zentraler Bedeutung. Das BVergG 2006 bezweckt den Schutz des freien und lautereren Wettbewerbs. In diesem Sinn ist bei jeder Entscheidung zu beachten, inwieweit der freie und lautere Wettbewerb geschützt ist.

„Frei“ fordert den ungehinderten Zugang von Bietern zu einer Ausschreibung.

„Lauter“ gebietet, dass Unternehmen bzw. Bieter keine wettbewerbswidrigen Absprachen treffen. „Wettbewerbswidrige Absprachen“ sind aber nicht nur geheime Absprachen zwischen Unternehmen, sondern können auch solche zwischen Bietergemeinschaften sein.

- Zwar sind Bietergemeinschaften grundsätzlich zulässig, sie können jedoch unzulässig sein, wenn sie von mehreren großen Unternehmen ohne sachliche Notwendigkeit<sup>9</sup> und ohne Kartellanmeldung gebildet wurden. Nunmehr können Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen Bietergemeinschaften für unzulässig erklären oder die Anzahl der Mitglieder beschränken, wenn eine zu große Wettbewerbsbeschränkung zu befürchten ist.
- Unzulässig ist auch, dass ein Unternehmer bei ein und derselben Ausschreibung an mehreren Bietergemeinschaften teilnimmt. Folge einer unzulässigen Absprache – sei sie geheim, sei sie in Form einer Bietergemeinschaft – ist das Ausscheiden der davon betroffenen Bieter bzw. Bietergemeinschaft; dies unbeschadet weiterer kartell- und strafrechtlicher Sanktionen.
- Zulässig ist dagegen die Teilnahme eines Unternehmers an einer Ausschreibung einerseits als Bieter bzw. Mitglied einer Bietergemeinschaft und andererseits als Subunternehmer, sofern keine sonstigen Umstände ein wettbewerbswidriges Verhalten dieses Bieters nahelegen. So ist es durchaus üblich, wenn ein Unternehmer in Bezug auf eine bestimmte

<sup>9</sup> Sachlich gerechtfertigt ist eine Bietergemeinschaft, wenn ein Einzelunternehmer die ausgeschriebene Leistung selbst nicht erbringen kann, wie bei Großvorhaben (z. B. der Bau des Semmering-Basistunnels oder des Ärmelkanaltunnels).

Leistung anderen Bietern ein Angebot als deren „Subunternehmer“ legt und gleichzeitig für die gesamte Leistung selbst ein Angebot als Bieter legt. Wettbewerbswidrige Absprachen sind dabei – ohne weiteren Anhaltspunkt – nicht zu vermuten. Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht wäre es jedoch bedenklich, wenn der Bieter, der gleichzeitig Subunternehmer bei anderen Bietern ist, für ein und dieselbe Leistung ohne sachliche Rechtfertigung (wie z. B. langjährige Geschäftsbeziehung zu einem Bieter) unterschiedlichen Bietern unterschiedliche Konditionen gewährt. Dass der Bieter selbst sich günstigere Konditionen gewährt als Dritten, ist zumindest so lange unbedenklich, als dieser Bieter nicht in Bezug auf sein Produkt als „marktherrschend“ gewertet werden kann und diese Differenzierung nicht sachlich gerechtfertigt ist.

Das Gebot der Fairness richtet sich primär an den Auftraggeber. Der Auftraggeber darf seine Position als Verfasser des für die Leistungsbeziehung maßgeblichen Vertrages nicht dazu ausnutzen, um von den Bietern sittenwidrige Vertragsbedingungen zu fordern. Das BVergG 2006 trägt dem Fairnessgebot unter anderem dadurch Rechnung, dass nunmehr Auftraggeber verpflichtet sind, sich geeigneter Leitlinien, wie z. B. ÖNORMEN bei der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses und eines Leistungsvertrages zu bedienen. Soweit der Auftraggeber von geeigneten ÖNORMEN abweicht (z. B. im Baubereich von der ÖNORM B 2110), hat er dies im Einzelnen zu begründen. Auf Anfrage hat er diese Begründung unverzüglich bekannt zu geben. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zum BVergG 2002. Die Gefahr des Missbrauchs der Marktmacht des Auftraggebers wird dadurch reduziert. Freilich wird gleichzeitig auch ein berechtigter Gestaltungsspielraum des Auftraggebers eingeschränkt. Auftraggeber haben nunmehr jede Abweichung von geeigneten ÖNORMEN – sowohl, was die Leistungsbeschreibung als auch die Vertragsbestimmungen betrifft – zu begründen.

### 3.4 VORARBEITENPROBLEMATIK – INTERESSENVERQUICKUNG

Die Teilnahme von Unternehmen, die an Vorarbeiten beteiligt waren, ist weiterhin grundsätzlich<sup>10</sup> unzulässig. Doch ist – so wie nach dem BVergG 2002 – der Ausschluss der an Vorarbeiten beteiligten Unternehmer nur insoweit gerechtfertigt ist, als das an Vorarbeiten beteiligte Unternehmen dadurch tatsächlich einen Wettbewerbsvorteil erlangt hat, der nicht mehr korrigierbar ist (d. h. fairer und lauterer Wettbewerb ausgeschlossen wäre). Bloß marginale Wettbewerbsvorteile (z. B. Durchführung von nicht repräsentativen Bodenproben vor mehreren Jahren) schließen die Teilnahme des Unternehmers für Planungsaufträge nicht automatisch aus. Der kategorische Ausschluss von Unternehmen ist unzulässig. Zu prüfen ist im Einzelfall der tatsächlich gewonnene

<sup>10</sup> Die Ausnahme, dass in begründeten Fällen auf die Teilnahme dieses Unternehmens nicht verzichtet werden kann, ist äußerst eng auszulegen und trifft nur dann zu, wenn weltweit nicht genügend Unternehmen zur Sicherstellung eines Wettbewerbs um die konkrete Vergabe zur Verfügung stehen. Diese Ausnahmebestimmung bezieht sich auf jene Fälle, bei denen es für den Auftraggeber wesentlich ist, dass das an Vorarbeiten beteiligte Unternehmen teilnimmt. Das Interesse des an den Vorarbeiten beteiligten Unternehmens hat hier unberücksichtigt zu bleiben. Bei zahlreichen Mitbewerbern im In- und Ausland wird ein solches besonderes Interesse des Auftraggebers an der Teilnahme gerade dieses spezifischen Unternehmens kaum nachzuweisen sein. Nicht zuletzt muss dieses Interesse des Auftraggebers die Bedenken an einem fairen und geordneten Wettbewerb überwiegen. Dies ist – bei realistischer Betrachtung – nur dann der Fall, wenn gerade durch die Teilnahme des an den Vorarbeiten beteiligten Unternehmens der Wettbewerb vergrößert und ad absurdum geführt wird.

Wettbewerbsvorteil und die dadurch ausgelöste Gefährdung des fairen und lauterer Wettbewerbs, insbesondere auch die Möglichkeit, ob diese Gefährdung durch flankierende Ausschreibungsbedingungen faktisch ausgeschlossen werden kann. Soweit Unternehmer zur Teilnahme an einer Ausschreibung zugelassen werden sollen, an der diese mitgewirkt haben, hat der Auftraggeber alles zu unternehmen, um den Wettbewerbsvorsprung dieses Unternehmers auszugleichen, insbesondere

- längere Angebotsfristen vorzusehen und
- sicherzustellen, dass alle Informationen, die dieser Unternehmer erreicht hat, weitergegeben werden (zumindest beim Auftraggeber einsehbar sind).

Dagegen kann weiterhin davon ausgegangen werden, dass die Teilnahme eines Unternehmers an einer Ausschreibung unzulässig ist, deren Ausschreibungsunterlagen er oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen (Tochter- oder Schwesterunternehmen) zur Gänze oder zum Teil erstellt hat. In diesem Sinn sind auch Baumeister von der Ausführung eines Bauwerks ausgeschlossen, für das sie zunächst die Planung erstellt haben, sofern die Planung über ein Mindestmaß an Komplexität hinausgeht. In diesem Fall lässt sich der Wettbewerbsvorsprung des Planers gegenüber allen anderen Unternehmern kaum beheben. Unzulässig ist auch die Teilnahme eines Unternehmers an einer Ausschreibung, wenn es oder ein mit ihm verbundenes Unternehmen den Auftraggeber bei der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen beraten oder sonstige erhebliche kostenrelevante Faktoren/Umstände ermittelt hat. In letztem Fall kann jedoch die Unzulässigkeit der Beteiligung an der Ermittlung kostenrelevanter Umstände durch längere Angebotsfristen und vor allem durch Übermittlung aller diesbezüglichen Informationen an die übrigen Bewerber/Bieter saniert werden. Letztlich ist dies jedoch eine Einzelfallentscheidung.

Zur Nachprüfbarkeit, wer an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hat, gebietet auch das BVergG 2006, dass alle externen Experten, die an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt haben, in den Vergabeunterlagen festzuhalten sind.

Darüber hinaus sind Interessenverquickungen zwischen Bietern und Auftraggeber unzulässig. Das heißt, dass beim Auftraggeber und beim Bieter nicht ein und dieselbe Person in entscheidender Funktion mitwirken darf. In diesem Sinn wurde eine Vergabeentscheidung für nichtig erklärt, weil die an der Vergabeentscheidung mitwirkende Stadträtin gleichzeitig Mitglied des Aufsichtsrats des Auftragnehmers war. Unbeachtlich war, inwieweit die Stadträtin tatsächlich in ihrer Funktion als Mitglied des Aufsichtsrats an der Angebotslegung des Auftragnehmers mitgewirkt hatte.

### 3.5 VERGABEFREMDE ASPEKTE

Das BVergG 2006 lässt – seinem Wortlaut nach – die Berücksichtigung vergabefremder Aspekte (z. B. ökologische Gesichtspunkte, Beschäftigung von Lehrlingen oder Langzeitarbeitslosen, Einhaltung sozialer Anforderungen, Gleichbehandlung von Mann und Frau) weitgehend zu. Vergabefremde Aspekte können insbesondere berücksichtigt werden

- bei der Formulierung des Leistungsgegenstandes (z. B. können besonders ökologische Produkte ausgeschrieben werden),
- bei den Leistungsbedingungen (z. B. kann gefordert werden, dass bei der Durchführung eines Bauauftrags eine bestimmte Anzahl von Langzeitarbeitslosen beschäftigt werden muss) und
- bei der Bestimmung der Leistungsfähigkeit (so ist vom Auftraggeber zu prüfen, ob der Bieter gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz verstoßen hat; darüber hinaus kann die Einhaltung des Gleichbehandlungsgesetzes als wesentliche Voraussetzung verlangt werden).

Darüber hinaus können vergabefremde Aspekte aber auch als Auswahl- und Zuschlagskriterien verwendet werden. Dies freilich nur insoweit, als sie in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem gegenständlichen Auftragsgegenstand stehen. Unzulässig sind dagegen Zuschlags- oder Auswahlkriterien, die in keinem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen (z. B. allgemeine Schadstoffemission der Betriebsanlagen eines Bieters; Anzahl von Lehrlingen oder Langzeitarbeitslosen, die ein Unternehmer allgemein beschäftigt; Einhaltung besonderer sozialer Bedingungen). Zulässig sind dagegen Zuschlagskriterien wie z. B. Anzahl der bei der Durchführung des ausgeschriebenen Auftrages eingesetzten Lehrlinge, Langzeitarbeitslose bzw. der Schadstoffemissionen in Bezug auf die Durchführung eines konkreten Auftrags (z. B. Schadstoff- und Stickstoffemissionen bei einer ausgeschriebenen Busleistung).

Auftraggeber sind darüber hinaus auch berechtigt, bestimmte Aufträge geschützter Werkstätten oder integrativen Betrieben vorzubehalten. Bekanntmachungen haben auf diese Einschränkung hinzuweisen. Eine Bevorzugung einer bestimmten geschützten Werkstätte gegenüber anderen Werkstätten ist aber unzulässig.

### 3.6 WESENTLICHE SONSTIGE VERGABEGRUNDSÄTZE

Ein Vergabeverfahren darf nicht zu Markterkundungszwecken durchgeführt werden. Ein Vergabeverfahren darf nur dann öffentlich bekannt gemacht werden, wenn alle Voraussetzungen, die ein solches Vergabeverfahren erfordert, erfüllt sind. In diesem Sinn muss bereits vor Bekanntmachung einer Ausschreibung für die notwendige budgetäre Bedeckung gesorgt sein. Überlegungen, wie „Schauen wir einmal, wie viel die Sache kostet“ sind unzulässig.

Der Auftrag darf ausschließlich an zuverlässige und leistungsfähige Unternehmer erteilt werden. In diesem Sinn ist bei jeder Auftragsvergabe zumindest zu prüfen, ob das Unternehmen, das den Zuschlag erhält, über eine aufrechte Befugnis verfügt und zur Durchführung der vergebenen Leistung auch geeignet ist. Lediglich Direktvergaben können auch an im Konkurs befindliche Unternehmen erteilt werden.

Angebote und in diesem Zusammenhang übermittelte sonstige Ausarbeitungen der Bieter sind vertraulich zu behandeln. Sie dürfen nicht gegenüber Dritten, insbesondere den Mitbewerbern des Bieters, offengelegt werden. Hat der Bieter bestimmte Unterlagen als „vertraulich“ gekennzeichnet, darf diese Information jedenfalls nicht an Dritte weitergegeben werden. Selbstverständlich

dürfen und müssen (auf Anforderung) alle Angebote und damit zusammenhängenden Ausarbeitungen dem jeweils zuständigen Gericht bzw. der vergabespezifischen Nachprüfungsbehörde übermittelt werden. Die Amtsverschwiegenheit der Gerichte bzw. Nachprüfungsbehörde stellt sicher, dass der Grundsatz der Vertraulichkeit auch auf der Ebene der Gerichte gewahrt bleibt. Zu diesem Zweck fordert die Nachprüfungsbehörde Auftraggeber immer auf, die vertraulichen Unterlagen zu bezeichnen. Der Auftraggeber hat entsprechend seiner Geheimhaltungsverpflichtung alle diese vertraulichen Teile gegenüber der Nachprüfungsbehörde zu kennzeichnen.

### 3.7 TRANSPARENZGEBOT

Grundsätzlich ist jede beabsichtigte Auftragsvergabe im Voraus bekannt zu machen. Der Umfang des Transparenzgebots ergibt sich aus dem EG-Primärrecht und ist nunmehr im BVergG 2006 festgehalten. Die Absicht der Vergabe eines Auftrags ist zumindest in dem von der Landesregierung bestimmten Medium (im Oberschwellenbereich: auch EU-Amtsblatt) bekannt zu machen, sofern nicht einer der folgenden Fälle vorliegt:

- Bei Kleinstaufträgen (vgl. dazu Punkt 2.5.2),
- in den Fällen, in denen das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung zulässig ist (vgl. dazu Kapitel 4),
- bei der Durchführung eines Wettbewerbs im Unterschwellenbereich, sofern dem Auftraggeber eine ausreichende Anzahl an geeigneten Wettbewerbern bekannt ist (= geladener Wettbewerb),
- bei der Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen, nichtprioritären Dienstleistungsaufträgen und Aufträgen von Sektorenauftraggebern im Unterschwellenbereich, wenn ausnahmsweise nachgewiesen werden kann, dass im gegenständlichen Fall ein angemessener Grad von Öffentlichkeit nicht zu gewährleisten ist (z. B. im Hinblick auf den Auftragswert, die Bedeutung des Auftrags und die Schwierigkeiten, die mit einem Vergabeverfahren verbunden sind).

Das BVergG 2006 bietet nunmehr die freiwillige Möglichkeit zur Bekanntmachung einer Vorinformation und/oder eines Beschafferprofils, welches Bekanntmachungen über Vorinformationen laufender Verfahren, vergebene Aufträge, widerrufen Verfahren und sonstige Informationen beinhalten kann. Der Umstand, dass ein Auftraggeber ein Beschafferprofil einrichtet, hat er einmalig im EU-Amtsblatt bekannt zu machen. Das Beschafferprofil ersetzt jedoch nicht die zwingend gebotene Bekanntmachung. Das Beschafferprofil bzw. die Informationen im Beschafferprofil treten zusätzlich zu den geforderten Bekanntmachungen hinzu. Lediglich die freiwillige Vorinformation kann durch das Beschafferprofil ersetzt werden, was eine Reduktion der Teilnahme- und Angebotsfristen zur Folge haben kann. Im Übrigen ersetzt das Beschafferprofil nicht die gebotene Bekanntmachung! Hinzuweisen ist auch darauf, dass Bekanntmachungen über einzelne Auftragsvergaben im Beschafferprofil erst nach der Absendung der jeweils erforderlichen EU-Bekanntmachung erfolgen dürfen.

Bekanntmachungen haben in der von den Bekanntmachungsverordnungen definierten Form zu erfolgen. Im Oberschwellenbereich haben die Bekanntmachungen unter Verwendung der einschlägigen Standardformulare (vgl. <http://simap.eu.int>) im Onlineverfahren (im Ausnahmefall per E-Mail oder per Telefax) zu erfolgen.

Im Kernbereich des Vergaberechts wird das Transparenzgebot noch wie folgt konkretisiert: Vergebene Aufträge im Oberschwellenbereich sind im EU-Amtsblatt bekannt zu machen. Auch sind die nicht zum Zuschlag vorgesehenen bzw. die auszuschcheidenden Bieter hierüber zu informieren. Gleiches gilt für den beabsichtigten Widerruf.

# Kapitel 4

## **VERFAHRENSARTEN, BEKANNTMACHUNGS- PFLICHTEN UND MINDESTFRISTEN**



## 4.1 ALLGEMEINES

Die jeweils zulässigen Verfahrensarten, die jeweils gebotenen Bekanntmachungspflichten und Mindestfristen richten sich nach

- dem konkreten Auftragsgegenstand (Bauftrag, Lieferauftrag, Art des Dienstleistungsauftrags),
- dem geschätzten Auftragswert und
- (allenfalls) sonstigen Umständen<sup>11</sup> im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren.

In der Evaluierungsphase (vor Bekanntmachung) hat ein öffentlicher Auftraggeber zumindest die ersten beiden genannten (und gegebenenfalls auch den dritten genannten) Aspekte festzustellen und darüber zumindest einen Aktenvermerk bzw. eine Niederschrift zu verfassen. Aufgrund dieser Feststellungen ergeben sich der Rahmen der zulässigen Verfahrensarten, die gebotene Bekanntmachungspflicht und die Mindestfristen. Es liegt im Ermessen des Auftraggebers, die für ihn jeweils günstigste Verfahrensart aus den jeweils zulässigen Verfahrensarten zu wählen. Bei dieser Wahl wird er aber vor allem den verfassungsgesetzlich gebotenen Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit (Art. 51a B-VG) zu beachten haben.

## 4.2 MÖGLICHE VERFAHRENSARTEN

### 4.2.1 Einstufige Verfahren

Echte einstufige Vergabeverfahren (im Unterschied zu den „einstufigen“ Sonderverfahren, vgl. 4.2.4) zeichnen sich dadurch aus, dass jedermann ein Angebot für die ausgeschriebene Leistung abgeben kann. Der interessierte Unternehmer/Bieter hat zusammen mit seinem Angebot bzw. seiner Wettbewerbsarbeit alle zusätzlich geforderten Unterlagen, insbesondere die Eignungsnachweise, vorzulegen. Der Auftraggeber prüft die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Bieter erst nach Angebotseröffnung, trifft also keine Vorauswahl, wen er zur Angebotsabgabe einlädt.

In Anbetracht dessen, dass einstufige Verfahren eben nur einen Verfahrensschritt umfassen und nur eine „Auswahlentscheidung“ seitens des Auftraggebers erforderlich ist, nämlich die Entscheidung, wem der Zuschlag zu erteilen ist, sind einstufige Verfahren in der Regel einfacher, weniger zeitintensiv und ökonomischer. Dagegen kann weder der Kreis der Bieter eingeschränkt noch der Leistungsgegenstand im Zuge des Vergabeverfahrens konkretisiert werden. In diesem Sinn eignen sich einstufige Verfahren für weniger komplexe Ausschreibungen und für Ausschreibungen, bei denen der Kreis der Bieter im Vorfeld nicht absehbar ist. Folgende einstufige Verfahren stehen zur Auswahl:

<sup>11</sup> Dies sind Umstände, die besondere Vergabeverfahren rechtfertigen, wie z. B. Folgeauftrag zu einem bereits ausgeschriebenen Auftrag, besondere Dringlichkeit einer Beschaffung, Ausschließlichkeitsrechte eines bestimmten Unternehmers, die einer Ausschreibung entgegenstehen, ökonomische Sinnhaftigkeit der Durchführung eines Beschaffungsverfahrens im Verhältnis zum Auftragswert und zur Eigenheit des Auftrags.

#### a) offenes Verfahren

Das offene Verfahren ist das Standardverfahren. Es ist grundsätzlich immer zulässig, ausgenommen wenn die Leistung nicht beschreibbar, sondern erst im Zuge von Verhandlungen konkretisierbar ist.

#### b) offener Wettbewerb

Der Wettbewerb ist ein Auslobungsverfahren, das noch nicht den Abschluss eines Beschaffungsvertrages, sondern die Ermittlung eines möglichst passenden Plans zum Gegenstand hat. Die eingelangten Wettbewerbsprojekte sind anhand der vorgegebenen Wettbewerbsbedingungen von einer fachkundigen Jury zu beurteilen. Üblicherweise werden Preisgelder oder Vergütungen gezahlt. Mit dem Sieger des Wettbewerbs kann – ohne vorangehende Bekanntmachung – ein entsprechender Vertrag über die Durchführung der Dienstleistung abgeschlossen werden. Wettbewerbe eignen sich insbesondere auf den Gebieten der Architektur, der sonstigen Planung, der Werbung oder der Datenverarbeitung, also überall dort, wo es zunächst um die Auswahl eines „Lösungskonzepts“ geht. Beim offenen Wettbewerb ist jeder leistungsfähige Unternehmer zur Abgabe des jeweils geforderten Planung/Konzepts aufgerufen. In diesem Sinn wird der Auftraggeber in der Regel mit vielen Wettbewerbsarbeiten konfrontiert sein und einen entsprechend hohen Prüfaufwand einzukalkulieren haben.

#### c) E-Auktion im Rahmen eines offenen Verfahrens

Jedermann ist berechtigt, infolge der Bekanntmachung ein Angebot bei der elektronischen Auktion abzugeben. Sie ist ein Verhandlungsverfahren auf elektronischem Weg (d. h. ein iteratives Verfahren zur Ermittlung von Best- oder Billigstbieter), bei dem entweder bloß der Preis oder mathematisch konkret vorgegebene sonstige Kriterien Zuschlagskriterien sind. Der Auftraggeber hat eine Auktionsordnung zu erlassen und zu veröffentlichen. Für die E-Auktion gelten alle Anforderungen des E-Procurements (vor allem sichere Signatur und elektronischer Notar), sie kann sehr rasch erfolgen und ist faktisch ein transparentes „Preisverhandeln“ in Form eines Auktionsverfahrens.

### 4.2.2 Zweistufige Verfahren

Im Unterschied zu den einstufigen Verfahren steht die Abgabe eines Angebots nicht jedem leistungsfähigen Unternehmer offen, sondern nur jenen Unternehmen, die einen Teilnahmeantrag (oder sonst in geeigneter Form ihr Interesse und ihre Leistungsfähigkeit darzulegen haben) fristgerecht abgegeben haben, deren Leistungsfähigkeit festgestellt wurde (Mindestkriterien erfüllen) und die zur Abgabe eines Angebots bzw. den Verhandlungen ausgewählt wurden; all dies erfolgt in der ersten Stufe. Anders als bei den einstufigen Verfahren ist die Prüfung der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der interessierten Unternehmen Gegenstand eines eigenen Verfahrensschritts, nämlich der ersten Stufe. In diesem Sinn haben interessierte Unternehmer zunächst Teilnahmeunterlagen abzugeben, aufgrund derer die Leistungsfähigkeit festgestellt und die am best geeigneten Unternehmer zur Angebotsabgabe oder zur Abgabe einer Wettbewerbsarbeit eingeladen werden.

#### a) nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung

Nach dem BVergG 2006 zählt das nicht offene Verfahren ebenfalls zu den Standardverfahren, die grundsätzlich immer zulässig sind, ausgenommen wenn Leistungen nicht beschreibbar sind. Es sind – je nach Auftragsgegenstand – zumindest fünf Unternehmer zur Angebotsabgabe einzuladen.

#### b) Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

Gegenstand des Verhandlungsverfahrens sind Leistung und Gegenleistung. Reine Preisverhandlungen sind verboten!

Das Verhandlungsverfahren ist im Oberschwellenbereich bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen dann zulässig und geboten (!), wenn ob ihrer Eigenheiten eine globale Preisgestaltung nicht möglich ist oder eine vertragliche Spezifikation nicht (Komplexität des Vertragsgegenstandes) hinreichend genau festgelegt werden kann. Darüber hinaus sind Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung bei Auftragsvergaben durch Sektorenauftraggeber zulässig.

Im Unterschwellenbereich können öffentliche Auftraggeber Liefer- und Dienstleistungsaufträge uneingeschränkt und Bauaufträge bis EUR 350.000,- im Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung vergeben, d.h. die Leistung vorab nicht eindeutig beschreibbar ist.

Es sind – je nach Auftragsgegenstand – zumindest drei Unternehmer zu Verhandlungen einzuladen.

#### c) Nicht offener Wettbewerb

Es gilt das unter 4.2.1b) Ausgeführte. Wer zur Abgabe eines Projekt- bzw. Lösungsvorschlages eingeladen wird, ist Gegenstand der ersten Stufe des Verfahrens. Anhand der eingereichten Teilnahmeunterlagen und der in Wettbewerbsbedingungen vorgegebenen Auswahlkriterien werden jene Wettbewerber ermittelt, die zur Abgabe eines Projekt- bzw. Lösungsvorschlages eingeladen werden. Es müssen zumindest drei Wettbewerber eingeladen werden. Auch wenn dieses Verfahren etwas aufwendiger ist als der offene Wettbewerb, empfiehlt sich zumindest der nicht offene Wettbewerb. Andernfalls muss mit der Einreichung zahlloser Projekt- bzw. Lösungsvorschläge gerechnet werden, die bewertet und entgolten werden müssen. Klargestellt ist nunmehr, dass der nicht offene Wettbewerb wie der offene Wettbewerb uneingeschränkt zur Ermittlung der besten „Lösung“ zulässig ist.

#### d) E-Auktion im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens oder Verhandlungsverfahrens

Dies ist eine E-Auktion im Sinn des unter 4.2.1c) Ausgeführten, an der ausschließlich Unternehmer teilnehmen dürfen, die aufgrund einer zuvor erfolgten Bekanntmachung, eines Teilnahmeantrags und Auswahlentscheidung dazu eingeladen wurden.

### 4.2.3 Sonderverfahren

Auch das BVergG 2006 sieht für Aufträge mit einem relativ geringen Auftragswert Erleichterungen vor. Dazu zählen folgende Sonderverfahren, die der Auftraggeber bei den im Folgenden aufgezählten Auftragswerten zusätzlich zu den übrigen Vergabeverfahren wählen darf:

- Direktvergabe bis EUR 40.000,-: Es wird nicht mit mehreren Bietern verhandelt oder verbindliche Angebote von mehreren Bietern eingeholt. Möglich ist lediglich das Einholen unverbindlicher Preisankündigungen. Werden dagegen mehrere verbindliche Angebote auch bei einem Auftragswert bis EUR 40.000,- eingeholt, handelt es sich hierbei – je nachdem, ob verhandelt wird – um ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung oder um ein nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung.
- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis EUR 60.000,- bzw. Bauaufträge bis EUR 80.000,-: Der Auftraggeber lädt drei geeignete Bieter zur Abgabe eines Angebots ein und verhandelt über diese. Zu beachten ist, dass auch hier das Gleichbehandlungsgebot gilt. Der Auftraggeber kann in den Verhandlungen sich zunächst jedoch auf Verhandlungen mit dem Bestbieter beschränken, wenn er dies in der Einladung zur Angebotsabgabe klargestellt hat und die eingereichten Angebote vollständig ausgearbeitet und vergleichbar sind. Wenn die Verhandlungen mit dem Bestbieter scheitern, führt der Auftraggeber mit den übrigen Bietern Verhandlungen. Wichtig ist, dass auch beim Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung zunächst eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und allen eingeladenen Bietern bekannt zu geben ist und erst nach Ablauf der Stillhaltefrist von 7 Tagen der Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung erteilt werden darf.
- Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis EUR 80.000,- und bei Bauaufträgen bis EUR 120.000,-: Im Unterschied zum Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung erfolgen keine Verhandlungen. Die Bestbieterermittlung hat auf Basis der eingereichten Angebote zu erfolgen. Eingeladen werden – ohne Bekanntmachung – vom Auftraggeber ermittelte 5 geeignete Bieter. Auch hier gilt, dass zunächst die Zuschlagsentscheidung zu treffen und Anbietern bekannt zu geben ist und erst nach Ablauf der Stillhaltefrist von 7 Tagen der Auftrag erteilt werden darf.
- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit einem Bieter ist bei geistigen Leistungen derzeit unter bestimmten Umständen bis derzeit ca. EUR 105.500,-: Es bedarf hier einer besonderen Begründung und eines diesbezüglichen Nachweises! Die Stillhaltefrist ist nicht zu beachten. Freilich ist die Auftragsvergabe im Vergabevermerk zu dokumentieren. Auf Anfrage der Europäischen Kommission bzw. der Nachprüfungsbehörde sind die diesbezüglichen Unterlagen vorzulegen.

Darüber hinaus ist ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung unabhängig vom Auftragswert (d. h. auch im Oberschwellenbereich) für öffentliche Auftraggeber aus den in Punkt 4.5.2 lit d aufgezählten Fällen zulässig.

- Geladener Wettbewerb bei geistigen Leistungen im Unterschwellenbereich: Dies ist ein Wettbewerb im Sinn des unter 4.2.1b) Ausgeführten, bei dem der Auftraggeber die Unternehmer direkt einlädt, einen Plan/Lösungsvorschlag abzugeben. Es kommt also zu keiner vorangegangenen Bekanntmachung. Der Auswahlprozess (erste Stufe) ist verkürzt. Er beschränkt sich – rein gedanklich – auf die interne Ermittlung der leistungsfähigen Wettbewerber, die eingeladen werden. Es sind zunächst drei Wettbewerber einzuladen.

#### 4.2.4 Rahmenvereinbarung

Die Rahmenvereinbarung ist eine unverbindliche Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und einem oder mehreren Unternehmern, eine bestimmte Leistung zu erbringen. Der verbindliche Auftrag wird gesondert – losgelöst vom Vergabeverfahren um die Rahmenvereinbarung – erteilt. Der Auftrag kann entweder dem Bestbieter nach der Rahmenvereinbarung unmittelbar bei Bedarf oder dem jeweiligen Unternehmer erteilt werden, der das günstigste Angebot bei einem auf die Parteien der Rahmenvereinbarung beschränkten Wettbewerb abgegeben hat. Der eigentliche Auftrag kann aber auch unabhängig von der Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens (soweit erforderlich mit Bekanntmachung) vergeben werden.

Die Rahmenvereinbarung eignet sich insbesondere bei jenen Leistungen, die einem ständigen Wechsel, insbesondere technologischen Erneuerungen, unterliegen, oder bei Reparaturleistungen, deren Anforderungen je nach Umstand zu konkretisieren sind. So kann z. B. EDV-Hardware oder Software über Rahmenvereinbarungen beschafft werden.

Die Rahmenvereinbarung kann unabhängig vom Auftragswert und der Auftragsart mit einem oder mehreren Unternehmen abgeschlossen werden. Je nach Vertragsgegenstand kann sie in Form eines offenen, eines nicht offenen Verfahrens oder eines Verhandlungsverfahrens abgeschlossen werden, wofür die diesbezüglichen Vorschriften gelten. Maximale Laufzeit ist 5 Jahre.<sup>12</sup> Eine Rahmenvereinbarung kann entweder mit bloß einem Unternehmer oder mit mehreren Unternehmern abgeschlossen werden.

Wurde eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen, kann der konkrete Auftrag aufgrund der in der Rahmenvereinbarung festgelegten Regeln – ohne nochmalige Bekanntmachung – an eine der Parteien vergeben werden. Auf diese eigentliche Auftragsvergabe finden neben den Rechtsschutzbestimmungen lediglich die §§ 151 ff. BVergG 2006 Anwendung. Insbesondere gilt Folgendes:

- wenn die Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer abgeschlossen wurde, kann (aber muss nicht!) der eigentliche Auftrag diesem Unternehmer erteilt werden;

<sup>12</sup> Grundsätzlich darf die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung 3 Jahre nicht überschreiten. Die maximale Laufzeit von 5 Jahren ist nur dann zulässig, wenn dies (aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung) sachlich gerechtfertigt ist.

- wenn es keiner weiteren Konkretisierung bedarf, kann der eigentliche Auftrag unmittelbar aufgrund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne Aufruf zum Wettbewerb vergeben werden, oder
- wenn es Konkretisierungen oder Änderungen bedarf, können nur die Vertragspartner zu einer (kurzfristigen) Angebotslegung eingeladen und dem sich daraus ergebenden Bestangebot der Auftrag erteilt werden.

#### 4.2.5 Dynamisches Beschaffungssystem

Unabhängig vom Auftragswert und der Auftragsart können Aufträge aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems vergeben werden. Ein dynamisches Beschaffungssystem wird ausschließlich auf elektronischem Weg eingerichtet und betrieben und ist – im Unterschied zu einer Rahmenvereinbarung – jederzeit offen. D. h.: Interessenten um einen Auftrag müssen sich nicht unmittelbar nach Veröffentlichung der Einrichtung eines dynamischen Beschaffungssystems melden, sondern können sich auch zu einem späteren Zeitpunkt melden und die Teilnahme am dynamischen Beschaffungssystem beantragen. Im Wesentlichen ist das dynamische Beschaffungssystem eine elektronisch geführte offene Lieferanten-/Dienstleisterliste.

Die Einrichtung des dynamischen Beschaffungssystems ist bekannt zu machen und überdies unverzüglich im Internet zu veröffentlichen. In der Bekanntmachung ist anzuführen, unter welcher elektronischen Adresse die Ausschreibungsunterlagen sowie alle sonstigen erforderlichen Dokumente und Informationen bereitgestellt werden und wie die vereinfachte Bekanntmachung veröffentlicht wird. In den Ausschreibungsunterlagen sind die Leistungen, die Gegenstand des dynamischen Beschaffungssystems sind, eindeutig festzulegen. Die Interessenten haben eine unverbindliche Erklärung zur Leistungserbringung auf elektronischem Weg sowie die geforderten Leistungsnachweise zu übermitteln. Der Auftraggeber hat die geeigneten Bieter zum dynamischen Beschaffungssystem zuzulassen. Jene Bieter, die nicht zugelassen werden, sind hievon zu verständigen. Kosten für die Teilnahme am dynamischen Beschaffungssystem dürfen nicht verrechnet werden.

Beabsichtigt ein Auftraggeber aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems einen konkreten Auftrag zu vergeben, hat er hievon alle im dynamischen Beschaffungssystem zugelassenen Bieter zu verständigen, zur Angebotsabgabe einzuladen und darüber hinaus im Internet (also nicht im EU-Amtsblatt) eine vereinfachte Bekanntmachung über die beabsichtigte Auftragsvergabe bekannt zu machen. In dieser Bekanntmachung sind alle sonstigen interessierten Unternehmen (das sind nicht die Unternehmen, die Teilnehmer des Beschaffungssystems sind) aufzufordern, binnen einer Frist von zumindest 15 Tagen ab Veröffentlichung eine unverbindliche Erklärung zur Teilnahme am dynamischen Beschaffungssystem abzugeben. Eine Aufforderung zur Angebotsabgabe ist erst dann zulässig, wenn nach Ablauf dieser zumindest 15-tägigen Frist über alle noch eingelangten Anträge auf Teilnahme zum Beschaffungssystem entschieden wurde. Angebote sind elektronisch abzugeben. Der Zuschlag erfolgt entweder in Form einer elektronischen Auktion oder aufgrund elektronisch eingereicherter Angebote entsprechend den vorab bekannt gegebenen Zuschlagskriterien.

#### 4.2.6 Wettbewerblicher Dialog

Der wettbewerbliche Dialog ist ein mehrstufiges, zumindest dreistufiges Vergabeverfahren, das sich aus

- der Interessentensuche,
- der Dialogphase und
- dem eigentlichen Verhandlungsverfahren zusammensetzt.

Die Interessentensuche zielt – wie vom Verhandlungsverfahren und den nicht offenen Verfahren mit Bekanntmachung – darauf ab, geeignete Bieter zu ermitteln.

Mit den geeigneten Bietern werden in der Dialogphase verschiedene mögliche technische Lösungen in der Form „besprochen“, dass die Teilnehmer am Dialog dem Auftraggeber Lösungen vorschlagen und der Auftraggeber – auch in mehreren Teilphasen – die umsetzbaren Lösungen ermittelt. Während der Dialogphase darf der Auftraggeber Lösungen, Teile von Lösungen oder vertraulichen Informationen eines Teilnehmers nicht weitergeben. Teilnehmer, deren Lösungen nicht weiter berücksichtigt werden, sind hievon unverzüglich zu verständigen. Der Dialog ist so lange zu führen, bis eine geeignete Lösung oder mehrere Lösungen ermittelt wurden. Der Auftraggeber hat den Abschluss des Dialogs und die Grundzüge der ausgewählten Lösungen allen Teilnehmern am Dialog unverzüglich bekannt zu geben.

Auf Basis dieser bekannt gegebenen Lösung haben die im Dialog verbliebenen Teilnehmer auf der Grundlage der vom jeweiligen Teilnehmer vorgelegten Lösungen ein Angebot zu legen, welches verhandelt wird. Wesentlich ist, dass nur die Bieter aufgrund der von ihnen selbst vorgelegten Lösungen Angebote abgeben können, also nicht aufgrund von Lösungen eines anderen Bieters bzw. Teilnehmers am Dialog. In diesem Sinn sind auch die Lösungen im Detail nicht den übrigen Teilnehmern bekannt zu geben, sondern nur in Grundzügen nach Abschluss der Dialogphase. Der Abschluss der Dialogphase ist bei den Vergabekontrollbehörden bekämpfbar.

Der wettbewerbliche Dialog ist – so wie das dynamische Beschaffungssystem – ein neues Vergabeverfahren. Erfahrungen dazu bestehen noch nicht. Es geht im Wesentlichen darum, dass im Anschluss an die Interessentensuche in jeweils getrennt und vertraulich geführten Gesprächen Lösungen erarbeitet werden und nur mehr mit den Bietern, die eine geeignete Lösung präsentiert haben, Verhandlungen auf Basis dieser Lösungen geführt werden. Der wettbewerbliche Dialog ist nur in besonderen Fällen zulässig, und zwar wenn es sich um die Vergabe besonders komplexer Aufträge handelt und die Vergabe im offenen oder nicht offenen Verfahren nicht möglich ist. Ein Auftrag ist besonders komplex, wenn der Auftraggeber eine technische Spezifikation und die rechtlichen und finanziellen Konditionen des Vorhabens nicht – auch nicht unter Einbindung von externen Sachverständigen – erstellen kann. Das heißt, in jenen Fällen, in denen trotz Einbindung interner und externer Sachverständiger der Leistungsgegenstand sowohl in technischer als auch rechtlich-kaufmännischer Art nicht konkretisiert werden kann, ist ein wettbewerblicher Dialog zulässig. Ein solcher wettbewerblicher Dialog erfordert in der Regel ebenfalls die Einbindung externer Sachverständiger, die auf Seiten des Auftraggebers die diversen angebotenen Lösungen prüfen und verhandeln können.

## 4.3 BEKANNTMACHUNG

### 4.3.1 Grundsätze

Es gilt der Grundsatz der Transparenz (vgl. Punkt 3.7). Soweit das BVergG 2006 keine ausdrückliche Ausnahme regelt, ist die Vergabe eines Auftrags bekannt zu machen. Die Sicherstellung einer Mindesttransparenz (d. h. grundsätzliches Verbot der Vergabe eines Auftrags unter Ausschluss der Öffentlichkeit) ist – unabhängig von der Geltung der Vergaberichtlinien – geboten.

### 4.3.2 Bekanntmachungsvorschriften bei den einzelnen Verfahren

- a) Offenes Verfahren → immer bekannt zu machen
- b) Nicht offenes Verfahren → grundsätzlich immer bekannt zu machen

Ausnahme: Dienstleistungs- oder Lieferaufträge bis EUR 60.000,- sowie Bauaufträge bis EUR 120.000,-. In diesen Fällen kann ein Auftraggeber ihm bekannte leistungsfähige Unternehmer zur Angebotsabgabe direkt einladen.

- c) Offener und nicht offener Wettbewerb → immer bekannt zu machen
- d) Geladener Wettbewerb → nicht bekannt zu machen
- e) Verhandlungsverfahren → grundsätzlich bekannt zu machen

Ausnahmsweise ist ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung in den Fällen zulässig, wie sie in 4.2.3 und 4.5.2 lit d aufgezählt sind.

### 4.3.3 Sonstige wesentliche Grundsätze

Auch bei der Direktvergabe oder bei dem Verhandlungsverfahren ohne vorangehende Bekanntmachung sind die Vergaberechtsgrundsätze zu berücksichtigen, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung. Auftraggeber sind verpflichtet, die Unternehmen, die sie zu den Verhandlungsverfahren bzw. zum nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung einladen, zu wechseln. Die Bevorzugung lokaler Unternehmer ist unzulässig. In diesem Sinn empfiehlt sich eine allgemeine statistische Aufstellung darüber, welche Unternehmer zur Angebotsabgabe bei einem nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung bzw. bei einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung bzw. bei einer Direktvergabe eingeladen wurden.

Darüber hinaus ist der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit (Art. 51a B-VG) zu beachten. In diesem Sinn mag zwar aus vergaberechtlicher Sicht der Abschluss eines Kaufvertrages über Computer-Hardware im Wert von EUR 19.000,- zulässig sein, ob aber die unterlassene Einholung weiterer Konkurrenzangebote dem Gebot der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit entspricht, ist fraglich.



Sofern es zu keiner Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens kommt, ist das Risiko, einem übergangenen Bieter Schadenersatz zu zahlen, erheblich höher als bei durchgeführter Bekanntmachung. In diesem Fall genießt der Auftraggeber nicht die durch die Präklusionsfristen eingeführte Rechtssicherheit in Bezug auf die gewählte Verfahrensart!

#### 4.3.4 Sonstige Bekanntmachungspflichten/-möglichkeiten

Folgende Bekanntmachungspflichten/-möglichkeiten sind zu beachten:

- Auftraggeber können – auch wenn sie hiezu nicht verpflichtet sind – freiwillige Bekanntmachungen und Mitteilungen im EU-Amtsblatt unter Verwendung der Standardformulare veröffentlichen.
- Der Auftraggeber kann im Internet (!) ein Beschafferprofil veröffentlichen, in dem er Bekanntmachungen über Ausschreibungen, geplante zukünftige Aufträge und vergebene bzw. widerrufenen Aufträge und sonstige Informationen für Interessenten bereitstellt. Die Einrichtung eines Beschafferprofils ist nicht verpflichtend. Wird ein solches Beschafferprofil jedoch eingerichtet, ist dessen erstmalige Einrichtung vorab der Kommission bekannt zu machen. Hiefür besteht derzeit noch kein diesbezügliches Standardformular.
- Wenn der Auftraggeber Angebots- und Teilnahmefristen verkürzen will, kann er eine Vorinformation im EU-Amtsblatt bekannt geben. Die Vorinformation kann auch im Rahmen des Beschafferprofils erfolgen. Die Vorinformation hat die voraussichtlichen Lieferaufträge mit einem geschätzten Gesamtwert von mindestens EUR 750.000,-, Dienstleistungsaufträge mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 750.000,- und Bauaufträge mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 5,923.000,- sobald als möglich nach Beginn des jeweiligen Finanz- bzw. Haushaltsjahres bekannt zu geben.
- Der Umstand, dass ein Auftrag/Ergebnis Wettbewerb/Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich vergeben wurde, ist dem EU-Amtsblatt samt Auftragnehmer und Vergabesumme bekannt zu geben.
- Die Auftraggeber haben bis zum 31.8. jedes Jahres dem Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit statistische Aufstellungen über die im vergangenen Jahr vergebenen Aufträge zu übermitteln.

#### 4.3.5 Art der Bekanntmachung

##### 4.3.5.1 Bekanntmachung im Oberschwellenbereich

Aufträge im Oberschwellenbereich sind vor allem im Amtsblatt der Europäischen Union (kurz: EU-Amtsblatt) bekannt zu machen; und zwar primär im Onlineverfahren über die Internetseite „<http://simap.eu.int>“, wenn dies nicht möglich ist, per E-Mail: [mp-ojs@opoce.cec.eu.int](mailto:mp-ojs@opoce.cec.eu.int); Telefax: +35/2292 94 46 19; +35/2292 94 46 23; +35/2292 94 26 70). Als erstes hat die Absendung der Bekanntmachung an das EU-Amtsblatt zu erfolgen; jedenfalls hat die Absendung vor einer Veröffentlichung im Inland (z. B. im Beschafferprofil) zu erfolgen.

Die Bekanntmachung hat jedenfalls auch in einem nationalen Medium zu erfolgen. Dieses nationale Medium wird für Städte und Gemeinden und den von ihnen beherrschten Rechtsträgern von der jeweiligen Landesregierung bestimmt. Aus den vergleichbaren Regelungen zum BVergG 2002 lässt sich Folgendes auch für das BVergG 2006 ableiten<sup>13</sup>:

- Auftraggeber, die dem Bund zuzuordnen sind, haben den Auftrag in der Onlineausgabe des Amtlichen Lieferanzeigers, der als Teil des „Amtsblatts zur Wiener Zeitung“ erscheint, bekannt zu geben; sie haben die Bekanntmachung im Onlineverfahren, in Ausnahmefällen per E-Mail/Telefax zu übermitteln;
- Auftraggeber, die dem Land Niederösterreich zuzuordnen sind, haben den Auftrag zumindest in den amtlichen Nachrichten der Niederösterreichischen Landesregierung bekannt zu geben;
- Auftraggeber, die dem Land Steiermark zuzuordnen sind, haben den Auftrag zumindest in der Grazer Zeitung bekannt zu geben;
- Auftraggeber, die dem Land Oberösterreich zuzuordnen sind, haben den Auftrag zumindest in der Linzer Zeitung bekannt zu geben;
- Auftraggeber, die dem Land Tirol zuzuordnen sind, haben den Auftrag zumindest im Boten für Tirol bekannt zu geben;
- Auftraggeber, die dem Land Kärnten zuzuordnen sind, haben den Auftrag zumindest in der Kärntner Landeszeitung bekannt zu geben;
- Auftraggeber, die dem Land Salzburg zuzuordnen sind, haben den Auftrag im Internet unter „www.salzburg.gv.at“ bekannt zu geben;
- Auftraggeber, die dem Land Burgenland zuzuordnen sind, haben den Auftrag zumindest im Landesamtsblatt für das Land Burgenland bekannt zu geben;
- Auftraggeber, die dem Land Vorarlberg zuzuordnen sind, haben den Auftrag zumindest im Amtsblatt für das Land Vorarlberg oder im Internet bekannt zu geben;
- Auftraggeber, die dem Land Wien zuzuordnen sind, haben den Auftrag im Internet unter „www.gemeinderecht.wien.at“ zu veröffentlichen.

Im Oberschwellenbereich ist zur Bekanntmachung das EU-Formblatt zu verwenden. Dieses ist im Internet abrufbar unter „www.simap.eu.int“ und wird formell von der jeweils zuständigen Landesregierung für verbindlich erklärt. Darüber hinaus ist der Leistungsgegenstand auch in Form des

<sup>13</sup> Die diesbezüglichen Verordnungen wurden mit Ausnahme der Verordnung des Bundeskanzlers betreffend den Bundesbereich (BGBl. II 2006/300) zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht erlassen. Die folgenden Angaben stützen sich auf die bisherige Praxis.

CPV-Codes und bei Dienstleistungen hilfsweise durch den CPC-Code zu beschreiben. Sowohl die Verwendung der einschlägigen Standardformulare als auch des CPV-Codes ist von wesentlicher Bedeutung. Sie erleichtern den Bietern die Information über für sie relevante Ausschreibungen.

#### 4.3.5.2 Hinweis auf die Anwendbarkeit des GPA-Abkommens

Bei Bekanntmachungen im Oberschwellenbereich haben Auftraggeber anzugeben, ob das GPA-Abkommen anzuwenden ist. Dieses Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (bekannt gemacht unter Abl. C-256 vom 3.9.1996) wurde von der Europäischen Union abgeschlossen und gilt mittelbar (d. h. in Form der EG-Vergaberichtlinien und des BVergG 2006) auch für österreichische Auftraggeber. Im Wesentlichen wird der Kreis der Staaten, deren Unternehmen in Vergabeverfahren mit inländischen Unternehmern gleich zu behandeln sind, auf die Mitglieder dieses GPA-Übereinkommens erstreckt. Das GPA-Übereinkommen gilt u. a. auch für folgende Beschaffungen der Städte und Gemeinden und der von ihnen beherrschten Einrichtungen (vgl. Punkt 2.1), und zwar für

- Lieferaufträge ab Auftragswert SZR 200.000,- (=ca EUR 211.000,-),
- Bauaufträge mit Auftragswert SZR 5 Mio. (=ca EUR 5,923 Mio.) und
- prioritäre Dienstleistungen mit Ausnahme der Sprachtelefonie und der Mobilfunktelefonie ab einem Schwellenwert von SZR 200.000,- (= ca EUR 211.000,-).

Daraus folgt, dass Städte und Gemeinden bei Bekanntmachungen im Oberschwellenbereich grundsätzlich immer auch die Anwendbarkeit des GPA-Abkommens zu bejahen haben. Dies ist nur dann nicht der Fall, wenn es sich um die Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen, die Vergabe der Sprachtelefonie bzw. der Mobilfunktelefonie, oder Aufträge handelt, deren Auftragswerte unterhalb der GPA-Schwellen liegen (z. B. bei Lieferaufträgen unter EUR 211.000,-).

#### 4.3.5.3 Bekanntmachung im Unterschwellenbereich

Im Unterschwellenbereich genügt die Bekanntmachung ausschließlich in den unter 4.3.5.1 genannten nationalen Medien. Die Bekanntmachung hat zumindest die in Anhang VIII des BVergG 2006 geforderten Angaben zu enthalten (vgl. Punkt 9.2).

## 4.4 MINDESTFRISTEN

Je nach gewählter Verfahrensart, nach Auftragswert und den sonstigen Umständen (Dringlichkeit; bereits bekannt gemachte Vorinformation) gelten folgende Mindestfristen für die Abgabe eines Teilnahmeantrags (= erste Stufe bei zweistufigen Verfahren; TN) und die Abgabe eines Angebots. „elektr“ (= elektronisch) bedeutet, dass die Bekanntmachung im Onlineverfahren oder per E-Mail erfolgt und alle Ausschreibungsunterlagen auf der Homepage herunterladbar sind (frei, direkt, vollständig, elektronisch verfügbar sind). „n.a.“ bedeutet „nicht anwendbar“ und „T“ bedeutet „Tage“:

## a) Mindestfristen Oberschwellenbereich

Die Fristen im Oberschwellenbereich werden als Absendung der Bekanntmachung an das EU-Amtsblatt bzw. Einladung zur Angebotsabgabe gerechnet.

Art des Verfahrens	Abgabe TN	Abgabe Angebot
offenes Verfahren – normal	n.a.	52 T
offenes Verfahren – dringlich	n.a.	52 T
offenes Verfahren – Vorinfo	n.a.	22 T
offenes Verfahren – elektr	n.a.	40 T
nicht offenes Verfahren – normal	37 T	40 T
nicht offenes Verfahren – dringlich	15 T	10 T
nicht offenes Verfahren – Vorinfo	37 T	22 T
nicht offenes Verfahren – elektr	30 T	35 T
Verhandlungsverfahren – normal	37 T	angemessen
Verhandlungsverfahren – dringlich	15 T	angemessen
Verhandlungsverfahren – Vorinfo	37 T	angemessen
Verhandlungsverfahren – elektr	30 T	angemessen
wettbewerblicher Dialog – normal	37 T	angemessen
wettbewerblicher Dialog – elektr	30	angemessen

## b) Mindestfristen Unterschwellenbereich

Die Fristen im Unterschwellenbereich werden ab Bekanntmachung im nationalen Medium bzw. Einladung zur Angebotsabgabe gerechnet.

Art des Verfahrens	Abgabe TN	Abgabe Angebot
offenes Verfahren	n.a.	22 T
offenes Verfahren – elektr	n.a.	19 T
nicht offenes Verfahren	14 T	22 T
nicht offenes Verfahren – elektr	14 T	19 T
Verhandlungsverfahren	14 T	angemessen
wettbewerblicher Dialog – normal	14 T	angemessen
Dringlichkeit betreffend alle Verfahrensarten	angemessen	angemessen

Wie in den obigen Tabellen dargelegt, stehen den Auftraggebern je gewählter Verfahrensart bis zu vier „Verfahrensgeschwindigkeiten“ offen. Die Fristen, die unter der Kategorie „normal“ angegeben werden, kommen grundsätzlich zur Anwendung, sofern nicht beschleunigte Verfahren wegen

- bereits bekannt gegebener Vorinformation oder
- besonderer Dringlichkeit der Auftragsvergabe oder
- wegen elektronischer Übermittlung der Bekanntmachung und elektronischer Bereitstellung der Ausschreibungsunterlagen

beansprucht werden.

Voraussetzung für ein beschleunigtes Verfahren bei Vorinformation ist, dass schon in der Vorinformation alle bei einem nicht offenen Verfahren bekannt zu gebenden Informationen bekannt gegeben wurden und die Vorinformation zumindest 52 Tage vor der eigentlichen Vergabebekanntmachung erfolgt. Das heißt, dass nicht eine jede Vorinformation ein beschleunigtes Verfahren rechtfertigt, sondern nur jene Vorinformationen, in denen bereits alle Angaben, wie sie im nicht offenen Verfahren bekannt zu geben sind, enthalten waren.

Ein beschleunigtes Verfahren bei Dringlichkeit ist bereits in der Bekanntmachung kurz zu begründen. Die besondere Dringlichkeit ist ausschließlich durch sachliche, d. h. nicht allein in der Sphäre des Auftraggebers gelegene Umstände gerechtfertigt.

## 4.5 ECKPUNKTE VERHANDLUNGSVERFAHREN

### 4.5.1 Definition und Abgrenzung

Das Verhandlungsverfahren (vormals: freihändige Vergabe) ist ein Vergabeverfahren, bei dem mit einem oder mehreren ausgewählten Unternehmen über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt wird.<sup>14</sup> Das Verhandlungsverfahren besteht aus folgenden 2 Stufen:

- Auswahl der einzuladenden Bieter (Interessensuche) und
- Verhandlungsverfahren im eigentlichen Sinn (Abgabe von mehreren Angeboten im Zuge von Verhandlungen bis zur Abgabe des „Last and best offer“).

Die Auswahl der Bieter hat grundsätzlich infolge einer öffentlichen Bekanntmachung des Verhandlungsverfahrens und dem damit verbundenen Aufruf zur Abgabe von Teilnahmeanträgen (Interessensuche) zu erfolgen. Dieser Auswahlprozess ist vergleichbar zu jenem im nicht offenen Verfahren. Gegenstand der Auswahlentscheidung der einzuladenden Bieter ist die Zuverlässigkeit, Eignung und Leistungsfähigkeit der Bewerber in Bezug auf den Ausschreibungsgegenstand. Die Auswahlentscheidung ist im Voraus (der Bekanntmachung oder den Teilnahmeunterlagen) durch Bekanntgabe von Auswahlkriterien und eines Auswahlmodus zu objektivieren.

<sup>14</sup> Das bloße Preisverhandeln ist unzulässig.

Ausnahmsweise kann dieser nach außen hin bekannt zu machende Auswahlprozess entfallen, und zwar in den unter Punkt 4.2.3 näher beschriebenen „Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung“. Aber auch bei Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung hat der Auftraggeber eine Auswahl darüber zu treffen, wer zur Angebotsabgabe einzuladen ist. Er hat sicherzustellen, dass bloß befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert und die Vergabegrundsätze (vgl. Kapitel 3), insbesondere der Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werden. Die typische Ausprägung dieses Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ist das Einholen von mehreren Angeboten. Zu berücksichtigen ist vor allem, dass befugte, zuverlässige und leistungsfähige Unternehmer auch zur Angebotsabgabe aufgefordert werden und dass bestimmte Unternehmer (insbesondere lokale Unternehmer) nicht unsachlich bevorzugt werden. In diesem Sinn sollte der Auftraggeber intern eine Aufzeichnung darüber führen, wen er in den unterschiedlichen Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eingeladen hat. Soweit dies sinnvoll und möglich ist, sind auch ausländische Unternehmer bei Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung einzuladen.

Vom Verhandlungsverfahren ist zunächst das offene und nicht offene Verfahren zu unterscheiden. Wesentlicher Unterschied ist, dass im Verhandlungsverfahren über den gesamten Auftrag verhandelt werden kann, wohingegen im offenen/nicht offenen Verfahren ein strenges Verhandlungsverbot gilt. Während im offenen und nicht offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung der Bestbieter ermittelbar sein soll, kommt es im Verhandlungsverfahren zu keiner formalisierten Angebotseröffnung. Mit den Bietern wird der Auftrag verhandelt, bis alle Details feststehen. Erst dann kommt es zur Bestbieterermittlung.

Vom Verhandlungsverfahren ist auch der Wettbewerb zu unterscheiden. Während Gegenstand des Verhandlungsverfahrens der gesamte Auftrag ist, ist Gegenstand des Wettbewerbs die Suche nach einer optimalen „Problemlösung“. Im Wettbewerb geht es um die Auswahl der geeignetsten/besten Projekte, Entwürfe oder Pläne, nicht aber um das Verhandeln des Angebotspreises und sonstige Vertragsbedingungen. Wettbewerbe sind Auslobungsverfahren auf den Gebieten der Architektur, der Planung, des Ingenieurwesens, der Werbung oder der Datenverarbeitung. Sie haben die Auswahl eines oder mehrerer geeigneter Pläne/Projekte und meist auch deren Prämierung mit Preisgeldern zum Ziel. An einen Wettbewerb kann – so der Auftraggeber die Realisierung des ausgewählten Planes/Entwurfes/Projektos wünscht – ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit dem siegreichen Wettbewerber angeschlossen werden. Für die Durchführung der Wettbewerbe gelten besondere Bestimmungen des BVergG 2006 (insbesondere Bestimmungen über Anwendungsbereich des BVergG 2006, Vergabegrundsätze, Bekanntmachungsvorschriften und die in den §§ 153 ff. BVergG 2006 geregelten Sonderbestimmungen).

Bei der Direktvergabe kommt es nicht einmal zu Verhandlungen mit dem Auftragnehmer. Es werden auch keine Angebote eingeholt; allenfalls jedoch unverbindliche (!) Preisauskünfte. Der Auftraggeber bezieht die Leistungen in einem formfreien Verfahren. Zwischen Direktvergabe und Verhandlungsverfahren ohne vorangehende Bekanntmachung mit bloß einem Unternehmen bestehen jedoch keine rechtlich wesentlichen Unterschiede.

## 4.5.2 Anwendungsbereich Verhandlungsverfahren

### a) Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung im Oberschwellenbereich

Im Oberschwellenbereich gilt für öffentliche Auftraggeber der Grundsatz des offenen oder nicht offenen Verfahrens. Davon können normale Auftraggeber<sup>15</sup> nur abweichen, wenn der auszusprechende Leistungsgegenstand oder die konkreten Umstände<sup>16</sup> ein Verhandlungsverfahren erfordern. Im Folgenden sind Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung nicht nur zulässig, sondern sogar geboten:

- Der Auftragsgegenstand ist derart, dass eine vertragliche Spezifikation nicht hinreichend genau vorgenommen werden kann, d. h. eine konstruktive Ausschreibung unter Vorgabe eines auszupreisenden Leistungsverhältnisses unmöglich ist. Dies trifft immer dann zu, wenn trotz sorgfältiger Vorbereitung der Ausschreibung die Ausschreibungsunterlagen nicht in einer Form erstellt werden können, dass die abgegebenen Angebote miteinander vergleichbar sind. Gerade im Verhandlungsverfahren soll diese Vergleichbarkeit der Angebote hergestellt werden. Diese Ausnahmebestimmung gilt uneingeschränkt für Dienstleistungsaufträge.
- Wenn die Eigenheit von Bauaufträgen oder Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich eine globale Preisgestaltung nicht ermöglichen oder die mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine globale Preisgestaltung verhindern.

Bei beiden Ausnahmebestimmungen geht es im Wesentlichen darum, dass ein offenes oder nicht offenes Verfahren zur Vergabe des konkreten Ausschreibungsgegenstandes nicht geeignet ist. Zu näherer Auslegung sind das offene und nicht offene Verfahren, insbesondere das Verhandlungsverbot vor Augen zu halten. Bei manchen Ausschreibungsgegenständen ist es trotz noch so sorgfältiger Vorbereitung entweder dem Auftraggeber (Fallgruppe 1) oder dem Bieter (Fallgruppe 2) unmöglich, ein „Last and best offer“ zu bewerten bzw. abzugeben, ohne Detailverhandlungen zu führen. Dies trifft auf Leistungsgegenstände zu, die sich entweder durch eine besondere Eigenheit/Originalität oder durch eine besondere Größe bzw. Risikogestaltung auszeichnen. In diesem Sinn können geistige Dienstleistungen (vgl. Punkt 4.6) und nicht-prioritäre Dienstleistungen (vgl. Punkt 9.1) im Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung vergeben werden (Fallgruppe 1). Auch Großprojekte mit vielen Schnittstellen, die zahlreichen technischen Neuerungen und Unwägbarkeiten unterliegen, können im Verhandlungsverfahren vergeben werden (Fallgruppe 2). Es kommt darauf an, inwieweit der Auftragsgegenstand im Voraus trotz sorgfältiger Ausschreibungsvorbereitung standardisierbar ist und ein bestimmtes Leistungsverzeichnis vorgegeben werden kann (Fallgruppe 1) oder Bieter ohne Verhandlungen ein Angebot ohne erhebliche Risiken/Spekulationen abgeben können (Fallgruppe 2).

<sup>15</sup> Sektorenauftraggeber können nach eigenem Ermessen das Verhandlungsverfahren wählen.

<sup>16</sup> Z. B. besondere Dringlichkeit der Auftragsvergabe, für die ausgeschriebene Leistung kommt aus Gründen des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten bloß ein bestimmtes Unternehmen in Frage oder Vergabe eines Folgeauftrags.

#### b) Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung im Unterschwellenbereich

Öffentliche Auftraggeber sind im Unterschwellenbereich ohne weitere Begründung zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung berechtigt

- bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und
- bei Bauaufträgen mit einem Auftragswert bis zu EUR 350.000, -.

Hingewiesen sei hier nochmals, dass bei der Vergabe von Losen im Unterschwellenbereich auf den Auftragswert des einzelnen zu vergebenden Loses abzustellen ist und nicht auf den Auftragswert des Bauwerks/Bauvorhabens. In diesem Sinn wird auch ein Großteil der Bauaufträge im Unterschwellenbereich im Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung vergeben werden können. Im Übrigen rechtfertigen die zum Oberschwellenbereich genannten Gründe auch im Unterschwellenbereich ein Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung bei Bauaufträgen.

#### c) Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung im Sektorenbereich

Sektorenauftraggeber sind sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich uneingeschränkt und ohne weitere Begründung zum Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung berechtigt.

#### d) Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung

Ausnahmsweise sind öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber in folgenden Fällen zum Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit einem Bieter berechtigt; und zwar unabhängig vom Auftragswert. Die folgenden Ausnahmen sind eng auszulegen:<sup>17</sup>

- wenn die Leistung aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann.

Diese Ausnahmebestimmung ist im Zusammenhang mit dem Verbot zu lesen, bestimmte Produkte, bestimmte Marken oder Patente auszuschreiben. Das heißt, ein Leistungsgegenstand darf nicht so eng umschrieben werden, dass nur ein Unternehmer aufgrund seiner Ausschließlichkeitsrechte diesen erbringen kann, weswegen nur ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung zulässig wäre. Entscheidend ist nicht das Vorliegen von Ausschließlichkeitsrechten (diese gibt es unzählige Male im Wirtschaftsleben), sondern die anhand der konkreten Umstände zu beantwortende Frage nach der sachlichen Abgrenzung des Leistungsgegenstandes. So ist bei der Ausschreibung einer Standardsoftware die Ausschreibung einer bestimmten Marke/Firmensoftware unzulässig und rechtfertigt umso weniger ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit diesem Unternehmen. Ist bei einem Auftraggeber aber bereits eine Individualsoftware installiert worden und soll diese Individualsoftware bearbeitet

<sup>17</sup> Zu hinterfragen ist, ob es eine vergleichbare **Verfahrensalternative** gibt, die mehr Wettbewerb zulässt. Vor allem hat in einem allfälligen Vergabekontrollverfahren der Auftraggeber nachzuweisen, dass die Voraussetzungen für diese Ausnahmebestimmung vorlagen, insbesondere dass keine alternativen Vergabeverfahren möglich waren.



werden, stehen einem transparenten und mehreren Unternehmern zugänglichen Vergabeverfahren die Verwertungsrechte des Unternehmens entgegen, das diese Individualsoftware installiert hat<sup>18</sup>.

Zulässig ist weiters das Engagement bestimmter Künstler im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung. Auch wenn möglicherweise argumentiert werden kann, dass der Sänger A durchaus auch ersetzbar wäre durch den Sänger B und somit bloß Gesangsleistungen auszusprechen wären, darf der künstlerische Gesichtspunkt nicht übersehen werden. Bei der Kunst kommt es eben darauf an, dass bestimmte Personen das Werk aufführen/errichten. Insofern ist der Kunst der Vorrang vor den vergaberechtlichen Einschränkungen zu geben.

- Folgeaufträge für Bau- oder Dienstleistungen, für die bei der ursprünglichen Ausschreibung nicht vorgesorgt wurde, können an den ursprünglichen Auftragnehmer bis zu 50 % des Auftragswertes vergeben werden, sofern eine Trennung vom bestehenden Auftrag entweder technisch oder wirtschaftlich nicht sinnvoll ist. Zu beachten ist hierbei vor allem die 50%ige Wertgrenze. Wird diese Wertgrenze überschritten, muss der Folgeauftrag, auch wenn die Vergabe an einen anderen Unternehmer zu Komplikationen an den Schnittstellen führt, einem neuen Vergabeverfahren zugeführt werden. Unterhalb dieses Schwellenwertes sollte dagegen mit einer entsprechenden technischen/wirtschaftlichen Begründung der Folgeauftrag an den ursprünglichen Auftraggeber erteilt werden können.
- Folgeaufträge für gleichartige Bau- oder Dienstleistungen, die bereits Gegenstand des Entwurfs der Ausschreibung waren und auf deren Vergabe im vorangegangenen Verfahren bereits hingewiesen wurde, können innerhalb von 3 Jahren nach Abschluss des ersten Vertrages an den ursprünglichen Auftragnehmer vergeben werden. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, dass bei der Ausschreibung von Aufträgen immer auch an die Möglichkeit von Folgeaufträgen zu denken und die Möglichkeit dieser Folgeaufträge bereits der Ausschreibung zugrunde zu legen ist. Fehlt ein solcher Hinweis in der Ausschreibung, kann von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht werden, auch wenn dies wirtschaftlich/technisch sinnvoll wäre. Dass Folgeaufträge ad infinitum an denselben Auftragnehmer vergeben werden, verhindert die 3-Jahres-Frist. Nach Ablauf dieser 3-Jahres-Frist können Folgeaufträge auch dann nicht vergeben werden, wenn sie in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen sind.
- Folgeaufträge für Lieferaufträge: Wenn Erneuerungen/Zusatzlieferungen für ein System erforderlich werden und ein Systemwechsel unmöglich ist; wenn für früher durchgeführte Lieferungen des ursprünglichen Unternehmens zusätzliche Lieferungen notwendig werden, die entweder zur teilweisen Erneuerung von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind und der Wechsel des Auftragnehmers dazu führen würde, dass der Auftraggeber Waren mit unterschiedlichen technischen Merkmalen kaufen müsste und dies eine technische Unverhältnismäßigkeit und unverhältnismäßige Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde. Die Laufzeit dieses Auftrags darf in der Regel 3 Jahre nicht überschreiten.

<sup>18</sup> In Anbetracht der mit dieser Monopolstellung für Softwareentwickler verbundenen Verhandlungsposition des Auftragnehmers ist aber anzuraten, bei der Erstellung von Individualsoftware ausdrücklich zu vereinbaren, dass diese auch von Dritten verarbeitet/bearbeitet werden kann.

- Schranke für Folgeaufträge sind – je nach Auftragsart – technische Notwendigkeiten, die ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen und eine Einschränkung auf 3 Jahre bzw. 50 % des Auftragswertes. Soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, lässt sich die Vergabe von Folgeaufträgen an den ursprünglichen Auftragnehmer rechtfertigen.

Die Vergabe von Folgeaufträgen kommt nahezu bei allen Auftragsarten in Frage. Bei Bauaufträgen wird öfters die eine oder andere Leistung zu erbringen sein, die nicht Gegenstand des ursprünglichen Auftrags gewesen ist. Es kann – im Rahmen des 50%igen Schwellenwerts – ein Folgeauftrag erteilt werden. Auch bei der Vergabe nicht absehbarer Erweiterungen des Bauwerks (z. B. Kanalanlage bzw. Kanalleitung) bieten sich Folgeaufträge an. Auch bei der Lieferung von Gegenständen wie z. B. Maschinen oder Fahrzeugen bieten sich Folgeaufträge an, wenn ein Wechsel einiger Fahrzeuge unverhältnismäßige Schwierigkeiten schafft. Auch hier gilt die Beschränkung des Folgeauftrags mit 3 Jahren. Gleiches gilt für Dienstleistungsaufträge. Sind z. B. zusätzliche Flächen zu reinigen, die bei Ausschreibungsbeginn nicht vorhersehbar waren, kann ein Folgeauftrag an den gewählten Auftragnehmer erteilt werden, wenn die Schwelle von 50 % nicht überschritten wird. Auch kann ein Unternehmensberatungsvertrag um weitere 3 Jahre verlängert werden, wenn dies bei der ursprünglichen Ausschreibung vorgesehen wurde oder der bestehende Unternehmensberatungsvertrag um weitere Aspekte ausgeweitet wird, sofern der Schwellenwert von 50 % nicht überschritten wird.

- Wenn im Rahmen eines durchgeführten offenen oder nicht offenen Verfahrens mit Bekanntmachung kein oder kein im Sinn des BVergG 2006 geeignetes Angebot abgegeben wurde und sich die Bedingungen der Ausschreibung/des Auftrags nicht grundlegend geändert haben.
- Dringliche zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, bzw. in Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht vorhersagen konnte, und die Durchführung eines Verfahrens mit vorhergehender Bekanntmachung auch unter Berücksichtigung der Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens nicht zulassen. Es müssen all diese drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen: Es muss sich um ein unvorhersehbares Ereignis handeln (z. B. Naturkatastrophe), es müssen dringliche und zwingende Gründe gegeben sein, die das Einhalten der Frist im Regelverfahren nicht ermöglichen, und es muss ein Kausalzusammenhang zwischen dem unvorhersehbaren Ereignis und den sich daraus ergebenden dringlichen und zwingenden Gründen bestehen. Dass ein Auftraggeber zu spät mit einem Beschaffungsvorgang begonnen hat, dass Budgetmittel zu spät zur Verfügung gestellt wurden oder dass Genehmigungen einer Behörde verspätet erteilt worden sind, sind keine dringlichen und zwingenden Gründe!
- Ein Lieferauftrag ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- und Entwicklungszwecken wobei der Lieferauftrag jedoch nicht einer Serienfertigung oder zum Nachweis der Marktfähigkeit und Deckung der Forschungs- und Entwicklungskosten dienen darf.
- Es sich um die Lieferung von Waren handelt, die an einer Warenbörse notiert und gekauft werden.

- Lieferung von Waren, die zu besonders günstigen Bedingungen von Unternehmen, die ihre Geschäftstätigkeit endgültig (!) einstellen (z. B. sich in Insolvenz oder Liquidation befinden), erworben werden.
- Wenn ein Dienstleistungsauftrag im Anschluss an einen Wettbewerb gemäß den einschlägigen Bestimmungen an den Gewinner oder an einen der Gewinner des Wettbewerbs vergeben werden muss. In diesem Fall müssen alle Gewinner des Wettbewerbs zur Teilnahme an den Verhandlungsverfahren aufgefordert werden. Voraussetzung zur Ausübung dieser Ausnahmebestimmung ist, dass eine Verpflichtung des Auftraggebers besteht, den Sieger des Wettbewerbs auch mit dessen Realisierung zu beauftragen; es sich also um einen Realisierungswettbewerb und nicht um einen bloßen Ideenwettbewerb handelt.

#### 4.5.3 Rahmenbedingungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens

Für das Verhandlungsverfahren gelten grundsätzlich dieselben Bestimmungen wie für das offene und nicht offene Verfahren. Im Wesentlichen gelten jedoch folgende Änderungen:

- Eine Bekanntmachungsverpflichtung und die damit verbundene Verpflichtung zur Durchführung eines formalisierten Auswahlverfahrens der Bieter (Interessentensuche) bestehen nur im Zusammenhang mit den „Vergabeverfahren mit vorangehender Bekanntmachung“; diese Verpflichtung entfällt bei „Vergabeverfahren ohne vorangehender Bekanntmachung“.
- Zur Angebotsabgabe sind zumindest drei leistungsfähige Unternehmer einzuladen.<sup>19</sup>
- Es besteht keine Mindestfrist zur Abgabe eines Angebots. Die Frist muss im Hinblick auf den Leistungsgegenstand angemessen sein.
- Es hat keine formalisierte Angebotseröffnung stattzufinden. Bieter dürfen an der Angebotseröffnung nicht teilnehmen. Das Ergebnis der Angebotseröffnung ist geheim zu halten.
- Anzahl und Name der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmen sind bis zur Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.
- Es besteht kein Verhandlungsverbot. Im Gegenteil: während der Zeit zwischen Abgabe des ersten Angebots bis zur Zuschlagsentscheidung werden mehrere Angebote abgegeben und sind Gegenstand von Verhandlungen. Diese Verhandlungen haben sich auf den gesamten Vertragsinhalt, insbesondere den Leistungsgegenstand zu beziehen. Reine Preisverhandlungen – d. h. ohne Änderung/Konkretisierung des Leistungsgegenstandes und der übrigen Vertragsbedingungen – sind unzulässig.

<sup>19</sup> Im offenen Verfahren besteht keine Beschränkung der Bieterzahl und beim nicht offenen Verfahren sind zumindest fünf Bieter einzuladen.

- Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsbedingungen den näheren Fortgang des Vergabeverfahrens zu skizzieren. Er ist an diese Vorgaben gebunden. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsbedingungen eine Art „Short-Listing“ vorsehen. Das heißt: Der Auftraggeber kann vorgeben, dass er nicht mit einem jeden Bieter die Verhandlungen bis zur Regelung aller Fragen im Detail führt, sondern er in mehreren Verhandlungsschritten sich einem oder mehreren Bietern nähert, mit denen er die Endverhandlungen führt. Jene Bieter, die nicht mehr weiter berücksichtigt werden, sind von dieser Entscheidung unverzüglich zu verständigen.
- Der Auftraggeber hat vorab allen Bietern bekannt zu geben, wann die Verhandlungen enden, also wann ein jeder Bieter sein letztgültiges Angebot abgeben kann.
- Bei Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich und im Oberschwellenbereich ohne Bekanntmachung ist der Auftraggeber berechtigt, in den Ausschreibungsbedingungen vorzusehen, dass er zunächst nur mit dem Bestbieter weitere Detailverhandlungen führt, wenn die eingereichten Angebote vollständig und miteinander vergleichbar sind. Daraus folgt für den Auftraggeber eine wesentliche Verfahrenserleichterung. Er ist eben nicht verpflichtet, mit einem jeden Bieter im Sinn der Gleichbehandlung Verhandlungen bis zum Ende zu führen. Gerade im Hinblick darauf, dass im Unterschwellenbereich Auftraggeber ohne weitere Begründung das Verhandlungsverfahren wählen können, also auch bei konkret beschreibbaren Leistungen das Verhandlungsverfahren einsetzen können, können Auftraggeber nach einer Interessentensuche in einem ersten Schritt Angebote einfordern und dann – wenn dies in der Aufforderung zur Angebotsabgabe klargemacht wird – mit dem Bestbieter Detailverhandlungen führen. Dies ist der zu empfehlende Weg im Unterschwellenbereich.

## 4.6 VERGABE GEISTIGER DIENSTLEISTUNGEN

### 4.6.1 Definition

Der Begriff „geistige Dienstleistungen“ ist enger als der Begriff der „immateriellen Leistungen“ und entspricht dem Begriff „geistig-schöpferische Dienstleistungen“. Immaterielle Leistungen, bei denen eine vorherige eindeutige und vollständige Leistungsbeschreibung möglich ist, sind nicht vom Begriff der „geistig Dienstleistungen“ erfasst. Das BVergG 2006 definiert sie als *„Dienstleistungen, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht. Für derartige Leistungen ist ihrer Art nach zwar eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung (konstruktive Leistungsbeschreibung) möglich“*.

Entscheidendes Kriterium ist die Frage, inwieweit die Leistung im Voraus beschreibbar ist und inwieweit Inhalt dieser Leistungen originäre und kreative Elemente sind. So ist z. B. die reine örtliche Bauaufsicht in wenig komplexen Bauvorhaben in der Regel keine geistige Leistung. Sie lässt sich im Voraus beschreiben. Dagegen sind geistige Leistungen z. B. Architektenleistungen (Erstellung von Plänen), Erstellung von Gutachten und Forschungsarbeiten, Softwareentwicklungen, Werbekonzepte, Untersuchungen und Studien und Unternehmensberatungsleistungen.

Schon der Begriff „geistig“ deutet die wesentlichen Elemente an. Es geht nicht um die Verrichtung von standardisierbaren Arbeiten, sondern um die Schaffung eines geistigen Werkes.

Im Unterschied zu geistigen Leistungen sind die übrigen Dienstleistungen primär ausgerichtet auf die Erbringung standardisierter und/oder inhaltlich vollständig beschreibbarer Tätigkeiten wie z. B. Durchführung von Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten, Transportleistungen, Fernmeldeleistungen, finanzielle Dienstleistungen, Facility-Management (Gebäudereinigung, Hausverwaltung), Verlegung und Drucken und Abfallbeseitigung sowie Buchführung, -haltung und -prüfung. Im Einzelfall bedarf es aber jedenfalls einer eingehenden Interpretation.

#### 4.6.2 Anwendbare Vergabeverfahren

Je nach konkret gesuchter Problemlösung und Auftragsgegenstand sowie dem geschätzten Auftragswert stehen dem Auftraggeber folgende Verfahren alternativ für die Vergabe geistiger Dienstleistungen zur Verfügung:

- Direktvergabe bei einem Auftragswert bis zu EUR 40.000,-;
- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung bis zum Auftragswert von EUR 60.000,-;
- Verhandlungsverfahren mit einem Unternehmen bis zu einem Auftragswert von ca. EUR 105.500,-, wenn die Kosten eines Beschaffungsverfahrens außer Verhältnis stehen zu dem damit verbundenen Nutzen;
- Realisierungswettbewerb, wenn zunächst der optimale/geeignetste Lösungsvorschlag/Plan ermittelt werden soll;
- Verhandlungsverfahren nach vorangehender Bekanntmachung (jedenfalls).

Sofern ob des hohen Auftragswertes kein Sonderverfahren (vgl. ersten drei Aufzählungszeichen) gewählt werden kann, stellt sich für den Auftraggeber oft die Frage, ob er ein Verhandlungsverfahren oder einen Wettbewerb durchführt. Wettbewerbe eignen sich aber nur für jene geistigen Dienstleistungen, die einen Lösungsansatz/Plan/Entwurf zum Gegenstand haben, also z. B. nicht für reine Beratungsleistungen. Im Übrigen werden folgende Aspekte bei einer Entscheidung zwischen Wettbewerb und Verhandlungsverfahren zu berücksichtigen sein:

Zunächst gilt es, zwischen dem Realisierungswettbewerb und dem Ideenwettbewerb zu unterscheiden. Der Realisierungswettbewerb hat zum Ziel, dass das ausgelobte Projekt auch realisiert wird, und enthält schon in der Bekanntmachung und darüber hinaus in der Wettbewerbsordnung die Verpflichtung des Auftraggebers (!), mit dem oder den Gewinnern des Wettbewerbs Verhandlungen über die Realisierung ihres Projektes zu verhandeln. Der Auftraggeber ist beim Realisierungswettbewerb zum Abschluss verpflichtet, sofern er dieses Verhandlungsverfahren nicht berechtigt widerruft. Nur wenn diese Verpflichtung zum Verhandeln mit den Siegern des Wettbewerbs bekannt gemacht ist, kann der Auftraggeber von der Ausnahmenvorschrift Gebrauch machen, die eine nochmalige Bekanntmachung des Dienstleistungsauftrags nicht erfordert. Davon

zu unterscheiden sind Ideenwettbewerbe, die bloß auf die Einholung von Ideen abzielen und nicht auf die Realisierung des Projektes. Soll ein Projekt aus dem Ideenwettbewerb realisiert werden, muss dieses Projekt im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit Bekanntmachung vergeben werden. Daraus folgt, dass Auftraggeber, wenn sie sich für den Wettbewerb und anschließendem Verhandlungsverfahren mit dem Sieger eines Wettbewerbs entscheiden, dies in der Bekanntmachung bereits festlegen müssen und dann auch verpflichtet sind, mit dem Sieger eines anonym eingereichten Projekts Verhandlungen zu führen.

Vorteile Wettbewerb:

- Möglichkeit, durch eine Fachjury das beste Projekt/Planung/Konzept zu ermitteln;
- sehr problemorientiert; breiter Blickwinkel möglicher Lösungsvarianten;
- Möglichkeit, externes Know-how zu relativ geringen Kosten zu erwerben;
- wenig restriktive Vergabeverfahrensregeln.

Nachteile Wettbewerbsverfahren:

- Einbindung einer Fachjury, sodass die Entscheidung nicht nur vom Auftraggeber getroffen wird;
- kostenintensives Vergabeverfahren (Preisgelder für Sieger und sonstige Teilnehmer);
- eingeschränkter „Preiswettbewerb“.

Im Vergleich zum Wettbewerb weist das Verhandlungsverfahren konträre Vor- und Nachteile auf. So lässt sich im Verhandlungsverfahren die optimalste technische Lösung nicht so leicht ermitteln wie im Wettbewerbsverfahren. Dagegen ist es in der Regel mit weniger Kosten und Verfahrensaufwand verbunden. Vor allem kann auch im Verhandlungsverfahren die Konzeptlösung ein wesentlicher Bestandteil der Bewertung sein, sodass das Verhandlungsverfahren sowohl Preis- und Vertragsbedingungen als auch Lösungsansätze zum Gegenstand haben kann.

#### 4.6.3 Skizzierung des Ablaufs eines Verfahrens zur Vergabe geistiger Dienstleistungen

a) Beispiel Vergabe PR-Auftrag

**Beispiel:**

*Die Stadtgemeinde Innsbruck beabsichtigt die Vergabe eines PR-Auftrags mit einem geschätzten Auftragswert von EUR 150.000,-/Jahr für die Dauer von 3 Jahren mit der Option, diesen Auftrag um weitere 3 Jahre zu verlängern.*

Es gelten die Vergaberegeln für den Oberschwellenbereich, weil der Jahresauftragswert (EUR 150.000,-) multipliziert mit 6 Jahren (3 Jahre + Verlängerungsoption um weitere 3 Jahre) den Schwellenwert von EUR 200.000,- weit übersteigt. Dem Auftraggeber stehen als Vergabeverfahren sowohl der Wettbewerb als auch das Verhandlungsverfahren nach vorangehender Bekanntmachung offen. Da ein Verhandlungsverfahren rascher und weniger kostenintensiv durchgeführt werden kann, wird dieses gewählt.

Die beabsichtigte Vergabe des PR-Auftrags ist entsprechend der Standardformularverordnung im EU-Amtsblatt und im Boten für Tirol zu veröffentlichen. In der Veröffentlichung ist darauf hinzuweisen, dass Teilnahmeunterlagen bei der vergebenden Stelle abzuholen sind.

In den Teilnahmeunterlagen sind – neben den im Kapitel 5 dargelegten Punkten – vor allem die geforderte Leistungsfähigkeit und die Auswahlkriterien bekannt zu geben. Anhand dieser bekannt gegebenen Auswahlkriterien hat die vergebende Stelle die von den Bewerbern eingereichten Teilnahmeunterlagen zu bewerten und zu ermitteln, welche drei Unternehmen zum Verhandlungsverfahren im engeren Sinn (Abgabe von Angeboten) eingeladen werden.

In der Aufforderung zur Abgabe von Angeboten wird u. a. das konkrete Verhandlungsverfahren zu skizzieren sein (wie oft welche Angebote einzureichen sind), wie die Verhandlungen geführt werden und wann die Verhandlungen beendet sind. Als Zuschlagskriterien sollte vor allem die „Qualität des vorgeschlagenen Lösungskonzepts“ herangezogen werden. Eine Vergabekommission, an der zumindest vorwiegend sachverständige Mitglieder mitwirken, sollte das Lösungskonzept samt Angebot bewerten.

Entsprechend diesen Ausschreibungsunterlagen wird das Verhandlungsverfahren zu führen und die Angebotsbewertung durchzuführen sein. Allen Bietern ist die Zuschlagsentscheidung im Voraus bekannt zu geben. Der Auftraggeber hat eine Stillhaltefrist von 14 Tagen einzuhalten; dies bei sonstiger Nichtigkeit.

b) Beabsichtigte Vergabe von Architektenleistungen für Planungsleistungen mit einem geschätzten Auftragswert < EUR 200.000,- im Land Steiermark

Für die Ermittlung des besten Planes/Entwurfes bietet sich die Durchführung eines geladenen Wettbewerbs an, sofern der Auftraggeber genügend geeignete Architekten kennt. Vorteil eines geladenen Wettbewerbs ist, dass keine Bekanntmachung erforderlich ist. Der Auftraggeber kann sofort zumindest drei leistungsfähige Architekten zur Abgabe eines Plans auffordern.

Der Aufforderung zur Teilnahme am Wettbewerb ist eine Wettbewerbsordnung anzuschließen, die die näheren Bedingungen des Wettbewerbs regelt (Vorgangsweise des Preisgerichtes, Preisgelder, Verwendungs- und Verwertungsrechte, Rückstellung von Unterlagen, Beurteilungskriterien, Ausschlussgründe und Termine). Ein Drittel der Preisrichter muss über die Qualifikation eines Architekten verfügen. Die Wettbewerbsarbeiten sind anonym vorzulegen.

Die Entscheidung, wer als Gewinner des Wettbewerbs zur Abgabe eines Angebots im Verhandlungsverfahren aufgefordert wird, ist binnen 8 Tagen allen Teilnehmern bekannt zu geben.

#### 4.7 WESENTLICHE BEDINGUNGEN BEI DER VERGABE VON AUFTRÄGEN IM UNTERSCHWELLENBEREICH

In Punkt 4.2.3 sind die Sonderverfahren aufgezählt, insbesondere die Verfahren, die wegen niedriger Auftragswerte vom Auftraggeber gewählt werden können. Zusammengefasst lässt sich dazu festhalten:

- Direktvergabe eines jeden Auftrags bis EUR 40.000,-. Es dürfen dabei nicht mehrere verbindliche Angebote eingeholt werden.
- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit 3 Bietern bei Liefer-/Dienstleistungsaufträgen bis EUR 60.000,- und bei Bauaufträgen bis EUR 80.000,-;
- Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung mit 5 Bietern bei Liefer-/Dienstleistungsaufträgen bis EUR 80.000,- und bei Bauaufträgen bis EUR 120.000,-;
- Geistige Leistungen können derzeit bis ca. EUR 105.000,- im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung vergeben werden, wenn im Einzelfall begründet wird, weshalb die Kosten des Vergabeverfahrens außer Verhältnis zu dem Nutzen des Vergabeverfahrens stehen.

Bei der Auftragswertberechnung ist zu berücksichtigen, dass für die Frage, ob ein Auftragswert im Ober- oder Unterschwellenbereich gelegen ist, die Auftragswerte aller Vergabeeinheiten zusammenzurechnen sind. Ist der Gesamtauftragswert eines Bauvorhabens bzw. die Summe der zusammenzurechnenden Dienstleistungs-/Lieferaufträge geringer als der EU-Schwellenwert, ist bei der Frage, ob eine Direktvergabe oder ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung oder ein nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung herangezogen werden kann, grundsätzlich auf den Auftragswert der einzelnen Vergabeeinheit abzustellen.

Im Unterschwellenbereich ist auch der öffentliche Auftraggeber bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen uneingeschränkt und bei Bauaufträgen bis zu EUR 350.000,- zum Verhandlungsverfahren berechtigt. Das Verhandlungsverfahren im Unterschwellenbereich kann so gestaltet werden, dass drei Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert werden und in dieser Aufforderung zur Angebotsabgabe festgelegt wird, dass mit dem Bestbieter zunächst Detailverhandlungen geführt werden und nur für den Fall, dass diese Detailverhandlungen scheitern, mit den übrigen Bietern verhandelt wird. Selbstverständlich müssen diese einlangenden Angebote miteinander vergleichbar sein. Im Hinblick darauf, dass im Unterschwellenbereich auch beschreibbare Leistungen im Verhandlungsverfahren vergeben werden können, hat der Auftraggeber eine entsprechende Vergleichbarkeit der Angebote durch entsprechende Ausschreibungsunterlagen sicherzustellen.

Die Bekanntmachung hat in den jeweiligen Amtsblättern der Länder zu erfolgen. Die Angebotsfristen im offenen Verfahren bzw. Teilnahmefristen im Verhandlungsverfahren bzw. nicht offenen Verfahren betragen – wenn die Unterlagen elektronisch bereit gestellt werden – 19 Tage ab Bekanntmachung. Auch im Unterschwellenbereich – und zwar auch bei den Sonderverfahren – ist sicherzustellen, dass ausschließlich leistungsfähige/zuverlässige und befugte Unternehmer eingeladen werden. Bei Auftragswerten bis zu EUR 120.000,- kann auf die Prüfung der



Eignung/Leistungsfähigkeit unter Einholung der diesbezüglichen Unterlagen verzichtet werden, wenn die Eignung der eingeladenen Bieter bekannt ist. Jedenfalls ab einem Auftragswert über EUR 120.000,- hat eine entsprechende Eignungsprüfung zu erfolgen.

Auch für die Angebotsprüfung gelten bis zu einem Auftragswert von EUR 120.000,- Erleichterungen. Er kann von der Aufforderung zur Aufklärung im Fall von unangemessenen Preisen bzw. zur Behebung von Mängeln absehen, also die jeweiligen Angebote ohne Chance auf Behebung ausscheiden. Auch die Dokumentationspflichten, insbesondere die Verpflichtung zur Erstellung eines Vergabevermerks, sind bis zu einem Auftragswert von EUR 120.000,- eingeschränkt.

#### 4.8 ELEKTRONISCHES VERGABEVERFAHREN

Das BVergG 2006 ermöglicht die Abwicklung des Vergabeverfahrens sowohl in Papierform als auch in elektronischer Form. In den Ausschreibungsunterlagen ist klarzustellen, wie Angebote einzureichen sind, also ob sie elektronisch oder schriftlich und in Papierform einzureichen sind. Im Zweifel sind Angebote schriftlich und in Papierform (kurz: schriftlich) abzugeben. Auch wenn die Angebote abzugeben sind, können einfache Mitteilungen/Anträge und Benachrichtigungen – sofern der Auftraggeber nichts anderes festlegt – brieflich, per Telefax oder elektronisch erfolgen. Die Zuschlagsentscheidung und die Widerrufsentscheidung – so dies nicht nachweislich unmöglich ist – sind entweder per Telefax oder per E-Mail zu übermitteln, also nicht mittels (eingeschriebenem) Brief. Sowohl Auftraggeber als auch Bieter/Interessenten haben eine Telefaxnummer oder eine elektronische Adresse bekannt zu geben, an die sämtliche Unterlagen und Informationen rechtsgültig ermittelt werden können.

Für das elektronische Vergabeverfahren gilt: Ausschreibungsunterlagen, Angebote und Dokumente, die im Zusammenhang mit der Bestbieterermittlung stehen, sind unter Verwendung einer elektronischen Signatur oder in einer die Vollständigkeit, Echtheit und Authentizität in gleicher Weise gewährleistenden Form zu übermitteln. Soweit Ausschreibungsunterlagen elektronisch übermittelt oder Angebote entgegengenommen werden, muss der Auftraggeber über eine entsprechende EDV-Einrichtung verfügen, die den Anforderungen des Anhangs XVII BVergG 2006 entspricht. Die gewählten Kommunikationsmittel müssen allgemein verfügbar sein und dürfen keinen diskriminierenden Charakter haben. Die Dokumente müssen so erstellt werden, dass sie eindeutig gekennzeichnet sind und eine nachträgliche Veränderung des Inhaltes und der Zeitpunkt dieser Änderungen feststellbar sind.

Im Einzelnen ist das elektronische Vergabeverfahren wie folgt gekennzeichnet:

- Die Bekanntmachung wird in Form der Onlineeingabe bzw. per E-Mail an das Bekanntmachungsorgan übermittelt.
- Die Ausschreibungsunterlagen werden auf der Homepage des Auftraggebers zum Download bereitgestellt.

- In den Ausschreibungsunterlagen ist der Kommunikationsweg anzugeben, auf dem die Angebote elektronisch einzureichen sind. Die Kommunikationswege sind nicht diskriminierend festzulegen, der Kommunikationsweg muss zum Aufbau einer von Anfang bis zum Ende gesicherten Verbindung geeignet sein. Die Dokumentenformate, in denen die Angebote abzugeben sind, sind nicht diskriminierend festzulegen (z. B. PDF, XML und Datenträger gemäß ÖNORM B 2063). Ausgeschlossen sind daher Dokumentenformate, die nur mit erheblichem finanziellen Aufwand beschafft werden und/oder nicht mit einer elektronischen Signatur versehen werden können. Darüber hinaus hat der Auftraggeber festzulegen, inwieweit Angebote zu verschlüsseln sind. Er hat das zulässige Ver- und Entschlüsselungsverfahren, das auf die Angebote anzuwenden ist, bekannt zu geben. Es muss dem Stand der Technik entsprechen. Das Gesetz schreibt kein bestimmtes Verfahren vor. Das derzeit am häufigsten verwendete Ver- und Entschlüsselungsverfahren ist das „Public-Key-Verfahren“, wie dies bei der Versendung von RSA-Briefen angewandt wird. Es existiert eine Vielzahl an Diensteanbietern, die derartige Verschlüsselungstechniken anbieten (vgl. z. B. Pretty Good Privacy unter <http://www.pgp.com>).
- Eignungsnachweise können unter Verweis auf eine Liste geeigneter Unternehmer erbracht werden. Leistungsnachweise, die nicht elektronisch übermittelbar sind, sind spätestens bis Ablauf der Angebotsfrist in Papierform vorzulegen.
- Der Bieter hat auf Aufforderung des Auftraggebers die Informationsmethoden zur Überprüfung der Signatur kostenfrei zur Verfügung zu stellen.
- Das Angebot ist in dem vom Auftraggeber festgelegten Dokumentenformat, in dem vom Auftraggeber festgelegten Kommunikationsweg einzubringen und in dem vom Auftraggeber bekannt gegebenen Verfahren zu verschlüsseln und mit einer elektronischen Signatur versehen bis zum Ende der Angebotsfrist einzureichen. Der Bieter hat sicherzustellen, dass die Prüfung der Vollständigkeit, der Echtheit und Unverfälschtheit des Angebots möglich ist. Sind mehrere Angebotsbestandteile vorhanden, sind die Angebotsbestandteile sicher zu verketten.
- Der Zeitpunkt des Eingangs des elektronischen Angebots ist durch einen Zeitstempeldienst zu dokumentieren und dem Bieter unverzüglich zu bestätigen. Der Auftraggeber hat sicherzustellen, dass er vom Inhalt der Angebote erst nach Ablauf der Angebotsfrist Kenntnis erlangt und vor Ablauf der Angebotsfrist keine unbefugte Entschlüsselung der Angebote erfolgen kann. Er hat die Angebote so zu speichern, dass die Echtheit, Unverfälschtheit und Vertraulichkeit gewährleistet ist, bis zur Angebotseröffnung kein unbefugter Zugriff möglich ist und jeder Zugriff bis zur Eröffnung der Angebote dokumentiert wird.
- Die Öffnung der elektronisch übermittelten Angebote hat durch eine Kommission zu erfolgen. Festzustellen ist, ob die Angebote verschlüsselt sind und kein unbefugter Zugriff erfolgte. Zu verlesen sind die Angebote in der Reihenfolge ihres Einreichens. Es gelten die übrigen Bestimmungen zur Angebotseröffnung.
- Informationsaustausch und sonstige Mitteilungen erfolgen elektronisch, insbesondere Bekanntgabe über Ausscheidungsentscheidungen, Zuschlagsentscheidung und Widerruf.

#### 4.9 ÜBERBLICK ÜBER ZULÄSSIGKEIT EINZELNER VERFAHRENSARTEN

- Ein offenes Verfahren ist grundsätzlich immer zulässig.
- Ein nicht offenes Verfahren ist grundsätzlich immer zulässig.
- Ein offener oder nicht offener Wettbewerb bei der Suche nach den besten Projektvorschlägen ist grundsätzlich immer zulässig.
- Dynamisches Beschaffungssystem ist immer zulässig.
- Rahmenvereinbarung ist immer zulässig.
- Wettbewerblicher Dialog ist bei besonders komplexen Projekten zulässig.
- Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung sind zulässig, sofern vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festlegbar sind oder die Eigenart der Leistung/verbundenen Risiken eine globale Preisgestaltung nicht ermöglicht. Bei Sektorenauftraggebern und bei öffentlichen Auftraggebern im Unterschwellenbereich bis zu EUR 350.000,- sind sie immer zulässig.
- Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung:

Dienstleistungs-, Lieferauftrag	bis EUR 60.000,- bzw.
Bauftrag	bis EUR 120.000,-,
- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung:

Bauftrag	bis EUR 80.000,-,
Dienstleistungs-, Lieferauftrag	bis EUR 60.000,-,
- Direktvergabe bis EUR 40.000,-.

## **VERGABEREGELN – FALLSTRICKE IM ZUGE EINES VERGABE- VERFAHRENS**

## 5.1 LEISTUNGSDEFINITION

Die Leistungsbeschreibung kann wahlweise konstruktiv oder funktional erfolgen. Bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung sind die Leistungen im Detail in Form eines Leistungsverzeichnisses zu beschreiben, während bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die Leistungen als Aufgabenstellung und Festlegung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen beschrieben werden.

### 5.1.1 Konstruktive Leistungsbeschreibung

Die Leistungen sind so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Umfangreiche Leistungen sind in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern. Bei der Erstellung des Leistungsverzeichnisses hat sich der Auftraggeber geeigneter Leitlinien, wie z. B. ÖNORMEN oder standardisierter Leistungsbeschreibungen (z. B. Musterhandbuch Siedlungswasserwirtschaft) zu bedienen. In einzelnen Punkten kann der Auftraggeber davon begründet abweichen. Die Gründe für das Abweichen hat der Auftraggeber auf Anfrage dem Unternehmen unverzüglich bekannt zu geben.

Die zur Vergabe gelangende Gesamtleistung ist in Leistungen gleicher Art und Preisbildung aufzugliedern. Die Gesamtleistung ist aufgrund von Projektunterlagen so genau wie möglich mengenmäßig zu bestimmen. Leistungen, die einmalige Kosten verursachen, sind von solchen, die zeit- oder mengenabhängige Kosten bewirken, in getrennten Positionen zu erfassen. Eine Zusammenfassung ist nur dann möglich, wenn der Wert der einen Leistung den Wert der anderen so übersteigt, dass eine getrennte Preisangabe geringe Bedeutung hat. Im Leistungsverzeichnis ist festzulegen, inwieweit die Preise auch aufzugliedern sind (z. B. Lohn, Sonstiges, Lieferung, Montage). Dies ist jedenfalls dann vorzunehmen, wenn veränderliche Preise vereinbart werden.

Auch wenn der Leistungsgegenstand relativ einfach (nach Bedarfserhebung bzw. Meldung der Bedarfsträger) bestimmt werden kann, ist dessen Definition im Detail nicht immer einfach. Die Leistungen sind eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben. Sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung erfolgt, muss es den Bietern möglich sein, ohne umfangreiche Vorarbeiten und ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken ein Angebot abzugeben, das vergleichbar mit den Angeboten der Mitbewerber ist. Dazu ist die Ausarbeitung einer Leistungsspezifikation (detaillierte Vorgabe der zu erbringenden Leistungen, Nebenleistungen und zu liefernden Materialien) unter Vorgabe eines Mengengerüsts erforderlich (= konstruktive Ausschreibung bzw. Leistungsverzeichnis). Die Einbindung (externer oder interner) Sachverständiger ist geboten. Vorteil einer derartigen konkreten Vorgabe der Leistungsbeschreibung bis ins letzte Detail ist, dass der Qualitätsstandard der Leistung öfters derart klar und eindeutig definiert ist, dass es keines umfangreichen Bewertungsmodus bedarf, sondern dass der Zuschlag dem niedrigsten Angebot erteilt werden kann.

### 5.1.2 Funktionale Leistungsbeschreibung

Das BVergG 2006 eröffnet auch die Möglichkeit einer funktionalen Ausschreibung, bei der bloß die Aufgabenstellung mit Leistungs- oder Funktionsanforderungen vorgegeben wird, ohne dass es einer detaillierten Vorgabe einzelner Leistungspositionen bedürfte. Auch in diesem Fall gilt das Gebot, dass die technischen Spezifikationen das Leistungsziel so hinreichend klar zu beschreiben haben, dass alle maßgeblichen Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Die Vergleichbarkeit der Angebote muss gewährleistet sein! Die Vergleichbarkeit kann über Zuschlagskriterien, eine strenge Angebotsprüfung und ein Verhandlungsverfahren ermöglicht werden. Das Billigstbieterprinzip lässt sich nicht bei der funktionalen Leistungsbeschreibung begründen.

Bieter sind de facto zu umfangreichen Vorarbeiten zur Abgabe eines Angebots gefordert (z. B. Planungsleistungen im Zusammenhang mit der Ausschreibung eines Bauvorhabens wie z. B. einer Kläranlage). Im Unterschied zur konstruktiven Leistungsbeschreibung, bei der das Leistungsverzeichnis vom Auftraggeber vorgelegt wird, hat bei der funktionalen Leistungsbeschreibung der Bieter in der Regel ein Leistungsverzeichnis mit Mengen- und Preisangaben für alle Teile der funktional beschriebenen Leistung einschließlich erforderlicher Pläne und Unterlagen vorzulegen. Jedenfalls sind die Angebote so zu erstellen, dass Art und Umfang der Leistung eindeutig bestimmt sind, d. h. die Erfüllung der Anforderungen nachgewiesen werden kann, die Angemessenheit der geforderten Preise beurteilt werden kann und nach Abschluss der Leistung eine die vertragsgemäße Erfüllung geprüft werden kann. Das Angebot hat die Erklärung zu enthalten, dass die Bieter die Vollständigkeit ihrer Angaben, insbesondere die ermittelten Mengen, ohne Einschränkung und in einer in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Mengentoleranz verantwortet. Annahmen, die ein Bieter getroffen hat, sind im Angebot zu begründen.

Funktionale Ausschreibungen werden insbesondere bei den meisten Dienstleistungsaufträgen zu empfehlen sein. So sind Beratungsaufträge, Aufträge zum Betrieb einer Einrichtung, Planungs- und Architektenleistungen und auch ein Großteil der EDV-Dienstleistungen und Buchhaltungstätigkeiten funktional auszuschreiben. Auch Transportverträge wie z. B. Verkehrsdienstverträge eignen sich für eine funktionale Ausschreibung. Dagegen ist eine funktionale Ausschreibung bei Lieferaufträgen und den meisten Bauaufträgen schwer umzusetzen. Zur Sicherstellung dieser Vergleichbarkeit wird insbesondere ein entsprechender Bewertungsmodus zur Ermittlung des Bestbieters zu konzipieren sein. Bei einer funktionalen Ausschreibung ist ein Billigstbieterprinzip nicht denkbar. Qualität und Umfang des jeweiligen Angebots der Bieter können aufgrund einer derartigen funktionalen Ausschreibung erheblich voneinander abweichen, was bei der Bestbieterermittlung und den diesbezüglichen Kriterien zu erfassen ist. Bei der funktionalen Ausschreibung bedarf es zwar keiner Ausarbeitung der einzelnen Leistungsposition bis ins letzte Detail, sehr wohl aber eines durchdachten Bewertungsmodus, der die unterschiedlichsten Qualitäten im Umfang eines Angebots erfasst. Nur dadurch ist die ebenfalls geforderte Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet. Vor allem wird in der Regel auch ein Verhandlungsverfahren zu wählen sein; zumindest wenn die Vergleichbarkeit der Angebote wegen der Komplexität des ausgeschriebenen Projekts nicht im offenen Verfahren sichergestellt werden kann.

### 5.1.3 Neutralitätsgebot

Sowohl bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung als auch bei einer funktionalen Ausschreibung gilt das Gebot einer neutralen Ausschreibung. Das heißt, so weit technische Spezifikationen verwendet werden, sind vorrangig die europäischen und internationalen Spezifikationen/Normen und erst in zweiter Linie die nationalen Normen zu verwenden. Vor allem darf in technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Herstellung oder Herkunft oder Leistungen, die durch bestimmte Verfahren erzielt werden, auf bestimmte Marken, Patente oder Typen verwiesen werden. Soweit aber die Beschreibung eines Produkts nicht anders möglich ist als durch Verwendung eines solchen Verweises, ist zwingend der Zusatz „oder gleichwertig“ zu verwenden. In diesem Sinn urteilte der EuGH, dass die Forderungen nach einem „Unix-Mehrplatz-Betriebssystem“ (welches zum Zeitpunkt der Ausschreibung Stand der Technik war) oder Forderung eines „Intel-Chips“ unzulässig waren. Richtigerweise hätte es zumindest des Zusatzes „oder gleichwertiger Art“ bedurft.

### 5.1.4 Bieterlücke

In den Fällen, in denen zulässiger Weise auf bestimmte Produkte verwiesen wird (z. B. bei der maschinentechnischen Ausstattung einer Kläranlage auf bestimmte Lüfter) und Erzeugnisse mit dem Zusatz „oder gleichwertiger Art“ akzeptiert werden, gilt folgende Regelung:

- Fügt der Bieter kein Produkt in die frei gelassenen Zeilen (= unechte Bieterlücke) ein, gilt das vorgegebene bestimmte Erzeugnis als angeboten.
- Fügt der Bieter dagegen ein alternatives Produkt ein, hat dieser die Gleichwertigkeit des Erzeugnisses nachzuweisen. Misslingt ihm dieser Nachweis, ist sein Angebot auszuschneiden, sofern der Bieter nicht im Begleitschreiben oder im Angebot ausdrücklich darauf hinweist, dass er alternativ (für den Fall, dass sein von ihm angebotenes gleichwertiges Produkt nicht akzeptiert wird) auch das ausgeschriebene Erzeugnis zu liefern bereit ist.

Der Auftraggeber kann jedoch auch die Bieter auffordern, ein bestimmtes Fabrikat/Type anzugeben, ohne ein Leitprodukt zu nennen. In diesem Fall wird von einer echten Bieterlücke gesprochen. Der Bieter ist verpflichtet, diese echte Bieterlücke auszufüllen. Unterlässt der Bieter das Ausfüllen einer echten Bieterlücke, ist das Angebot unvollständig und zwingend auszuschneiden.

### 5.1.5 Sonstige Anforderungen an die Leistungsbeschreibung

Sowohl bei der konstruktiven Leistungsbeschreibung als auch bei der funktionalen Leistungsbeschreibung sind alle maßgeblichen Bedingungen und Umstände der Leistungserbringung so genau als möglich bekannt zu geben. Das gilt in Bezug auf Leistungsort, Ausführungszeit und alle bei der Ausführung zu beachtenden Bedingungen. Anzuraten ist, den Bietern aufzutragen, eine Vor-Ort-Besichtigung durchzuführen und sich selbst ein Bild von der Lage zu machen.

Die technischen Spezifikationen sind so festzulegen, dass die Zugangskriterien für Menschen mit Behinderungen oder Konzeption für alle Nutzungen Rechnung getragen wird. Darüber hin-

aus ist bei der Projektierung der Ausschreibung auf umweltgerechte Leistungen Bezug zu nehmen und umweltgerechte Produkte/Verfahren und entsprechend geeignete Spezifikationen zu verwenden. Auf einschlägige Vorschriften betreffend barrierefreies Bauen ist Bezug zu nehmen. Leistungs- und Funktionsanforderungen haben Anforderungen an die Umweltgerechtigkeit der Leistung zu beinhalten. Zu diesem Zweck kann auf europäische, nationale, multinationale und sonstige Umweltgütezeichen Bezug genommen werden, wenn sich das Umweltgütezeichen zur Spezifikation der gegenständlichen Leistungen (umweltspezifischen Anforderungen) eignet, die Anforderungen an das Umweltgütezeichen auf der Grundlage abgesicherter Informationen ausgearbeitet worden sind, die Anforderungen an das Umweltgütezeichen im Rahmen eines Verfahrens erarbeitet wurden, an dem sich alle interessierten Kreise beteiligen konnten und das Umweltgütezeichen allen interessierten Personen zugänglich ist. Das österreichische Umweltzeichen („Hundertwasser-Umweltzeichen“) und das europäische Umweltzeichen („Blume“) entsprechen diesen Anforderungen. Auf sie kann unter Zulassung anderer vergleichbarer Umweltzeichen bei der Leistungsbeschreibung Bezug genommen. In diesem Fall kann in den Ausschreibungsunterlagen angegeben werden, dass Personen, die über ein Umweltgütezeichen verfügen, den Anforderungen an die Umweltgerechtigkeit der Leistung entsprechen. Der Auftraggeber muss aber auch andere Beweismittel zulassen.

Anzugeben sind auch die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung stehenden allfälligen zukünftigen laufenden bzw. anfallenden wirksamen Faktoren wie z. B. Erhaltungskosten, Servicekosten, Serviceleistungen, Entsorgungskosten, wenn diese Kosten ein Zuschlagskriterium bilden bzw. auf Zuschlagskriterien einen Einfluss haben (z. B. LAWA-Berechnung bei der Beurteilung der angebotenen maschinentechnischen Ausstattung einer Kläranlage).

Fallstrick 1:	Beachte das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung (zumindest jeweils Hinweis auf Produkt mit „oder gleichwertiger Art“!).
Fallstrick 2:	Beachte, dass Bieterlücken zwingend auszufüllen sind, wenn kein Leitprodukt angefordert wurde.
Fallstrick 3:	Auch im Rahmen der funktionalen Leistungsbeschreibung ist die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen; spätestens bei Abgabe des Last and best offers im Verhandlungsverfahren. Angebote einer funktional ausgeschrieben Leistung müssen sicherstellen, dass Art und Umfang der Leistung eindeutig bestimmt ist. Über Zuschlagskriterien/Bestbieterermittlungsmodus sind Unterschiede im Angebot zu bewerten.

## 5.2 EIGNUNGSPRÜFUNG – BEI ZWEISTUFIGEN VERFAHREN AUSWAHL DER ZUR ANGEBOTSSABGABE EINZULADENDEN BIETER

Je nach Auftragsgegenstand und Auftragsvolumen sind unterschiedliche Nachweise für die Eignungsfähigkeit und Leistungsfähigkeit der Bieter zu fordern. Es gilt der Grundsatz, dass ein Auftrag ausschließlich an zuverlässige und leistungsfähige Unternehmer zu vergeben ist. Dies gilt eingeschränkt auch für die Direktvergabe!



Zum Nachweis der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Bewerber/Bieter können die in den §§ 71 ff. BVergG 2006 im Detail aufgezählten Nachweise gefordert werden. Andere Nachweise als jene, die im BVergG 2006 aufgezählt werden, dürfen nur im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gefordert werden. Zu beachten ist, dass auch Art und Umfang der Leistungsnachweise dem konkreten Auftragsgegenstand zu entsprechen haben und nicht bei jeder Ausschreibung alle Nachweise (z. B. Bilanzen, Lastschriftanzeige des Finanzamts, Strafregisterauszug) gefordert werden sollen. Zumindest sollte (aus praktischen Überlegungen) bei jedem Auftrag eingefordert werden:

- aktueller Firmenbuchauszug,
- aktueller Auszug aus Gewereregister bzw. Vorlage des Gewerbescheins verbunden mit der Erklärung, dass die Befugnis aufrecht ist, und
- Liste einschlägiger Referenzen.

### 5.2.1 Befugnis

Zu prüfen ist vor allem, ob die Gewerbebefugnis aufrecht ist. Zirka ein Drittel aller Befugnisse sind ruhend gemeldet, was aus vergaberechtlicher Sicht nicht ausreicht (bereits zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung muss die Gewerbebefugnis aufrecht sein). Zur Überprüfung der Befugnis der Bieter sollte die Gewerbebehörde bzw. die Wirtschaftskammer/Ingenieur- und Architektenkammer konsultiert werden.

Ausländische Unternehmen aus dem EWR-Raum haben spätestens vor der Angebotseröffnung dem Auftraggeber den beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit (bei den der GewO unterliegenden Leistungen) oder der zuständigen Kammer der Ziviltechniker (bei der dem Ziviltechnikergesetz unterliegenden Leistungen) eingebrachten Gleichhaltungsantrag bzw. Antrag auf Anerkennung ihrer Befugnis in Österreich vorzulegen. Der bloße Umstand, dass ein Unternehmen im Ausland eine vergleichbare Tätigkeit ausübt, reicht nicht! Sollte das ausländische Unternehmen für den Zuschlag in Frage kommen, muss der Gleichhaltungsantrag vor Zuschlagserteilung positiv erledigt werden, wofür der Auftraggeber auf Antrag des ausländischen Bieters das Vergabeverfahren bis zu einem Monat zu unterbrechen hat. Auf das Erfordernis eines Gleichbehandlungsantrags ist bereits in der Bekanntmachung hinzuweisen.

### 5.2.2 Besondere Zuverlässigkeit

Darüber hinaus sollte bei jedem Vergabeverfahren überprüft werden, ob die für den Zuschlag in Frage kommenden Bieter gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz verstoßen haben. Eine diesbezügliche Auskunftseinholung kann der Auftraggeber bei der zentralen Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen für die Kontrolle illegaler Beschäftigung, Zollamt Wien, einholen.

### 5.2.3 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sollte zumindest die Vorlage einer aktuellen und dem Auftragsgegenstand entsprechenden Haftpflichtversicherung bzw. einer entsprechenden Vorpromesse (Sicherungszusage für den Auftragsfall), ein aktueller Firmenbuchauszug, eine aktuelle Buchungsmitteilung des Finanzamts und aktueller Kontoauszug der Sozialversicherungsanstalt gefordert werden. Bei einem etwas größeren Auftrag sollte auch eine aktuelle Auskunft eines anerkannten Kreditschutzverbandes eingefordert werden.

### 5.2.4 Technische Leistungsfähigkeit

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit wird jedenfalls eine aktuelle Referenzliste einschließlich der Auftraggeberbestätigungen (!) zu fordern sein. Öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet, eine solche Bestätigung auszustellen! Weiters werden Angaben über die technischen Fachkräfte (Schlüsselpersonen) und deren Befähigung gefordert werden und allenfalls – je nach Leistungsgegenstand – eine Beschreibung der Maßnahmen des Unternehmens zur Qualitätssicherung/Qualitätskontrolle und in besonderen Fällen auch Nachweis der zur Verfügung stehenden Ausrüstung/Ausstattung und der in den vergangenen drei Jahren im Mittel beschäftigten Mitarbeiter.

Soweit Nachweise der Einhaltung von Qualitätssicherungsnormen oder Normen für Umweltmanagement gefordert werden, hat der Auftraggeber auf die einschlägigen Europäischen Normen Bezug zu nehmen (Serie ÖNORM EN ISO 9000 oder ÖNORM EN 45000). Gleichwertige Bescheinigungen anderer Mitgliedstaaten müssen anerkannt werden.

### 5.2.5 Subunternehmer, verbundene Unternehmen und Bietergemeinschaft

Zum Nachweis der Befugnis und Leistungsfähigkeit können Bieter sich auf Subunternehmer, verbundene Unternehmen und Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft/Bietergemeinschaft beziehen. Voraussetzung ist jeweils, dass das Unternehmen, auf dessen Leistungsfähigkeit/Befugnis Bezug genommen wird, sich spätestens bei Abgabe des Teilnahmeantrags/Angebots verpflichtet, dem Bieter zur Verfügung zu stehen und diese Subunternehmer/Unternehmer auch entsprechende Nachweise seiner Befugnis/Leistungsfähigkeit vorlegt. Subunternehmer müssen selbstverständlich nur die Befugnis nachweisen für die Leistung, zu der sie sich verpflichten.

Umfasst ein Leistungsgegenstand ausschließlich Leistungen, für die dieselbe Befugnis erforderlich ist, so haben alle Mitglieder der Bietergemeinschaft diese Befugnis nachzuweisen. Umfasst eine Ausschreibung eine Gesamtleistung, die aus unterschiedlichen Befugnissen verschiedener Fachrichtungen sich zusammensetzt (z. B. Bauleistung und Entsorgungsleistung), hat jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft die Befugnis für die ihm konkret zufallenden Leistungsnachteile nachzuweisen; bedarf also nicht der Befugnis für alle Leistungen.

Ein Bieter/Bietergemeinschaft muss nachweisen, dass sie selbst befugt sind, alle ausgeschriebenen Leistungen anzubieten (!). Darüber hinaus muss ein Bieter/eine Bietergemeinschaft nachweisen, dass er/sie zusammen mit den Subunternehmern/verbundenen Unternehmern auch zur Ausführung (!) aller ausgeschriebenen Leistungen befugt und technisch befähigt ist. Zu beachten gilt hierbei, dass die Gewerbeordnung Gewerbetreibenden eine weitere Befugnis zur Legung eines Angebots einräumt als zur Ausführung der Leistung. Im Konkreten ist ein Baumeister berechtigt, für alle Bauleistungen einschließlich elektrotechnischer Leistungen ein Angebot zu legen, sofern er nachweist, dass er einen befugten Gewerbsmann als Subunternehmer hat. Daraus folgt: Der Bieter/die Bietergemeinschaft muss in Summe zumindest die Befugnis haben, alle ausgeschriebenen Leistungen anzubieten. Sie müssen jedoch nicht die Befugnis haben, alle angebotenen Leistungen selbst auszuführen. Sie können sich hierbei eines befugten Gewerbsmannes bedienen, sofern sie nachweisen, dass ein solcher Gewerbsmann zur Verfügung steht.

Fallstrick 4:	Die Leistungsfähigkeit des Bieters, dem der Zuschlag erteilt werden soll, wird nicht bzw. nur unzureichend geprüft. So wird z. B. einem Unternehmen der Auftrag erteilt, der bloß über eine ruhende Gewerbebefugnis verfügt.
Fallstrick 5:	Der Auftraggeber unterlässt den Hinweis in der Bekanntmachung, dass die ausgeschriebene Leistung von ausländischen Bietern/Bewerbern einen Gleichhaltungsantrag erfordert.
Fallstrick 6:	Der Auftraggeber unterlässt die Prüfung, ob ein Bieter die Befugnis hat, alle ausgeschriebenen Leistungen anzubieten und auszuführen bzw. sofern er zur Ausführung einen befugten Gewerbsmann angibt, ob der bezeichnete Subunternehmer auch zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe/Abgabe der Teilnahmeunterlagen eine entsprechende Verfügbarkeitsklärung abgegeben hat.

## 5.3 ALTERNATIVANGEBOTE, TEILANGEBOTE, ABÄNDERUNGSANGEBOTE UND PREISREGELUNGEN

### 5.3.1 Alternativangebote

Alternativangebote – und zwar sowohl technische Alternativangebote als auch kaufmännische/rechtliche Alternativen – können ohne weitere Begründung ausgeschlossen werden. Darin liegt eine wesentliche Neuerung zum BVergG 2006. Soweit Alternativangebote zugelassen werden, muss das Bestbieterprinzip gelten. Das Billigstbieterprinzip ist im Zusammenhang mit Alternativangeboten ausgeschlossen. Sofern der Auftraggeber nichts in den Ausschreibungsunterlagen festlegt, sind Alternativangebote ausgeschlossen. Den Nachweis der Gleichwertigkeit eines Angebots hat der Bieter zu erbringen. Zu diesem Zweck sind in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestbedingungen zu nennen, die auch von einem Alternativangebot zu erfüllen sind. Die Prüfung der Gleichwertigkeit der Angebote kann wesentlich erleichtert werden, wenn von den Bietern gefordert wird, dass sie immer dann, wenn sie vom Amtsentwurf abweichen, die Gleichwertigkeit ihres Alternativangebots begründen müssen. Die Prüfung der Gleichwertigkeit hat – nach Prüfung, ob die Mindestbedingungen erfüllt sind – anhand der vom Auftraggeber vorgegebenen Kriterien zu erfolgen.

### 5.3.2 Abänderungsangebote

Abänderungsangebote sind Angebote, die lediglich geringfügige technisch gleichwertige Änderungen, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhalten und die von den ausgeschriebenen Leistungen nicht derart weitgehend wie Alternativangebote abweichen. Eine Abgrenzung zwischen Abänderungsangeboten und Alternativangebot ist äußerst schwierig. Im Unterschied zum Alternativangebot sind Abänderungsangebote – sofern der Auftraggeber nichts angibt, zulässig. Abänderungsangebote können auch im Zusammenhang mit dem Billigstbieterprinzip stehen. Der Auftraggeber kann – muss aber nicht – Mindestanforderungen für Abänderungsangebote bezeichnen. Mit den Abänderungsangeboten sind in der Regel jedoch erhebliche Risiken, insbesondere Abgrenzungsfragen, verbunden, sodass angeraten wird, entweder Abänderungsangebote und Alternativangebote in einem auszuschließen oder Abänderungsangebote und Alternativangebote in einem zuzulassen.

### 5.3.3 Teilangebote/Teilvergabe

Soweit ein Auftraggeber sich vorbehalten möchte, bloß Teile zu vergeben, müssen Teilangebote zugelassen werden. In diesem Fall muss es zulässig sein, dass Bieter auch nur ein Teilangebot (also kein Gesamtangebot) legen. Unzulässig sind Klauseln, nach denen sich der Auftraggeber die Vergabe von Teilangeboten vorbehält, im Übrigen aber Bieter zur Abgabe eines Gesamtangebots auffordert. Soweit Teilangebote zulässig sind, ist dies auch bei der Bestbieterermittlung zu berücksichtigen. Zu berücksichtigen ist insbesondere, dass in diesem Fall die Bestbieterermittlung in zwei Stufen zu erfolgen hat:

- Entscheidung, wer das beste Gesamtangebot und wer hinsichtlich der einzelnen Teile das beste Teilangebot gelegt hat, und
- Entscheidung, ob eine Gesamtvergabe an das beste Gesamtangebot oder Teilvergaben an die Summe der jeweils besten Teilangebote erfolgt bzw. erfolgen.

Die Entscheidung zwischen Gesamtvergabe oder Vergabe in Teilen darf nicht dem Ermessen des Auftraggebers vorbehalten sein, sondern muss sich aus den Ausschreibungsunterlagen (Bestbieterermittlungsmodus) ableiten lassen.

### 5.3.4 Preisregelung

In der Regel sind Preise nach dem Preisangebotsverfahren anzubieten und zuzuschlagen, d. h., der Bieter hat einen bestimmten Preis zu nennen. Im Ausnahmefall ist ein Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren zulässig, d. h., der Auftraggeber nennt einen Preis und der Bieter nennt einen Auf- oder Abschlag dazu.

Möglich ist sowohl die Ausschreibung von Leistungen gemäß Einheitspreis, als auch entsprechend einem Pauschalpreis oder Regiepreis. Einheitspreise werden in Verbindung mit einer konkret vorgegebenen Leistungsmenge angefordert, d. h. in der Regel im Zusammenhang mit der konstruktiven Leistungsbeschreibung, während Pauschalpreise oftmals im Zusammenhang mit der funk-

tionalen Leistungsbeschreibung abzugeben sind. Voraussetzung für den Pauschalpreis ist jedoch, dass Art, Güte und Umfang der Leistung sowie die Umstände der Leistungserbringung genau bekannt sind und mit einer Änderung dieser Umstände während der Ausführung nicht zu rechnen ist. Zu diesem Zweck bedarf es konkreter Angaben in der Leistungsbeschreibung und oftmals auch eines Verhandlungsverfahrens. Eine Vergabe zu Regiepreisen ist nur in Ausnahmefällen möglich, nämlich dann, wenn Art, Güte und Umfang der Leistung oder Umstände eine Vergabe nach Einheits- oder Pauschalpreis nicht ermöglichen, sondern eine Abrechnung nach Stunden/Materialaufwand erfordern.

Die Preise können sowohl als Festpreise als auch als veränderliche Preise ausgeschrieben werden. Für den Fall, dass Preise länger gelten als 12 Monate, sind diese in Form von veränderlichen Preisen auszuschreiben. In diesem Fall muss die Grundlage für die Preisanpassung klar geregelt sein. Langfristige Verträge sind jedenfalls zu veränderlichen Preisen zu vergeben.

Fallstrick 7:	Der Auftraggeber lässt sowohl Alternativangebote als auch Billigstbieterprinzip zu.
Fallstrick 8:	Der Auftraggeber behält sich die Vergabe von Teilangeboten vor, ohne selbst die Abgabe von Teilangeboten zuzulassen.
Fallstrick 9:	Die Vergabe in Losen/Teilen ist zulässig, ohne dass ein Bestbieterermittlungsmodus vorgesehen ist, der eine objektive Entscheidung zwischen der Gesamtvergabe und einer Vergabe an die jeweils besten Teilangebote ermöglicht.
Fallstrick 10:	Ein Alternativangebot wird ohne nähere Begründung ausgeschieden, obwohl im Alternativangebot ein Gutachten beigelegt ist, das die Gleichwertigkeit des Alternativangebots belegt.
Fallstrick 11:	Alternativangebote sind zulässig, obwohl nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben wird. Billigstbieterprinzip und Alternativangebote sind nicht kompatibel!

## 5.4 AUSWAHLENTSCHEIDUNG

Bei zweistufigen Verfahren (nicht offenen Verfahren und Verhandlungsverfahren) bedarf es einer objektiven (d. h. von einer Nachprüfungsinstanz nachvollziehbaren) Entscheidung, wer zur Angebotsabgabe bzw. zum Verhandlungsverfahren eingeladen wird. Zu diesem Zweck ist in den Ausschreibungsunterlagen ein objektiv nachvollziehbarer Bewertungsmodus, d. h. Auswahlkriterien, deren Gewichtung und Bewertungsmodus anzugeben. Eine mathematische Formel muss aber nicht vorgegeben werden. Das Gebot einer objektiv nachvollziehbaren Auswahlentscheidung, die bereits durch Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen festgeschrieben sind, bestätigte der EuGH publizierte Entscheidung im Zusammenhang mit der Errichtung der Hauptkläranlage der Stadt Wien. Danach sind alle im Voraus festgelegten Auswahlkriterien und Bewertungsmodi in den Ausschreibungsunterlagen zu nennen.

Fallstrick 12: Es werden keine Auswahlkriterien bzw. sonstige Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, nach denen die Unternehmer zur Abgabe eines Angebots bzw. zum Verhandlungsverfahren ausgewählt werden.

## 5.5 ANGEBOTSERÖFFNUNG

Im Verhandlungsverfahren erfolgt keine formale Angebotseröffnung. Eine formale Angebotseröffnung hat im offenen Verfahren und nicht offenen Verfahren stattzufinden. An der Angebotseröffnung haben zumindest zwei Personen bzw. Vertreter des Auftraggebers teilzunehmen. Über die Angebotseröffnung ist eine Niederschrift zu verfassen. An der Angebotseröffnung darf jeder Unternehmer teilnehmen, der ein Angebot gelegt hat. Alle Teilnehmer der Angebotseröffnung sind in der Teilnehmerliste festzuhalten. Darüber hinaus sind zu verlesen und zu protokollieren:

- die Bieter,
- die Angebotspreise (Gesamtpreis; Gesamtpreis Alternativangebote, Preise allfälliger Teilangebote, Preise allfälliger Variantenangebote),
- allfällige Vorbehalte oder wesentliche Erklärungen eines Bieters (insbesondere Weigerung eines Bieters, zwingende Vertragsbestimmungen zu akzeptieren),
- Angebote zu zuschlagsrelevanten Kriterien, wenn dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen ist,
- Anzahl der Beilagen und
- Feststellung, ob das Angebotskuvert ungeöffnet/unbeschädigt und fristgerecht eingelangt ist.

Alle darüber hinausgehenden Erklärungen, insbesondere sonstige Entscheidungen wie z. B. bestimmte Alternativen oder Bietergemeinschaften auszuschneiden, sind bei der Angebotseröffnung zu unterlassen! Diese Entscheidungen sind nach Angebotseröffnung (unter Ausschluss der Öffentlichkeit) zu treffen. Die Niederschrift über die Angebotseröffnung ist den Bietern zu übermitteln.

Fallstrick 13: Der Preis eines eingereichten Alternativangebots wird nicht verlesen, weil der Auftraggeber der Auffassung ist, Alternativangebote seien unzulässig.

Fallstrick 14: Angebote werden irrtümlich vor Angebotseröffnung in der Kanzlei geöffnet.  
*Tipp:* In den Ausschreibungsunterlagen ist festzuhalten, dass das Angebot zwingend zu kennzeichnen ist mit „Angebot Ausschreibung .... – nicht öffnen“. Die Kanzlei ist anzuhalten, derartige Kuverts nicht zu öffnen.

## 5.6 ANGEBOTSPRÜFUNG

Die Angebotsprüfung kann sich auf jene Angebote beschränken, die bei erster Durchsicht in die nähere Auswahl kommen. Neben der Leistungsfähigkeit und der inhaltlichen Vollständigkeit ist die rechnerische und formale Richtigkeit des Angebots zu prüfen. Zu beachten ist die Rechenfehlerregel. Sofern der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen nichts bestimmt, gilt

- weiterhin das Umreichungsverbot,
- nicht aber das Gebot, ein Angebot, das einen Rechenfehler von mehr als 2 % aufweist, auszuschneiden.

Zu prüfen gilt vor allem, ob das Angebot rechtsverbindlich unterfertigt ist. Sofern das Angebot nicht firmenmäßig gefertigt wird und in den Ausschreibungsunterlagen nichts Gegenteiliges gefordert wird (z. B. Vorlage einer Vollmacht zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bei sonstigem Ausscheiden des Angebots), wird das Nachreichen einer solchen Vollmacht zulässig sein, sofern nachgewiesen wird, dass die Vollmacht bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bestanden hat. Sollte sich nachträglich herausstellen, dass die Vollmacht zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe noch nicht bestanden hat, ist das Angebot auszuschneiden.

Zu prüfen ist auch, ob das Angebot alle geforderten Unterlagen enthält, insbesondere ob es vollständig ist und ob es nicht den Ausschreibungsunterlagen widersprechende Erklärungen enthält.

Sofern Unterlagen fehlen bzw. das Angebotsformular nicht vollständig ausgefüllt ist, stellt sich die Frage, ob ein behebbarer oder unbehebbarer Mangel vorliegt. Der Auftraggeber hat – so es sich nicht um einen Auftrag mit einem Wert von weniger als EUR 120.000,- handelt – Bietern die Möglichkeit zur Behebung ihrer Angebotsmängel innerhalb einer angemessenen Frist zu gewähren, sofern die Bieter durch das Nachreichen von Unterlagen/Behebung der Mängel keinen Wettbewerbsvorteil erreichen. D. h.: Bieter dürfen durch das Nachreichen von Unterlagen/Konkretisieren ihres Angebots nicht die Bestbieterermittlung beeinflussende Faktoren ergänzen/abändern.

Unzulässig ist das Nachreichen eines Preises, der im Leistungsverzeichnis irrtümlich nicht ausgefüllt wurde. In diesem Fall liegt ein unvollständiges Angebot vor, das auszuschneiden ist. Unzulässig ist auch das Ausfüllen einer echten Bieterlücke. Unzulässig ist auch das Anbieten/Angabe von die Bestbieterermittlung beeinflussenden Faktoren, wie z. B. des Betriebsmittelverbrauches bei einer Betriebskostenermittlung. Zulässig ist dagegen das Nachreichen von Nachweisen, die bloß belegen, dass ein Bieter über die angebotenen Fähigkeiten verfügt. Dies gilt insbesondere für das Nachreichen von Leistungsnachweisen/Befugnissen, sofern gewährleistet ist, dass bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe/Abgabe der Teilnahmeunterlagen die Bieter über die genannten Befähigungen/Befugnisse verfügen. Zulässig ist auch – sofern die Ausschreibungsunterlagen nichts Gegenteiliges bestimmen – das Nachreichen von Kalkulationsunterlagen.

Darüber hinaus sind die Angebotspreise auf ihre Angemessenheit und Plausibilität zu prüfen. Spekulative Angebotspreise können im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung erkannt werden. Bis zu einem gewissen – geringen – Grad lassen sich aber „Spekulationen“ nicht ausschließen und sind auch (eingeschränkt) Teil eines zulässigen Wettbewerbs. Letztlich haben Angebote bloß die direkt zurechenbaren Kosten abzudecken. Es genügt, dass ein Bieter mit seinem Angebot einen Deckungsbeitrag erwirtschaftet, ein Gewinn muss nicht nachgewiesen werden, sofern das Angebot sich nicht widerspricht. Unterscheiden sich die Angebotspreise erheblich voneinander oder der Kostenschätzung, hat eine vertiefte Angebotsprüfung stattzufinden; und zwar unter Einbeziehung des betroffenen Bieters. Sowohl was die Leistungsfähigkeit als auch die Preisangemessenheit betrifft, dürfen Bieter nicht automatisch ausgeschieden werden. Mit den Bietern ist – so der geschätzte Auftragswert nicht kleiner als EUR 120.000,- ist – ein Aufklärungsgespräch zu führen. In diesem Sinn muss den Bietern die Möglichkeit gegeben werden,

- allfällige gerichtliche/behördliche Verurteilungen zu erklären und
- ein angebliches Preisunterangebot bzw. eine sonstige Preisunangemessenheit zu erklären.

Auch die Angebotsprüfung hat durch Sachverständige (intern oder extern) zu erfolgen.

Über die Angebotsprüfung ist eine Niederschrift zu verfassen. Da jedes Vergabeverfahren Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein kann, ist die Niederschrift so zu verfassen, dass die Aussagen zu einem Bieter jeweils in einem eigenen Kapitel zusammengefasst sind, sodass bei einer allfälligen Akteneinsicht diese vertraulichen Aussagen über bestimmte Bieter/Bewerber von der Akteneinsicht durch andere Bieter/Bewerber ausgenommen werden können.

- Fallstrick 15: Ein Angebot wird – ohne Aufklärungsgespräch – automatisch ausgeschieden, weil der Gesamtpreis um einen vorgegebenen Prozentsatz niedriger ist als der Mittelpreis aller abgegebenen Angebote. Den Bietern ist zwingend die Möglichkeit von Aufklärungsgesprächen zu geben.
- Fallstrick 16: Ein Angebot wird ausgeschieden, weil es nicht firmenmäßig gefertigt ist, und es stellt sich im Nachhinein heraus, dass das Angebot rechtsverbindlich unterfertigt wurde; also eine Vollmacht spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorlag.
- Fallstrick 17: Ein Angebot wird wegen fehlender Unterlagen ausgeschieden, ohne dass diesem die Möglichkeit der Behebung/Nachreichung der Unterlagen eingeräumt wird.

## 5.7 VERHANDLUNGSVERBOT VERSUS AUFKLÄRUNGSGESPRÄCHE VERSUS AUFFORDERUNG ZUR BEHEBUNG VON MÄNGELN

### 5.7.1 Verhandlungsverbot

Bei offenen und nicht offenen Verfahren gilt das Verhandlungsverbot. Weder vor noch nach Angebotseröffnung darf über Leistung oder Gegenleistung mit einem oder mehreren Bietern verhandelt werden. Dieses Verhandlungsverbot bedingt eine entsprechend genaue und sorgfältige



Ausschreibung. Aufgrund der Ausschreibung muss es möglich sein, dass ein Bieter ein derart klares Angebot legt, dass dieses vom Auftraggeber durch ein bloßes Annahmeschreiben („Besten Dank für Ihr Angebot, das wir hiermit annehmen“) angenommen werden kann. Dort wo der Auftragsgegenstand derart unbeschreibbar ist, dass eben keine vergleichbaren Angebote erstellt werden können und es zur weiteren Konkretisierung Verhandlungen bedarf, ist das Verhandlungsverfahren das geeignete und korrekte Verfahren.

### 5.7.2 Aufklärungsgespräch

Im Vergleich zum Verhandlungsverfahren sind Aufklärungsgespräche (welche kommissionell zu führen sind und über die eine Niederschrift anzufertigen ist) in folgenden Fällen zulässig und sogar geboten:

- Bei allfälligen Zweifeln hinsichtlich der Leistungsfähigkeit bzw. Zuverlässigkeit eines Bieters,
- bei angeblichen Unterpreisen bzw. unangemessenen Preisen und
- bei Alternativangeboten zur Aufklärung der angebotenen Alternative.

In letzterem Fall sind sogar Verhandlungen in geringfügigem Umfang hinsichtlich Leistung und Gegenleistung zulässig. Dies erklärt sich daraus, dass auf Alternativangebote in den Ausschreibungsunterlagen nicht vollständig eingegangen werden kann und es in diesem Zusammenhang noch weiterer Erklärungen bzw. Konkretisierungen bedarf.

### 5.7.3 Mängelbehebung

Darüber hinaus sind Bieter aufzufordern, allenfalls behebbare Mängel innerhalb einer gesetzten Frist zu beheben – sofern der Auftragswert größer als EUR 120.000,- ist. Dies gilt für die Vorlage von Nachweisen oder Erklärungen, sofern dadurch an der Verbindlichkeit des Angebots und an der Bestbieterermittlung nichts geändert werden kann. Dort, wo nachträgliche Erklärungen bzw. Ergänzungen die Bewertung eines Angebots nach dem konkreten Bestbieterermittlungsmodus zu verändern geeignet ist, liegt ein unbehebbarer Mangel vor. In diesem Fall ist das Angebot auszuschneiden. Unbehebbar sind Mängel,

- bei denen das Leistungsverzeichnis nicht vollständig ausgepreist ist, also der angebotene Preis nicht die gesamte ausgeschriebene Leistung erfasst, oder
- nicht alle ausgeschriebenen Produkte angeboten wurden (echte Bieterlücken nicht ausgefüllt wurden), wenn die Qualität des angebotenen Produkts in die Bestbieterermittlung einfließt.

Anders als bei unechten Bieterlücken kann in einer Ausschreibung die Angabe bestimmter Produkttypen bzw. Leistungen auch ohne Vorgabe bestimmter Produkte durch den Bieter gefordert werden (echte Bieterlücke), deren Qualität dann bei der Bestbieterermittlung berücksichtigt wird. Fehlen im Angebot Preisangaben zu ausgeschriebenen Produkten oder Angaben zu nicht näher vorgegebenen Produkten, liegt ein unbehebbarer Mangel vor.

Fallstrick 18:	Im offenen oder nicht offenen Verfahren wird vor bzw. nach Angebotseröffnung mit einzelnen Bietern über Preis oder sonstige wesentliche Leistungsinhalte „nachverhandelt“.
Fallstrick 19:	Ein Angebot enthält keine Angabe zu einer unechten Bieterlücke und wird deshalb ausgeschieden. In diesem Fall ist ein Ausscheiden nicht gerechtfertigt, weil das ausgeschriebene Produkt als angeboten gilt. Es muss nicht neuerlich in den dafür freigelassenen Zeilen eingetragen werden.
Fallstrick 20:	Der Zuschlag wird einem Angebot erteilt, das zunächst keine Preisangabe zu einer Leistungsposition enthalten hat und dessen Preisangabe nach Angebotseröffnung „nachgereicht“ wurde.

## 5.8 AUSSCHIEDEN VON ANGEBOTEN

Zunächst ist hervorzuheben, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, Bieter unverzüglich per Telefax oder E-Mail über das Ausscheiden ihres Angebots zu informieren. Das Ausscheiden des Angebots ist nunmehr eine anfechtbare Entscheidung und kann Gegenstand eines eigenen Nachprüfungsverfahrens sein. Ob ein Angebot auszuschneiden ist oder nicht, liegt nicht im Ermessen des Auftraggebers. Er ist verpflichtet, ein Angebot auszuschneiden, wenn einer der Ausscheidungsgründe vorliegt. D. h.: Der Auftraggeber kann auch von einem nachgereichten Bieter angegriffen werden, weil er eine Bestbieterentscheidung zugunsten eines Bieters getroffen hat, obwohl dieser eigentlich auszuschneiden wäre. Der Auftraggeber ist bei seiner Entscheidung über das Ausscheiden eines Angebots sowohl der Kontrolle des betroffenen Bieters als auch der Kontrolle der übrigen Mitbieter unterworfen und hat mit Einsprüchen von beiden Seiten zu rechnen.

Die Ausscheidungsgründe sind im Gesetz taxativ festgelegt (§ 129 BVergG 2006 für öffentliche Auftraggeber bzw. § 270 BVergG 2006 für Sektorenauftraggeber). Ein Abweichen davon ist nicht möglich. Indirekt kann der Ausscheidungskatalog jedoch dadurch erweitert werden, dass der Auftraggeber bereits in den Ausschreibungsunterlagen bestimmte Umstände mit einer Ausscheidungssanktion belegt und die Ausschreibungsunterlagen von den Bietern unbekämpft bleiben. In diesem Fall sind Auftraggeber, Bieter und Gericht an diese Vorgabe (Ausscheidungssanktion) gebunden. Bieter, die ein dazu widersprechendes Angebot abgegeben haben, sind wegen Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen auszuschneiden. Im Einzelnen zu den wesentlichen Ausscheidungsgründen:

- fehlende Leistungsfähigkeit, Befugnis und/oder Zuverlässigkeit,
- Mitwirkung an Vorarbeiten,
- spekulative Preisgestaltung,
- fehlender Nachweis eines geforderten Vadiums zum Zeitpunkt Ende Angebotsfrist,
- verspätet eingelangte Angebote,
- den Ausschreibungsbedingungen widersprechende (Alternativ-)Angebote, wie z. B. Angebote, die mit nicht behebbaren Mängeln behaftet sind bzw. die unvollständig sind bzw. deren Mängel nicht fristgerecht behoben werden,

- sittenwidrige Absprachen der Bieter untereinander, wie z. B. Angebote von Bietergemeinschaften, an denen jeweils zumindest ein- und dasselbe Unternehmen teilnimmt, und
- Angebote von nicht aufgeforderten Bietern.

**Fallstrick 21:** Die unbekämpft gebliebenen Ausschreibungsunterlagen sehen als Ausscheidungssanktion einen bestimmten behebbaren Mangel vor. Der Auftraggeber gestattet eine Behebung und scheidet Bieter nicht – wie zunächst vorgesehen – aus. Auch der Auftraggeber ist an seine Bedingungen gebunden!

## 5.9 WIDERRUF (WIDERRUFSENTSCHEIDUNG/WIDERRUFSERKLÄRUNG)

Nach der Entscheidung des EuGH muss auch der Widerruf selbst mit der Wirkung bekämpfbar sein, dass die Vergabekontrollinstanz den Widerruf aufhebt und der Auftraggeber zur Fortsetzung des Vergabeverfahrens und zur Zuschlagserteilung gezwungen werden kann. Das BVergG 2006 trägt dem Gebot der Bekämpfung des Widerrufs dadurch Rechnung, dass nunmehr auch zwischen der Widerrufsentscheidung und der Widerrufserklärung unterschieden wird. Der Auftraggeber ist – bei sonstiger Nichtigkeit – gezwungen, zunächst allen Bietern die Widerrufsentscheidung bekannt zu geben und darf erst nach Ablauf der Stillhaltefrist den Widerruf erklären. Die Stillhaltefrist ist die gleiche wie bei der Zuschlagsentscheidung, also 7 Tage im Unterschwellenbereich und 14 Tage in der Regel im Oberschwellenbereich. Während der Stillhaltefrist ist ein jeder Bieter imstande, die Widerrufsentscheidung durch einen Nichtigkeitsantrag zu bekämpfen. Diese Möglichkeit, die Widerrufsentscheidung zu bekämpfen, hat letztlich zur Folge, dass der Auftraggeber einem Kontrahierungszwang unterworfen ist. Er ist verpflichtet, dem Bestbieter den Auftrag zu erteilen und kann nicht den Bestbieter bloß auf Schadenersatzansprüche verweisen.

Eine Verpflichtung zum Widerruf besteht

- vor Ablauf der Angebotsfrist, wenn Umstände bekannt werden, die die gegenständliche Ausschreibung ausgeschlossen oder eine inhaltlich wesentliche Ausschreibung erfordert hätten, und
- nach Ablauf der Angebotsfrist Umstände bekannt werden, die eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten oder eine inhaltlich wesentliche andere Ausschreibung zur Folge gehabt hätten oder kein ausschreibungskonformes Angebot eingelangt ist.

In all diesen Fällen hat ein Bieter einen Rechtsanspruch darauf, dass das Angebot widerrufen wird. D. h.: Ein Bieter kann zumindest in eventu begehren, dass (so die Zuschlagsentscheidung nicht zu seinen Gunsten für nichtig erklärt wird) die gesamte Ausschreibung zu widerrufen ist, wenn alle Angebote auszuschneiden sind.

Darüber hinaus hat der Auftraggeber ein Ermessen zum Widerruf. Die Bieter können in diesen Fällen keinen Widerruf begehren. Das sind folgende Fälle:

- Vor Angebotsabgabe und nach Ablauf der Angebotsfrist, wenn sachliche Gründe für den Widerruf bestehen,
- nach Ablauf der Angebotsfrist, wenn nur ein Angebot einlangt oder nach Ausscheiden eines Angebots nur ein Angebot verbleibt.

Der Begriff „sachliche Gründe“ eröffnet dem Auftraggeber einen ausreichenden Gestaltungsspielraum, um nicht unter allen Umständen einen Zuschlag erteilen zu müssen. Als sachlich gerechtfertigt ist anzusehen, wenn ein Vergabeverfahren mit einem unbehebba- ren Mangel belastet ist<sup>20</sup>, das erforderliche Budget nicht mehr vorhanden ist oder der Preis des Bestangebots erheblich über der Kostenschätzung liegt (z. B. 50 % über der internen Kostenschätzung).

Im Oberschwellenbereich ist auch der Widerruf im EU-Amtsblatt bekannt zu geben.

- Fallstrick 22: Ein Vergabeverfahren wird widerrufen, weil der ermittelte Bestbieter nicht den Vorstellungen entspricht oder sich nachträglich ein Unternehmen gemeldet hat, dem man auch noch die Chance zur Angebotsabgabe ermöglichen möchte.
- Fallstrick 23: Ein Vergabeverfahren wird ohne vorangehende Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung an alle Bieter widerrufen.

## 5.10 ZUSCHLAGSENTSCHEIDUNG

Der Auftraggeber hat auf Basis der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere den in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und dem bekannt gegebenen Bestbieterermittlungsmodus, das Bestangebot zu ermitteln; dies nachdem alle auszuschließenden Angebote ausgeschieden wurden. Sofern das Vergabeverfahren nicht zu widerrufen ist bzw. widerrufen wird, hat der Auftraggeber eine Zuschlagsentscheidung zugunsten des solcherart ermittelten Bestbieters zu treffen. Ein Abweichen von den Zuschlagskriterien bzw. vom Bewertungsmodus ist verboten. Auch der Auftraggeber ist an seine Regelungen gebunden.

Die Zuschlagsentscheidung ist – bei sonstiger Nichtigkeit – allen nicht ausgeschiedenen Bie- tern bekannt zu geben. Die Zuschlagsentscheidung hat zu beinhalten den Namen und die An- schrift des Bestbieters, die Vergabesumme und die wesentlichen Gründe für diese Zuschlags- entscheidung sowie die Dauer der Stillhaltefrist. Die Zuschlagsentscheidung ist per E-Mail oder Telefax an alle Bieter gleichzeitig zu übermitteln. Erst nach Ablauf der Stillhaltefrist darf der Zuschlag – bei sonstiger Nichtigkeit – erteilt werden. Aufträge, die in Verletzung der Stillhaltefrist erteilt werden (d. h. entweder innerhalb der Stillhaltefrist oder ohne Absendung einer

<sup>20</sup> Die Einleitung eines Vergabeverfahrens erfordert die budgetäre Bedeckung. Sollte diese nicht gegeben sein und auch nicht während des Vergabeverfahrens einholbar sein, ist das Vergabeverfahren zu widerrufen. Selbstverständlich wird der Auftraggeber schadenersatzpflichtig. Die nachträgliche Streichung eines bereits genehmigten Budgets rechtfertigt einen Widerruf nur dann, wenn diese nachträgliche Streichung des Budgets aus besonderen Gründen erfolgt ist, jedenfalls nicht aus Gründen, um die Auftragsvergabe zu verhindern (z. B. zulässig wegen Naturkatastrophen sind die für die Beschaffung erforderlichen Mittel für andere Zwecke einzusetzen; nicht aber eine bloß politisch motivierte Abänderung des Budgets).

Zuschlagsentscheidung an die übrigen Bieter), sind absolut nichtig, d. h. bedürfen auch keiner nachträglichen Nichtigerklärung. Es besteht kein Vertragsverhältnis. Ein allenfalls bereits eingegangener Leistungsaustausch ist rückabzuwickeln.

Die Stillhaltefrist beträgt im Oberschwellenbereich in der Regel 14 Tage, im Unterschwellenbereich in der Regel 7 Tage. Keine Stillhaltefrist ist zu beachten bei der Direktvergabe und im Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter. Zu beachten ist jedoch, dass eine Zuschlagserteilung im Wege der Direktvergabe oder im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit einem Bieter nachträglich für nichtig erklärt werden kann, wenn eine solche Direktvergabe/Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung offenkundig unzulässig war und der diesbezügliche Feststellungsantrag bei der Vergabekontrollbehörde binnen 6 Monaten ab (bekämpfbarer) Zuschlagserteilung eingebracht wird. Wird dem Antrag stattgegeben, ist ein allenfalls bereits eingegangener Leistungsaustausch rückabzuwickeln.

Während der Zuschlagsfrist kann die Auftragserteilung durch die bloße Annahme des Angebots erfolgen (Auftragsschreiben, Bestellschein oder Schlussbrief). Der Auftraggeber kann vom Auftragnehmer eine unterfertigte Auftraggeberbestätigung (Schlussbrief) verlangen. Wird die Zuschlagsfrist überschritten, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt.

Fallstrick 24: Eine Zuschlagsentscheidung wird nicht an alle Bieter versandt.

Fallstrick 25: Eine Zuschlagsentscheidung wird per Einschreiben versandt, obwohl eine Telefaxadresse bekannt ist.

## 5.11 DOKUMENTATIONSPFLICHTEN

Der Auftraggeber hat – so der Auftragswert EUR 120.000,- übersteigt – einen Vergabevermerk zu erstellen. In diesem Vergabevermerk werden nochmals alle wesentlichen Umstände der Zuschlagsentscheidung bzw. des Widerrufs festgehalten. Der Vergabevermerk ist im Oberschwellenbereich auf Aufforderung der Kommission zu übermitteln.

Zu erinnern ist noch an folgende Dokumentationspflichten:

- Dokumentation der Entscheidung für ein bestimmtes Vergabeverfahren einschließlich der Auftragswertschätzung,
- Niederschrift Angebotseröffnung,
- Niederschrift Angebotsprüfung,
- Niederschrift Aufklärungsgespräche und
- Niederschrift über Verhandlungen.

Zu beachten sind die Dokumentationspflichten vor allem im Hinblick auf die Nachprüfbarkeit/Gebot der Objektivierung eines Vergabeverfahrens. Die Gerichte/Nachprüfungsbehörden beurteilen ein Vergabeverfahren vor allem aufgrund der Vergabeakte. Je besser ein Vergabeverfahren dokumentiert ist, desto anfechtungssicherer sind die Vergabeverfahren und die Vergabeentscheidungen. Wenn eine Vergabeentscheidung (z. B. Zuschlagsentscheidung) nicht näher begründet ist, insbesondere nicht objektivierbar ist, droht eine Aufhebung der Zuschlagsentscheidung wegen Fehlen der Nachprüfbarkeit/Objektivierbarkeit der Zuschlagsentscheidung.

Bei elektronisch durchgeführten Vergaben sind alle sachdienlichen Unterlagen über den Ablauf des elektronisch geführten Vergabeverfahrens zumindest für die Dauer von 4 Jahren ab Beendigung des Vergabeverfahrens aufzubewahren.

- Fallstrick 26: Der Auftraggeber unterlässt die Begründung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung. In diesem Fall droht die Nichtigkeitserklärung eines Vergabeverfahrens, weil die Gründe für das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung nicht nachvollziehbar sind.
- Fallstrick 27: Der Auftraggeber unterlässt einen Prüfbericht, aus dem eine Ausscheidungsentscheidung oder die Zuschlagsentscheidung nachvollziehbar ist. In diesem Fall droht die Nichtigkeitserklärung dieser Entscheidung, weil sie für die Nachprüfungsbehörde nicht nachvollziehbar ist.

## **SKIZZIERUNG DES ABLAUFES EINES VERGABEVERFAHRENS ANHAND EINES BAUAUFTRAGS UND EINES DIENST- LEISTUNGS-AUFTRAGS**

## 6.1 EVALUIERUNGSPHASE

Vor Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und Bekanntmachung sind die wesentlichen Eckpunkte einer Ausschreibung (Art der zu beschaffenden Leistung, geschätzter Auftragswert, sonstige Vorgaben) festzulegen und zu dokumentieren. Dabei kommt dem Auftraggeber ein weites Ermessen zu. Zu berücksichtigen sind aber in dieser Phase die Vergaberechtsgrundsätze, insbesondere das Gebot der Nichtdiskriminierung und das Gleichbehandlungsgebot.

### *Beispiel 1:*

*Der Ortskanal einer in der Steiermark gelegenen Gemeinde soll erweitert werden. Geschätzter Auftragswert EUR 1,500.000,-.*

*Es gelten die Bestimmungen für den Unterschwellenbereich. Üblicherweise lassen sich die Leistung und der Qualitätsstandard bis ins Detail beschreiben, sodass ein Verhandlungsverfahren nicht zulässig ist. In diesem Fall empfiehlt sich ein offenes Verfahren. Das offene Verfahren ist einfacher als das nicht offene Verfahren.*

### *Beispiel 2:*

*Reinigungsleistungen für Amtsgebäude und Schule einer Gemeinde in Salzburg im Wert von EUR 6.000,-/Monat für eine unbestimmte Zeit. Zur Ermittlung des vergaberechtlichen Auftragswertes sind die geschätzten EUR 6.000,-/Monat mit 48 zu multiplizieren, was einen vergaberechtlichen Auftragswert von EUR 288.000,- ergibt. Es sind somit die Vergaberegeln oberhalb des Schwellenwertes für Dienstleistungsaufträge anzuwenden. Zulässige Verfahren sind das offene und das nicht offene Verfahren. Bei dieser Art von Dienstleistung empfiehlt sich das nicht offene Verfahren, also zunächst die Ermittlung der zur Angebotsabgabe einzuladenden Reinigungsunternehmen.*

## 6.2 ERSTELLUNG AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN

### 6.2.1 Konkretisierung des Vergabeverfahrens

Auch wenn das BVergG 2006 zahlreiche Aspekte des Vergabeverfahrens in seinen 351 (Teil 3 mit den §§ 163 bis § 260 gelten für Sektorenauftraggeber) Paragraphen erfasst, bedarf es einer Konkretisierung der Bestimmungen, die für das konkrete Vergabeverfahren gelten. Insbesondere fordert das BVergG 2006 selbst die eine oder andere Festlegung durch den Auftraggeber. Vor allem bedarf es Klarstellungen zu folgenden Punkten (bloß beispielhafte Aufzählung):

- a) Hinweis in den Ausschreibungsbedingungen, nach welchen Vergabevorschriften das Vergabeverfahren (Ober- oder Unterschwellenbereich) durchgeführt wird.



Beispiel 1: *Unterschwellenbereich gemäß BVergG 2006 iVm StmkNachprüfungsG*

Beispiel 2: *Oberschwellenbereich gemäß BVergG 2006 iVm SlbgVergabekontrollG*

b) Hinweis auf das gewählte Vergabeverfahren

Beispiel 1: *offenes Verfahren*

Beispiel 2: *nicht offenes Verfahren*

c) Auswahlverfahren

Bei zweistufigen Verfahren (Verhandlungsverfahren und nicht offenen Verfahren) Bestimmung der Auswahlkriterien, nach denen die zumindest fünf Besten (nicht offenes Verfahren) bzw. zumindest drei Besten (Verhandlungsverfahren) zur Angebotsabgabe bzw. zum Verhandlungsverfahren eingeladen werden.

Beispiel 1: *keine Auswahlkriterien, weil offenes Verfahren*

Beispiel 2:

*Anzahl der Reinigungsleistungsreferenzen des Bewerbers (Mindestreinigungsfläche je Referenz 1000 m<sup>2</sup>); Anzahl der öffentlichen Reinigungsreferenzen (Reinigungsreferenzen bei öffentlichen Körperschaften bei einer Reinigungsfläche von > 1000 m<sup>2</sup>); Anzahl Reinigungsreferenzen Schlüsselperson Projektleiter (zumindest 1000 m<sup>2</sup> Reinigungsflächen). Alle drei Auswahlkriterien haben das gleiche Gewicht.*

d) Zuschlagskriterien – Bestbieterermittlung

Beispiel 1:

*Im Unterschwellenbereich kann das Billigstbieterprinzip ohne Begründung gewählt werden; es macht hier auch Sinn.*

Beispiel 2:

*Preis (70 %) Umfang abgegebener Reinigungsgarantien (20 %); garantierte Reaktionszeit (Reinigung vor Ort bei Bedarf; 10 %).*

e) Bestimmungen über die Zulässigkeit von Alternativangeboten und Abänderungsangebote

Nach dem BVergG 2006 können nunmehr Alternativangebote und Abänderungsangebote ohne weitere Begründung ausgeschlossen werden. Eine entsprechende Festlegung hat jedoch in den Ausschreibungsunterlagen zu erfolgen. Hingewiesen sei jedoch, dass dort, wo Alternativangebote zugelassen werden, die Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschlossen ist.

**Beispiel 1:**

*Alternativen/Abänderungsangebote werden ohne Begründung ausgeschlossen.*

**Beispiel 2:**

*Rechtliche Alternativen werden ausgeschlossen. Technische Alternativen und Abänderungsangebote sind zulässig, sofern die vom Auftraggeber noch zu konkretisierenden Mindestbedingungen eingehalten werden. Im Übrigen ist der Bieter eines Alternativangebots verpflichtet, die Gleichwertigkeit seines Angebots zu begründen.*

**f) Teilvergaben (Lose)**

In den Ausschreibungsunterlagen ist auch anzugeben, inwieweit Teilvergaben möglich sind. Unzulässig ist der Vorbehalt der Teilvergabe. Soweit Teilvergaben möglich sind, sind Bieter berechtigt, auch Teilangebote anzugeben. Für den Fall, dass Teilangebote zugelassen werden, ist vor allem auch ein entsprechender Bestbieterermittlungsmodus vorzusehen, der auch eine objektive Entscheidung ermöglicht, inwieweit die Vergabe an das beste Gesamtangebot oder an die Vergabe an die Summe der besten Teilangebote erfolgt.

*Beispiel 1 und 2: Teilvergaben sind ausgeschlossen*

**g) Kennzeichnung der wesentlichen Leistungspositionen (zum Zweck der vertieften Angebotsprüfung und der Verhinderung von Spekulationsangeboten)****Beispiel 1:**

*Baustellengemeinkosten, Einheitspreis Aushub gegliedert nach den einzelnen Bodenqualitätstypen, Preis Transportkanäle*

**Beispiel 2:**

*Reinigung m<sup>2</sup> mit Maschine; Reinigung m<sup>2</sup> händisch; Reinigung Fensterflächen*

**h) Prüf-, Kalkulations- und Warnpflichten Bewerber/Bieter****Beispiel 1 und 2:**

*Hinweis darauf, dass Bewerber/Bieter Kaufleute sind und entsprechend zu kalkulieren haben und in diesem Sinn allfällig erkennbare Widersprüche oder sonstige unzumutbare Vertragsbestimmungen sofort geltend zu machen haben.*

## i) Auskünfte, Termine, Wege der Informationsübermittlung

Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen auch anzugeben, inwieweit Mitteilungen/Informationen übermittelt werden (wenn eine elektronische Übermittlung der Angebote ermöglicht wird, sind auch Angaben über Dateiformat, Kommunikationsweg und Verschlüsselungsart zu machen). Den Ausschreibungsunterlagen muss auch zu entnehmen sein, wie der Auftraggeber per Telefax oder E-Mail zu erreichen ist, wie eine Informationsübermittlung seitens des Bieters (Auskunftsuchen und Abgabe des Angebots) zu erfolgen hat.

## Beispiel 1 und 2:

*Fragen sind bis zu einem bestimmten Termin an eine bestimmte Person mit bestimmter E-Mail-/Telefaxadresse zu nennen. Fragebeantwortungen sind in neutralisierter Form all jenen Unternehmen bekannt zu geben, die die Ausschreibungsunterlagen abgeholt haben. Der Termin, bis zu dem die Teilnahmeunterlagen bzw. Angebotsunterlagen – abzugeben sind und an dem die Angebotseröffnung stattfindet, ist zu nennen.*

## j) Eignungsnachweise, die in concreto gefordert werden

## Beispiel 1:

*Aktueller Firmenbuchauszug, aktuelle Referenzliste, Kopie Berufshaftpflichtversicherung über EUR 2.000.000,-, aktuelle Bankauskunft; all diese Nachweise können durch Evidenzhaltung beim Auftragnehmerkataster Österreich ersetzt werden.*

## Beispiel 2:

*Wie Beispiel 1, ergänzt um genaue Referenzen der Unternehmer und Schlüsselperson Projektleiter.*

## k) Rechenfehler

Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, von den gesetzlich vorgesehenen Rechenfehlerregeln abzuweichen. Er kann dazu eine Angabe machen, ist jedoch dazu nicht verpflichtet.

## Beispiel 1 und 2:

*Es gelten die gesetzlichen Vermutungen (Umreichungsverbot; Unbeachtlichkeit eines Rechenfehlers im Ausmaß von mehr als 2 %).*

## l) Zuschlagsfrist

Ist in den Ausschreibungsunterlagen dazu nichts enthalten, gilt eine Zuschlagsfrist von 1 Monat.

Beispiel 1 und 2: *Zuschlagsfrist 3 Monate*

## m) Vadium

Zur Sicherstellung, dass Bieter ihrem Angebot auch entsprechen, kann ein Vadium bis 5 % des geschätzten Auftragswerts verlangt werden.

Beispiel 1: *Vadium: EUR 75.000,-*

Beispiel 2: *Vadium: EUR 14.440,-*

## n) Kosten, Beistellung der Ausschreibungsunterlagen

Ausschließlich bei offenen Verfahren kann für die Beistellung der Ausschreibungsunterlagen ein die Kopierkosten deckendes Entgelt verlangt werden. Sollen die Unterlagen versandt werden, können auch die Versandkosten verlangt werden. Bei den übrigen Vergabeverfahren darf ein Entgelt nur in begründeten Fällen verlangt werden.

Beispiel 1:

*Kopierkosten EUR ... (0,15 Cent/Seite sind zulässig) zuzüglich allfälliger Versandkosten.*

Beispiel 2:

*Keine Kosten*

## o) Arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen

Soweit Leistungen in Österreich zu erbringen sind, hat der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen, dass Angebote unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen haben. In die Ausschreibungsunterlagen ist der Hinweis aufzunehmen, dass diese Vorschriften bei der Interessenvertretung der Arbeitgeber und Arbeitnehmer zur Einsicht bereitgehalten wird unter Angabe der konkreten Adresse der zuständigen Interessenvertretung.

Beispiel 1 und 2:

*Die Arbeiten sind unter Berücksichtigung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften in Österreich zu erbringen und entsprechend zu kalkulieren. In diese kann Einsicht genommen werden bei der Wirtschaftskammer Wien, Stubenring 10, 1010 Wien.*

## p) Hinweise der Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen

Einschränkung von Subunternehmerleistungen ist unzulässig. Gefordert kann werden, dass bereits zur Angebotsabgabe bekannt gegeben wird, welche Teile des Auftrags von Subauftraggebern erbracht werden.

Beispiel 1 und 2:

*Bekannt zu geben sind alle Subunternehmer, die die Befugnis und/oder Leistungsfähigkeit des Bieters zum Teil ergänzen sowie all jene Leistungsteile erbringen, die zumindest 10 % der ausgeschriebenen Auftragssumme übernehmen.*

## q) Angabe, welche Nachprüfungsbehörde zuständig ist

Beispiel 1:

*UVS, Steiermark.*

Beispiel 2:

*Vergabekontrollsenat Salzburg*

## r) Leistungsbeschreibung:

Dem Auftraggeber steht es nach Maßgabe der Anforderungen des Auftragsgegenstandes offen, ob er die Leistung konstruktiv oder funktional beschreibt. Bei der konstruktiven Leistungsbeschreibung (= Leistungsverzeichnis) hat der Auftraggeber sich auf geeignete Leitlinien/ÖNORMEN zu stützen. Änderungen vorgegebener/bekannter ÖNORMEN sind zu begründen und auf Aufforderung des Unternehmers zu übermitteln.

Beispiel 1:

*Erstellung eines Leistungsverzeichnisses zur Errichtung des Ortskanals gemäß der einschlägigen Richtlinien.*

Beispiel 2:

*Leistungsverzeichnis für geforderte Reinigungsdienstleistungen gemäß einschlägiger Normen.*

## s) Vertragsentwurf

Der Vertragsentwurf ist unter möglichst weitgehender Verwendung einschlägiger Normen zu erarbeiten. Änderungen vorgegebener/bekannter ÖNORMEN sind zu begründen und auf Aufforderung des Unternehmers zu übermitteln.

Beispiel 1:

*Es gilt die ÖNORM B 2110 mit folgenden Konkretisierungen (hier werden die diversen Festlegungen zu treffen sein in Bezug auf die Höhe der Sicherstellung, Haftungsbegrenzungen, zur Verfügung stehende Medien/Zufahrtswege etc).*

Beispiel 2:

*Entwurf eines normalen Reinigungsdienstleistungsvertrages.*

### 6.3 BEKANNTMACHUNG

Bekanntmachungen haben im Oberschwellenbereich im EU-Amtsblatt und im nationalen Medium, im Unterschwellenbereich nur im nationalen Medium zu erfolgen.

Beispiel 1:

*Bekanntmachung des offenen Verfahrens entsprechend dem Anhang XV BVergG 2006 (vgl. Anhang 9.2) in der Grazer Zeitung.*

Beispiel 2:

*Bekanntmachung des nicht offenen Verfahrens im EU-Amtsblatt im Wege der Onlineeingabe und unter [www.salzburg.gv.at](http://www.salzburg.gv.at).*

Wichtig ist der Hinweis in jeder Bekanntmachung auf die jeweils vom Auftraggeber entworfenen Ausschreibungsunterlagen, die von interessierten Unternehmen beim Gemeindeamt zur Abholung bereitliegen bzw. gegen Zahlung der Versandkosten (offenes Verfahren) übermittelt werden bzw. von der Homepage des Auftraggebers heruntergeladen werden kann (Fristverkürzung!). Die Verwendung des CPV-Codes ist geboten! Soweit Leistungen ausgeschrieben werden, zu deren Erbringung der Nachweis einer Befähigung erforderlich ist (Beispiel 1), ist für ausländische Bieter auf Gleichhaltungsantrag/Anerkennung hinzuweisen.

### 6.4 ABGABE, PRÜFUNG UND BEWERTUNG, TEILNAHMEANTRÄGE UND EINLADUNG ZUR ANGEBOTSABGABE

Die Eröffnung der Teilnahmeunterlagen erfolgt formlos unter Ausschluss der Bewerber. Zunächst wird – unter Verwendung des Auftragnehmerkatasters Österreich bzw. der vorgelegten Unterlagen – geprüft, inwieweit die Bewerber geeignet, zuverlässig und leistungsfähig sind. In einem zweiten Schritt werden anhand der in den Ausschreibungsunterlagen genannten Auswahlkriterien die fünf besten Bewerber ermittelt, die zur Abgabe eines Angebots bis zu einem bestimmten Termin eingeladen werden.

Beispiel 1:

*Entfällt, weil offenes Verfahren durchgeführt wird.*

Beispiel 2:

*Teilnahmeanträge sind bis zu dem in der Bekanntmachung genannten Termin bekannt zu geben.*

## 6.5 ANGEBOTSERÖFFNUNG

Formalisiertes Verfahren im Beisein der Bieter.

Beispiel 1 und 2:

*Im Beisein aller Bieter werden die eingereichten Angebote geöffnet und die Angebotssumme verlesen. Über die Angebotseröffnung wird ein Protokoll geführt und den Bietern eine Kopie übermittelt. Angebote werden gelocht.*

## 6.6 ANGEBOTSPRÜFUNG

Bei einstufigen Verfahren ist die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Bieter zu prüfen. Darüber hinaus ist allgemein die formale und die rechnerische Richtigkeit der Angebote zu prüfen und der Bestbieter anhand der in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Zuschlagskriterien zu bestimmen. Die Angebotsprüfung kann auf die Angebote beschränkt werden, die für den Zuschlag in Betracht kommen. Über die Angebotsprüfung ist eine Niederschrift zu verfassen und zwar in einer Form, die eine auf einzelne Bieter beschränkte Akteneinsicht ermöglicht.

Beispiel 1:

*Nach Prüfung der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der in Betracht kommenden Bieter nach formaler und rechnerischer Prüfung ist Billigstangebot jenes Angebot, das den niedrigsten Preis ausweist. Dieses Angebot wird zum Zuschlag vorgesehen (= Zuschlagsentscheidung).*

Beispiel 2:

*Nach formaler und rechnerischer Prüfung ist Bestangebot jenes, das anhand der genannten Zuschlagskriterien die höchste Punkteanzahl hat. Dieses Angebot wird zum Zuschlag vorgesehen (= Zuschlagsentscheidung).*

## 6.7 BEKANNTGABE ZUSCHLAGSENTSCHEIDUNG

Alle – vorab nicht ausgeschiedenen – Bieter, die nicht den Zuschlag erhalten, sind über die getroffene Zuschlagsentscheidung zu informieren. Der Zuschlag darf – bei sonstiger Nichtigkeit! – vor Ablauf einer Sperrfrist von 7 Tagen (Unterschwellenbereich) bzw. 14 Tagen (Oberschwellenbereich) nicht erteilt werden. Die Zuschlagsentscheidung hat den Namen und die Anschrift des in Aussicht genommenen Bestbieters, die Vergabesumme und die Gründe, die für die Zuschlagsentscheidung wesentlich waren, zu beinhalten. Ebenso hat die Zuschlagsentscheidung das Ende der Stillhaltefrist zu beinhalten.

Beispiel 1:

*Wir beabsichtigen, den Zuschlag an die Firma A mit Adresse B zu erteilen. Die Vergabesumme beträgt X. Das Angebot war das billigste Angebot. Die Stillhaltefrist beträgt 7 Tage.*

Beispiel 2:

*Wir beabsichtigen den Zuschlag an die Firma A in B zu erteilen. Die Vergabesumme beträgt X. Die Gründe für die Zuschlagsentscheidung sind der günstigste Preis und das Vorhandensein einer Qualitätssicherungseinrichtung. Die Stillhaltefrist beträgt 14 Tage.*

## 6.8 ERTEILUNG DES AUFTRAGS (ZUSCHLAGSERTEILUNG) – VERGABEVERMERK – BEKANNTMACHUNG

Innerhalb der Zuschlagsfrist ist dem Bestbieter mitzuteilen, dass das Angebot angenommen und zu den in den Ausschreibungsunterlagen und dem Angebot genannten Bedingungen abgeschlossen wird. Die Rückübermittlung des Auftragannahmeschreibens hat bloß deklaratorischen Charakter; dies ebenso wie die Unterfertigung einer – aus Gründen der Übersichtlichkeit möglicherweise sinnvollen – einheitlichen Vertragsurkunde (die aber inhaltlich nicht von der Ausschreibung abweichen darf).

Über den erteilten Auftrag ist ein Vergabevermerk zu verfassen (nicht bei Aufträgen bis EUR 120.000,-), dem die wesentlichsten Eckpunkte des Auftrags zu entnehmen sind (Name und Anschrift des Auftraggebers, Gegenstand und Werkauftrags, Gründe für Auswahl der Bieter und Gründe für Ablehnung der nicht zum Zuge gekommenen Bieter).

Im Oberschwellenbereich müssen die vergebenen Aufträge spätestens 48 Tage nach Zuschlagserteilung dem Amt für amtliche Veröffentlichung der Europäischen Gemeinschaften bekannt gegeben werden.



**Beispiel 1:**

*Annahmeschreiben an Billigstbieter gemäß den obigen Anmerkungen, alle wesentlichen Punkte des Vergabeverfahrens werden festgehalten (Vergabevermerk).*

**Beispiel 2:**

*Wie Beispiel 1 (Auftragerteilung) und Bekanntgabe des vergebenen Dienstleistungsauftrags binnen 48 Tagen nach Zuschlagserteilung an EU-Amtsblatt.*

# Kapitel 7

## **RECHTSSCHUTZ IM VERGABERECHT**

Die Nachprüfung und Kontrolle von Vergabeverfahren ist kompetenzrechtlich in vielfacher Hinsicht zergliedert. Neben dem Rechtsschutz durch europäische Instanzen besteht auf innerstaatlicher Ebene ein ausgebauter vergabespezifischer Rechtsschutz vor unabhängigen Vergabekontrollbehörden sowie in bestimmten Fällen an diese Verfahren anknüpfend auch die Möglichkeit der Anrufung ordentlicher Zivilgerichte.

Die im BVergG 2006 enthaltenen Regelungen über den vergabespezifischen Rechtsschutz beziehen sich lediglich auf jene Vergabeverfahren, die von Organen des Bundes bzw. von dem Bund zurechenbaren öffentlichen Auftraggebern (z. B. Abwasserverband nach WRG) durchgeführt werden. Darüber hinaus enthält das BVergG 2006 zwingende Vorgaben für die Regelung des Rechtsschutzes auf Länderebene (z. B. Konzept der Präklusionsfristen und der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen) und ist darüber hinaus ein wesentlicher „Gedankenspende“ für die Landesgesetzgeber: Vieles aus dem BVergG 2006 findet sich in den Landesgesetzen wieder.

Den Ländern verbleibt aber weiterhin die Zuständigkeit zur Schaffung eigener Vergabekontrollbehörden für die in den Vollzugsbereich des jeweiligen Landes fallenden Vergabeverfahren, insbesondere der Vergabeverfahren von Gemeinden, Gemeindeverbänden nach Art. 116a B-VG und der von ihnen beherrschten Einrichtungen. Aus diesem Grund haben die Länder sogenannte (Vergabe-)Nachprüfungsgesetze beschlossen und haben bzw. werden diese an das BVergG 2006 anpassen.

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über den innerstaatlichen Rechtsschutz gegeben werden. Dabei wird zunächst ob dessen Leitcharakters für die Regelung in den Ländern der behördliche Vergaberechtsschutz des BVergG 2006 für den Bundesbereich, im Anschluss daran werden jeweils die auf Länderebene (geplanten) Regelungen<sup>21</sup> insoweit dargestellt, als sie vom BVergG 2006 abweichen. Im Weiteren erfolgt ein Überblick über die Rechtsschutzverfahren vor den ordentlichen Gerichten sowie vor europäischen Instanzen.

## 7.1 VERGABESPEZIFISCHER RECHTSSCHUTZ VOR VERGABEKONTROLLBEHÖRDEN

Mit der Neuregelung des Vergaberechtsschutzes auf Bundesebene durch das BVergG 2006 reagierte der Gesetzgeber auf unterschiedliche Anforderungen, die sowohl aus innerstaatlichen wie auch gemeinschaftsrechtlichen Handlungsvorgaben resultieren.

Das BVergG 2006 brachte einen neuen systematischen Aufbau: Die Rechtsschutzbestimmungen finden sich nunmehr im vierten Teil. Zivilrechtliche Bestimmungen und Rahmenbedingungen für

<sup>21</sup> Ob der Dringlichkeit dieses Vergaberechtleitfadens konnten die Kundmachungen der einzelnen (Vergabe-)Nachprüfungsgesetze in den jeweiligen Landesgesetzblättern nicht abgewartet werden. Durch die künftigen Anpassungen an das BVergG 2006 wird die Rechtslage in den Ländern aber sowohl inhaltlich als auch terminologisch einheitlicher als bisher.

außerstaatliche Kontrolle wurden in einem fünften Teil dargelegt. Auch inhaltlich wurde der Rechtsschutz verändert: einerseits erfuhr er eine Straffung (insbes in den Bereichen der Parteistellung), in anderen Bereichen wurde er weiter ausgebaut. Ganz allgemein sind auch die Veränderungen im Rechtsschutzbereich vor dem Hintergrund der Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien der Gemeinschaft<sup>22</sup> und dem Wunsch nach Bereinigung der innerstaatlichen Rechtslage zu sehen. Für öffentliche Auftraggeber/Sektorenauftraggeber aus Ländern und Gemeinden muss der Rechtsschutz zur Gänze bis spätestens 1.1.2007 umgesetzt werden.<sup>23</sup> Das Regelungsregime soll einen möglichst einfachen und raschen Zugang bieten; für Auftraggeber bedeutet er vielfach eine Verschärfung.

Mit dem BVergG 2006 wurde sowohl die Bundesvergabekontrollkommission (B-VKK) als auch das Schlichtungsverfahren als solches abgeschafft. Im Bereich des Rechtsschutzes auf Bundesebene wird nunmehr ausschließlich das Bundesvergabeamt (BVA) tätig. Auch hier erfuhr das Verfahren mehrfache Änderungen: im Nachprüfungsverfahren entscheiden grundsätzlich Dreier-senate; der Katalog der gesondert anfechtbaren Entscheidungen wurde erweitert. Im Feststellungsverfahren wurden neue Feststellungsmöglichkeiten geschaffen.

Auch die Bestimmungen über den Widerruf haben Änderungen erfahren: bereits mit Inkrafttreten des BVergG 2006 ist dieser nunmehr grundsätzlich mit Nichtigerklärung bekämpfbar. Auftraggeber sind verpflichtet, vor dem eigentlichen Widerruf allen bekannten Bietern/Bewerbern die Widerrufsentscheidung bekannt zu geben. Auch die öffentlichen Auftraggeber/Sektorenauftraggeber dürfen den Widerruf nicht vor Ablauf der Stillhaltefrist (Oberschwellenbereich 14 Tage; Unterschwellenbereich 7 Tage) erklären.

Letztlich wurden auch die Bestimmungen für das Provisorialverfahren entscheidend geändert: in Folge einschlägiger Rechtssprechung des EuGH<sup>24</sup> kann bereits vor einem Nachprüfungsantrag die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt werden.

<sup>22</sup> Richtlinie 2004/18/EG („klassische RL“) und Richtlinie 2004/17/EG („SektorenRL“), vgl. hierzu Kapitel 1.

<sup>23</sup> Im Zeitpunkt der Drucklegung liegen in allen Bundesländern in unterschiedlichen Stadien der Gesetzwerdung nachstehende Anpassungen an das BVergG 2006 vor, die allerdings noch nicht kundgemacht wurden. So konnten das Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2007 (WVRG 2007), die Änderung des NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetzes, das Gesetz über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Burgenländisches Vergaberechtsschutzgesetz – Bgld. VergRSG), das Landesgesetz über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 – Oö. VergRSG 2006), das Gesetz über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Steiermärkisches Vergaberechtsschutzgesetz – StVergRG), das Gesetz über die Kontrolle der Vergabe von öffentlichen Aufträgen (Salzburger Vergabekontrollgesetz 2006 – S.VKG 2006), das Gesetz über die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von öffentlichen Aufträgen in Tirol (Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006) und Gesetz mit dem das Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz geändert wird (KVergRG 2006) in Form von Entwürfen bzw. Landtagsbeschlüssen berücksichtigt werden. Das Vorarlberger Gesetzesvorhaben war im Zeitpunkt der Drucklegung leider nicht veröffentlicht.

<sup>24</sup> EuGH 15.5.2005, Rechtssache C-214/00, Kommission/Spanien; zuvor: EuGH 19.9.1996, Rechtssache C-236/95, Kommission/Griechenland.

### 7.1.1 Schlichtungsverfahren der Länder

In manchen Ländern sind jeweils vorgelagerte Verfahren zu den Nachprüfungsverfahren vorgesehen, die in der Regel fakultativen Charakter haben.<sup>25</sup> In Wien kann der Vergabekontrollsenat einen Schlichtungsversuch vornehmen, der jedoch nicht länger als 2 Wochen dauern darf. Über diesen Schlichtungsversuch ist eine Niederschrift aufzunehmen. Zum Teil werden die Schlichtungsverfahren durch eigens dafür geschaffene Behörden (Niederösterreich: Schlichtungsstelle beim Amt der NÖ Landesregierung; Vorarlberg: Schlichtungskommission), zum Teil durch den Unabhängigen Verwaltungssenat (UVS) bzw. die zur Nachprüfung berufenen Vergabekontrollsenate (z. B. Wien) selbst oder, wie in Kärnten, von einem Ombudsmann durchgeführt.

Das Schlichtungsverfahren ist weitgehend formlos. Soweit es von den Vergabekontrollbehörden (UVS bzw. Vergabekontrollsenaten) selbst durchgeführt wird, ist das Schlichtungsverfahren dem Nachprüfungsverfahren vorgeschaltet (z. B. Wien). Schlichtungsverfahren vor den eigens geschaffenen Behörden (z. B. Niederösterreich und Kärnten) unterscheiden sich von den Verfahren vor den Nachprüfungsbehörden vor allem dadurch, dass sie kostenlos sind. Ein Schlichtungsverfahren vor diesen besonderen Schlichtungsstellen ist innerhalb von 14 Tagen nach Eingang des Schlichtungsersuchens durchzuführen.

---

<sup>25</sup> Nicht so in Niederösterreich.

**BUNDESVERGABEGESETZ 2006 – Anregungen für die Praxis**

**Übersicht Schlichtungskommissionen und -verfahren anhand der Entwürfe der jeweiligen Landesgesetze:**

<b>Bundesland</b>	<b>Eigenes Schlichtungsverfahren</b>	<b>Schlichtungsversuch vor der Landesvergabekontrollbehörde</b>
<b>Burgenland</b>	Kein Schlichtungsverfahren Verpflichtender Schlichtungsversuch für die Prüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, Zuschlagserteilung oder Widerruf; in diesen Fällen aufschiebende Wirkung. Fakultatives Schlichtungsverfahren hinsichtlich nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen.	
<b>Niederösterreich</b>	Kein Schlichtungsverfahren	
<b>Oberösterreich</b>	Kein Schlichtungsverfahren	
<b>Tirol</b>	Alle Rechtslage: fakultatives Schlichtungsverfahren vor der beim Amt der Lreg eingerichteten Schlichtungskommission.	Fakultativer Schlichtungsversuch durch den Kammervorsitzenden des UVS bis zur Zuschlagserteilung
<b>Vorarlberg</b>	Kein Schlichtungsverfahren	
<b>Salzburg</b>	Fakultatives Schlichtungsverfahren vor der beim Amt der Lreg eingerichteten Ombudsstelle für Vergabewesen. Die Ombudsstelle gibt begründete Stellungnahmen und Empfehlungen ab. Der Ombudsmann/Die Ombudsfrau ist weisungsfrei, die übrigen Mitglieder unterliegen nur den Weisungen des Ombudsmannes/der Ombudsfrau.	
<b>Wien</b>		Fakultativer Schlichtungsversuch durch Vergabekontrollsenat
<b>Steiermark</b>	Kein Schlichtungsverfahren	

## 7.1.2 Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren

Im Bundesbereich nimmt das BVA den vergabespezifischen Rechtsschutz wahr (Art. 14b Abs. 1 iVm Abs. 2 Z 1 B-VG). Hierbei handelt es sich um eine weisungsfreie Verwaltungsbehörde, deren Entscheidungen der nachprüfenden Kontrolle durch den VwGH und den VfGH unterliegen. Die Behörde ist als oberste Kollegialbehörde eigener Art eingerichtet. Die Mitglieder sind durch die Verfassungsbestimmung gemäß § 295 BVergG 2006 in Ausübung ihres Amtes weisungsfrei. Der Vorsitzende, der stellvertretende Vorsitzende und die Senatsvorsitzenden des BVA müssen über ein abgeschlossenes rechtswissenschaftliches Studium verfügen und durch mindestens 5 Jahre eine Berufsstellung bekleidet haben, für die die Vollendung dieses Studiums erforderlich ist oder über mindestens fünfjährige einschlägige Berufserfahrung auf dem Gebiet des Vergaberechts verfügen. Die sonstigen Mitglieder des BVA entstammen zu gleichen Teilen dem Kreis der Auftraggeber und Auftragnehmer und müssen ebenfalls über einschlägige Berufspraxis im Bereich des Vergaberechts oder besondere Kenntnisse des Vergabewesens in rechtlicher, wirtschaftlicher oder technischer Hinsicht verfügen. Das BVA entscheidet nunmehr grundsätzlich in Dreiersenaten. Über einstweilige Verfügungen entscheidet der Senatsvorsitzende alleine; die Möglichkeit, die Entscheidung über einstweilige Verfügungen dem Senat zu übertragen, besteht mit dem BVergG 2006 nicht mehr. Seit Inkrafttreten des BVergG 2006 sind keine verstärkten Senate mehr vorgesehen.

Bis zur Erteilung des Zuschlags ist das BVA zur Nachprüfung der Entscheidungen im Vergabeverfahren zuständig („Nachprüfungsverfahren“). Darüber hinaus kann das BVA, um die Wirksamkeit des Rechtsschutzes sicherzustellen, auf Antrag einstweilige Verfügungen erlassen, aufgrund derer Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend ausgesetzt werden müssen.

Nach Zuschlagserteilung bzw. nach Widerrufserklärung kann Rechtsschutz nur noch im Rahmen eines Feststellungsverfahrens erlangt werden. Die erfolgte Feststellung der Rechtswidrigkeit ist Voraussetzung für die zivilrechtliche Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen.

### 7.1.2.1 Nachprüfungsverfahren

Aufgabe dieses Verfahrens ist es, Entscheidungen des Auftraggebers von der Ausschreibung/Bekanntmachung bis zur Zuschlagserteilung auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen, wobei jedoch nicht auf die Überprüfung der objektiven Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens, sondern auf die Durchsetzung subjektiver Rechte der Bewerber und Bieter abgezielt wird. Mit der Einführung von – innerhalb bestimmter Präklusionsfristen – gesondert anfechtbaren Entscheidungen, der Subsidiarität des Feststellungsverfahrens und einer Gebührenpflicht verfolgte der Gesetzgeber bereits im BVergG 2002 das Ziel, das Vergaberechtsschutzverfahren insgesamt straffer zu gestalten. Durch die Neuerungen des BVergG 2006 im Bereich des Rechtsschutzes wurde diese Tendenz weiter verstärkt.

Die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens steht Unternehmern offen, die ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behaupten und denen durch die

behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (§ 320 Abs. 1 BVergG 2006). Subunternehmern eines Bieters fehlt die Aktivlegitimation zur Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.<sup>26</sup>

Nachprüfungsanträge haben das konkrete Recht, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, zu bezeichnen und diese Rechtsverletzung zu begründen. Das BVA ist bei der Prüfung der Anträge an die im Antrag bezeichneten Beschwerdepunkte gebunden. Innerhalb dieser Beschwerdepunkte ist die Behörde vom Vorbringen der Parteien allerdings unabhängig.

#### a) Sequenzierung des Vergabeverfahrens durch gesondert anfechtbare Entscheidungen

§ 2 Z 6 BVergG 2006 enthält einen abschließenden Katalog der gesondert anfechtbaren Entscheidungen für jedes Vergabeverfahren. Durch die jüngste Novelle wurde die Ausscheidens- und die Widerrufsentscheidung neu in den Katalog aufgenommen. Alle übrigen Entscheidungen des Auftraggebers, die im Gesetz nicht ausdrücklich genannt sind, sind nicht gesondert anfechtbar und können nur gemeinsam mit der ihnen nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung in einem Nachprüfungsverfahren vor dem BVA angefochten werden.

Für die wichtigsten Verfahrensarten stellen sich die gesondert anfechtbaren Entscheidungen wie folgt dar:

- ➔ Offenes Verfahren: die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.
- ➔ Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.
- ➔ Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb: die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.
- ➔ Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb: die Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages); die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.
- ➔ Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb: die Aufforderung zur Angebotsabgabe; sonstige Festlegungen während der Ver-

<sup>26</sup> BVA, N-17/99-4.



handlungsphase bzw. während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung.

- ➔ Offener Wettbewerb: die Ausschreibung; die Widerrufsentscheidung; die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw. der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren.
- ➔ Nicht offener Wettbewerb: die Ausschreibung; die Nicht-Zulassung zur Teilnahme; die Widerrufsentscheidung; die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw. der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren.
- ➔ Geladener Wettbewerb: die Wettbewerbsunterlagen; Widerrufsentscheidung; die Entscheidung über die Zuweisung des Preisgeldes bzw. der Zahlungen oder die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am anschließenden Verhandlungsverfahren.

#### b) Präklusionsfristen

Präklusionsfristen sollen verhindern, dass Rechtsverstöße, die sich in einem früheren Verfahrensstadium ereignet haben, erst unmittelbar vor der Zuschlagserteilung geltend gemacht werden. Das Stellen eines Nachprüfungsantrages ist somit an Antragsfristen gebunden. Anträge auf Nachprüfung gesondert angefochtener Entscheidungen sind grundsätzlich binnen 14 Tagen einzubringen. In Ausnahmefällen beträgt die Frist 7 Tage (vgl. § 321 Abs. 1 Z 1 bis 6 BVergG 2006).<sup>27</sup> § 321 Abs. 2 normiert eine Sonderregelung im Hinblick auf Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen. Entsprechende Anträge sind, sofern die Angebotsfrist bzw. die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten weniger als 15 Tage beträgt, binnen 3 Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten, in den übrigen Fällen binnen 7 Tagen vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten einzubringen.

Da es sich in den vorliegenden Fällen um verfahrensrechtliche Fristen handelt, ist es ausreichend, wenn der Antrag rechtzeitig zur Post gegeben wird.

#### c) Bekanntgabe im Internet, Verständigungspflicht des BVA

Die Behörde hat einen nicht offenkundig unzulässigen Nachprüfungsantrag unverzüglich im Internet ([www.bva.gv.at](http://www.bva.gv.at)) bekannt zu machen (§ 323 Abs. 1). In der Bekanntmachung sind der Auftraggeber, das betroffene Vergabeverfahren und die gesondert angefochtene Entscheidung zu benennen. Außerdem muss sie einen Hinweis zu Wahrung der Parteistellung anfügen. Der Auftraggeber ist vom Senatsvorsitzenden unverzüglich persönlich vom Eingang eines Nachprüfungsauftrages zu verständigen. Im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung ist der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter ebenfalls unverzüglich persönlich vom Eingang eines Nachprüfungsantrages in Kenntnis zu setzen.

<sup>27</sup> Eine Übersicht über die Präklusionsfristen wird im Anhang beigegeben.

Auch die Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung ist im Internet kundzumachen. Im Hinblick auf eine etwaige Überprüfung einer Zuschlagsentscheidung ist auch diesfalls der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter von der Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung persönlich zu verständigen.

#### d) Parteistellung

Antragsteller und Auftraggeber sind jedenfalls Partei. In Nachprüfungsverfahren, welche die Nichtigerklärung einer Zuschlagsentscheidung betreffen, kommt außerdem jenen Bietern Parteistellung zu, deren rechtlich geschützte Interessen durch die Entscheidung des BVA unmittelbar nachteilig berührt werden könnten (Antragsgegner). Der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter verliert seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen nicht binnen 2 Wochen ab Zustellung der persönlichen Verständigung erhebt. Für die übrigen Unternehmer beginnt die zweiwöchige Frist mit der Internetbekanntmachung zu laufen. Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden.

#### e) Inhalt von Nachprüfungsanträgen

Ein gültiger Antrag hat gemäß §§ 322 BVergG 2006

- die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens und der angefochtenen Entscheidung,
- die Bezeichnung des Auftraggebers,
- eine Sachverhaltsdarstellung,
- Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden,
- die Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als Verletzte erachtet,
- Gründe für die behauptete Rechtswidrigkeit,
- einen Antrag auf Nichtigerklärung der gesondert anfechtbaren Entscheidung sowie
- die zur Beurteilung der Fristgerechtigkeit des Antrages erforderlichen Angaben zu enthalten.

#### f) Entscheidung des BVA

Das BVA entscheidet kassatorisch. Kommt das BVA zum Ergebnis, dass der Antrag begründet ist, so hat es die im Zuge des Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung für nichtig zu erklären, wenn

- sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm geltend gemachten Recht verletzt und
- die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist (§ 325 Abs 1).

Als Nichtigerklärung kommt insbesondere auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

Das BVA muss seine Entscheidung unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von 6 Wochen nach Antragstellung treffen – dies gilt seit Inkrafttreten des BVergG 2006 für den Unter- und Oberschwellenbereich gleichermaßen.

Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt, muss zur Einleitung des Feststellungsverfahrens ein neuer, gebührenpflichtiger Antrag gestellt werden.

#### g) Vorläufiger Rechtsschutz

Auf Antrag eines Unternehmers hat das BVA durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen zu beseitigen oder zu verhindern.

Jeder Bewerber oder Bieter, der im Nachprüfungsverfahren zu einem Antrag auf Nichtigerklärung einer im Zuge des Vergabeverfahrens ergangenen gesondert anfechtbaren Entscheidung berechtigt ist, hat auch die Möglichkeit, vorläufigen Rechtsschutz im Wege einer einstweiligen Verfügung zu erlangen. Der Antrag auf einstweilige Verfügung kann nunmehr auch vor Einbringen des Nachprüfungsantrages beim BVA gestellt werden. Wird allerdings in weiterer Folge kein Nachprüfungsantrag gestellt oder ein solcher wieder zurückgezogen, ist das Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung einzustellen, oder eine bereits erlassene einstweilige Verfügung tritt wieder außer Kraft. Sofern ein Nachprüfungsantrag eingebracht wurde, kann ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag gestellt werden. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten (§ 328 Abs. 2 BVergG):

- die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, des Auftraggebers und der gesondert anfechtbaren Entscheidung,
- eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts sowie ein behauptetes Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages sowie den Umstand, dass dem Unternehmer durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht,
- die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,
- die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers in eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,
- die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahmen sowie
- die zur Beurteilung der Fristgerechtigkeit des Antrages erforderlichen Angaben.

Der Auftraggeber ist vom Einlangen eines Antrages auf einstweilige Verfügung, mit dem

- die Untersagung der Erteilung des Zuschlags,
  - die Untersagung der Erteilung des Widerrufs oder
  - die Unterlassung der Angebotsöffnung begehrt wird,
- unverzüglich zu verständigen. Derartigen Anträgen kommt ab Zugang dieser Verständigung aufschiebende Wirkung zu (§ 328 Abs. 5 BVergG 2006). Für Auftraggeber gilt es deshalb in diesem Zusammenhang insbesondere hervorzuheben, dass ab Zugang einer solchen Verständigung bei

sonstiger Nichtigkeit weder Widerruf oder Zuschlagserteilung noch Angebotsöffnung vorgenommen werden dürfen.

Der Senatsvorsitzende prüft die Erforderlichkeit der Maßnahme und nimmt eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Öffentlichkeit, jenen des Auftraggebers und der Bieter vor. Über den Antrag ist unverzüglich, längstens jedoch binnen einer Woche (bei notwendiger Verbesserung längstens binnen 10 Tagen) zu entscheiden. Die Erledigung ist nachweislich binnen dieser Frist an die Parteien (Antragsteller und Auftraggeber) abzusenden. Eine öffentliche mündliche Verhandlung muss nicht durchgeführt werden (§ 330 Abs. 3 BVergG 2006).

In der einstweiligen Verfügung ist der Zeitraum, für welchen sie getroffen ist, zu bestimmen. Spätestens mit der Entscheidung über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung tritt die einstweilige Verfügung außer Kraft. Bei Wegfall der Voraussetzungen, die zur Erlassung geführt haben, ist die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben. Gleichermaßen ist sie zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Dauer weiterhin bestehen (§ 329 Abs. 3 BVergG 2006).

#### 7.1.2.2 Feststellungsverfahren

##### a) Subsidiarität des Feststellungsverfahrens

Das Feststellungsverfahren vor dem BVA ist ein subsidiäres Verfahren, in dem nach Zuschlagserteilung bzw. nach Widerruf geklärt werden soll, ob und inwieweit ein Verstoß gegen die einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen im abgeschlossenen Vergabeverfahren vorlag. Es ist somit nur dann zulässig, wenn die geltend gemachte Rechtswidrigkeit nicht bereits in einem Nachprüfungsverfahren angefochten hätte werden können (§ 332 Abs. 4 BVergG 2006). Daran anknüpfend besteht die Möglichkeit, zivilgerichtlich Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Das BVA prüft nur im Rahmen der im Antrag genannten Beschwerdepunkte.

##### b) Gegenstand der Feststellungen

Die Feststellungskompetenz des BVA wurde im Rahmen des BVergG 2006 erweitert. Ein Unternehmer, der Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist, die Feststellung beantragen, dass (§ 331 Abs. 1 Z 1-4)

- die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig war,
- der Zuschlag rechtswidrigerweise nicht gemäß den Ausschreibungsangaben dem Angebot mit den niedrigsten Preisen, dem technisch oder wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde,
- der Widerruf der Ausschreibung rechtswidrig erfolgte oder

- eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, offenkundig unzulässig war.

Gegenanträge des Auftraggebers (Zuschlagsempfängers), wonach der Antragsteller auch bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, sind grundsätzlich zulässig (vgl. näher § 312 Abs. 3 und 4 BVergG 2006). Überdies besteht im Bereich von Vergabeverfahren, in denen keine weiteren Akte durch den Auftraggeber gesetzt werden (somit das Verfahren weder durch Zuschlagserteilung noch durch Widerruf beendet wurde), für Bieter die Möglichkeit, die Feststellung zu beantragen, dass der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens ein Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Frist fortgeführt hat. Eine solcherart rechtskräftige Feststellung ist einer Widerrufserklärung gleichzuhalten.

### c) Fristen

Das Recht auf Feststellung erlischt grundsätzlich 6 Monate<sup>28</sup> nach Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Antragstellers von Zuschlag, Widerruf oder rechtswidriger Wahl des Vergabeverfahrens. Das Recht auf Feststellung einer offenkundig unzulässigen Direktvergabe erlischt binnen einer Frist von 30 Tagen ab Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von der rechtswidrigen Zuschlagserteilung. Für beide Fälle gilt eine absolute Frist von 6 Monaten ab Zuschlagserteilung oder Widerruf (§ 332 Abs. 2 und 3 BVergG 2006).

### d) Antragserfordernisse

Der Antrag auf Feststellung hat folgenden Erfordernissen zu genügen (§ 332 Abs. 1 BVergG 2006):

- genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens,
- genaue Bezeichnung des Auftraggebers,
- soweit zumutbar, die genaue Bezeichnung eines allfälligen Zuschlagsempfängers,
- Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts einschließlich des Interesses am Vertragsschluss,
- Angaben über den behaupteten eingetretenen Schaden für den Antragsteller,
- bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als Verletzte achtet,
- Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
- bestimmtes Begehren sowie
- Angaben, die erforderlich sind, um die Rechtzeitigkeit der Antragstellung zu beurteilen.

Parteien des Feststellungsverfahrens sind der Antragsteller, der Auftraggeber und der allfällige Zuschlagsempfänger (§ 333 BVergG 2006).

<sup>28</sup> Offenkundig ein Redaktionsversehen; die Vorgängerbestimmung (§ 168 Abs. BVergG 2002) geht von einer subjektiven Frist von 6 Wochen aus. Die vorliegende Fassung hat das widersinnige Ergebnis einer unbedingten 6-Monats-Frist zur Folge, was den Inhalt der Bestimmung zum Teil obsolet erscheinen lässt.

Gemäß § 331 Abs. 3 können mehrere Unternehmer nebeneinander selbstständige Feststellungsanträge stellen. Die Verfahren sind nach Möglichkeit zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Teilnahmeanträge sind im Rahmen des BVergG 2006 nicht mehr vorgesehen.

Das BVA hat Feststellungen nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war (§ 334 BVergG 2006).

7.1.2.3 Gebühren

Auch weiterhin besteht zur Abdeckung des Rechtsschutzverfahrens vor dem BVA eine Gebührenpflicht. Für die Anträge und Verfahren vor dem BVA fallen keine zusätzlichen Gebühren nach dem Gebührengesetz an (§ 318 Abs. 1 BVergG 2006). Losgelöst von der angefochtenen Entscheidung ist für jedes Verfahren gesondert eine Gebühr zu entrichten: so ist im Rahmen eines Nachprüfungsantrags und eines damit einhergehenden Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zum Beispiel jeweils die Pauschalgebühr fällig. Falls der Antragsteller vor dem BVA auch nur teilweise obsiegt, kommt ihm ein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren zu. Ferner hat der Antragsteller dann Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn er während eines anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur, wenn dem Hauptantrag (Prüfungsantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder ein solcher Antrag nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Die Gebühren setzen sich wie folgt zusammen<sup>29</sup>:

Direktvergaben .....	200€
Direkte Zuschlagserteilungen (§ 132 Abs. 3, § 273 Abs. 3)	
im Oberschwellenbereich .....	600€
Direkte Zuschlagserteilungen (§ 132 Abs. 3, § 273 Abs. 3)	
im Unterschwellenbereich .....	300€
Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich	
Baufträge .....	400€
Liefer- und Dienstleistungsaufträge .....	300€
Geistige Dienstleistungen .....	350€
Nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich	
Baufträge .....	600€
Liefer- und Dienstleistungsaufträge .....	350€

<sup>29</sup> Die nachfolgend angeführte Gebührenstruktur soll jedoch in Kürze abgeändert werden. Vgl. in diesem Zusammenhang die Einleitung eines amtswegigen Prüfungsverfahrens zu den Gebühren idF BVergG 2002 im Zuge von VfGH, B 850/05-8.

<b>Sonstige Verfahren im Unterschwellenbereich</b>	
Baufträge .....	2500 €
Liefer- und Dienstleistungsaufträge .....	800 €
<b>Sonstige Verfahren im Oberschwellenbereich</b>	
Baufträge .....	5000 €
Liefer- und Dienstleistungsaufträge .....	1600 €

Die Gebühr ist bei Antragstellung fällig. Wird sie trotz erfolgtem Verbesserungsauftrag nicht entrichtet, ist der Antrag vom BVA wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen.

Die Gebührenpflicht kann sich für öffentliche Auftraggeber dann als nachteilig erweisen, wenn der Antragsteller im Verfahren vor dem BVA teilweise obsiegt.

#### 7.1.2.4 Landesrechtliche Besonderheiten

Die zuständige Vergabekontrollbehörde ist (mit Ausnahme von Salzburg und Wien) der jeweilige UVS. Die UVS entscheiden in den Angelegenheiten der Nachprüfung einschließlich der Erlassung einstweiliger Verfügungen im Unterschwellenbereich durch Einzelmitglied.<sup>30</sup>

In inhaltlicher Hinsicht (insbesondere Präklusionsfristen, Verständigungspflichten, nicht gesondert und gesondert anfechtbare Entscheidungen, einstweiliger Rechtsschutz) haben die Länder die Bestimmungen des BVergG 2002 seinerzeit größtenteils wortgleich übernommen und werden ihre Rechtslage bis zum 1.1.2007 an das BVergG 2006 anpassen. Abweichungen in den Landesvergabekontrollgesetzen werden in der untenstehenden Tabelle dargestellt.

Die darin vorgesehene Verpflichtung zur Entrichtung von Pauschalgebühren besteht vorbehaltlich einer finanzausgleichsgesetzlichen Ermächtigung für die Länder, Gebühren für die Inanspruchnahme der Vergabekontrollbehörden in Form einer ausschließlichen Landesabgabe vorzusehen.

#### 7.1.2.5 Wirkung aufhebender Erkenntnisse

Wird ein Bescheid einer Vergabekontrollbehörde vom VfGH oder VwGH nach erfolgter Zuschlagserteilung aufgehoben, so haben sowohl das aufhebende Erkenntnis als auch eine gegebenenfalls nachfolgende Feststellung der Vergabekontrollbehörde, dass die angefochtene Entscheidung des Auftraggebers rechtswidrig war, keine Auswirkungen auf den abgeschlossenen Vertrag (§ 342 BVergG 2006).

<sup>30</sup> BGBl. 117/2002.

**BUNDESVERGABEGESETZ 2006 – Anregungen für die Praxis**

<b>Bundesland</b>	<b>Nachprüfungsbehörde</b>	<b>Besonderheiten</b>
<b>Steiermark</b>	dem Richterstand angehören. Die Mitglieder sind in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden. UVS	<b>Terminologie:</b> Das StVergRG wurde inhaltlich und terminologisch in seinem Entwurf an das BVergG 2006 angepasst
<b>Tirol</b>	UVS	<b>Terminologie:</b> Unter dem Oberbegriff <b>Nachprüfung</b> werden das <b>Nachprüfungs-</b> und das <b>Feststellungsverfahren</b> des BVergG zusammengefasst. Inhaltlich ist der Rechtsschutz geregelt wie im BVergG.
<b>Vorarlberg</b>	UVS	<b>Terminologie:</b> Vorarlberg unterscheidet bei den <b>Nachprüfungsverfahren</b> zwischen dem <b>Nichtigkeitsklärungs-</b> und dem <b>Feststellungsverfahren</b> . Im Unterschied zum BVergG verlangt das Vorarlberger Vergabenechtprüfungs-gesetz (VergNG) vom Auftraggeber im Fall des Widerrufs seiner Ausschreibung, dass er im Fall eines eingeleiteten Feststellungsverfahrens lediglich die Tatsache der Verfahrenseinleitung bekannt geben muss. Hingegen ist die im Antrag auf Einleitung eines Feststellungsverfahrens geltend gemachte <b>Rechtswidrigkeit</b> vom Auftraggeber nur auf Anfrage bekannt zu geben. Damit soll verhindert werden, dass dieser zu umfangreiche Feststellungsanträge elektronisch kundmachen muss (§ 7 Abs. 3 VergNG). Bewerber und Bieter, deren rechtliche Interessen durch ein Nachprüfungsverfahren berührt werden, können ihre <b>Teilnahmeanträge</b> ausschließlich schriftlich stellen. Das VergNG sieht eine <b>Verwaltungsabgabe</b> in max. Höhe von EUR 3.600,- vor. Die Frage der ordnungsgemäßen Entrichtung der Abgabe wird getrennt von der Frage der Zulässigkeit des Antrages beurteilt. Eine verspätete Entrichtung führt daher nicht zur Unzulässigkeit des Antrages. Die Abgabe wird mittels Bescheid festgesetzt. Eine Rückerstattung im Falle des Obliegenden des Antragstellers ist ausgeschlossen.
<b>Wien</b>	Vergabekontrollsenat	<b>Teilnahmeanträge</b> können ausschließlich schriftlich gestellt werden. <b>Terminologie:</b> Das WVRG 2007 wurde terminologisch in seinem Entwurf weitgehend an das BVergG 2006 angepasst es unterscheidet zwischen „ <b>Nichtigkeitsklärungsverfahren</b> “ und <b>Feststellungsverfahren</b> . <b>Entscheidung</b> durch den VKS, derzeit 7 Mitglieder. <b>Mündliche Verhandlung:</b> Nur auf Antrag oder wenn es der Vergabekontrollsenat für erforderlich hält. <b>Gebühren und Gebührensatz:</b> Wie nach BVergG 2006, wobei Anträge auf Feststellung von Rechtsverstößen nicht gebührenpflichtig sind. <b>Erstinstanzliche Verfügung:</b> Oberschwellenbereich maximal 2 Monate und im Unterschwellenbereich maximal 1 Monat. Auch im Übrigen inhaltlich wie BVergG 2006.



## 7.2 RECHTSSCHUTZ DURCH ORDENTLICHE ZIVILGERICHTE

Öffentliche Aufträge sind privatrechtliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Unternehmen. Das Vergabeverfahren regelt den Prozess der Ermittlung von Vertragspartner und Vertragsinhalt, wobei mit dem Zuschlag das öffentlich-rechtliche Vergabeverfahren beendet wird und der zivilrechtliche Vertragsschluss erfolgt. Diese duale Funktion der Zuschlagserteilung ist auch für das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem bestimmend.

### 7.2.1 Schadenersatzverfahren

Die Zuerkennung von Schadenersatz an übergangene Bieter oder Bewerber fällt in den Zuständigkeitsbereich der ordentlichen Zivilgerichte. Das BVergG 2006 enthält jedoch diesbezügliche materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Sonderbestimmungen, lässt im Übrigen jedoch nach anderen Rechtsvorschriften bestehende Ansprüche unberührt (§ 340 BVergG 2006).

Dem übergangenen Bewerber, Bieter oder Bestbieter kommt bei schuldhafter Verletzung des BVergG 2006 oder der auf dessen Grundlage ergangenen Verordnungen gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Schadenersatz zu. Der öffentliche Auftraggeber ist zur Gleichbehandlung der Bieter oder Bewerber und zur Vergabe nach objektiven Kriterien verpflichtet.<sup>31</sup> Der Bieter oder Bewerber darf aufgrund des zum Auftraggeber bestehenden vorvertraglichen Schuldverhältnisses darauf vertrauen, zumindest eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags zu haben. Bei Verletzung der Bestimmungen des BVergG 2006 ist der Bieter oder Bewerber so zu stellen, als hätte er nie auf eine solche echte Chance auf Zuschlagserteilung vertraut; es ist ihm somit der Vertrauensschaden zu ersetzen. Das BVergG 2006 normiert zunächst nur den Ersatz der Kosten der Anbotsstellung und der Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren.

Bereits wiederholt hat der OGH ausgesprochen, dass dem übergangenen Bieter auch das Erfüllungsinteresse zugesprochen werden kann, wenn der Vertrag ohne die Verletzung vergabegesetzlicher Vorschriften mit ihm zustande gekommen wäre.<sup>32</sup> Dem übergangenen Bieter muss also der Nachweis gelingen, dass er tatsächlich Bestbieter gewesen wäre. Im Zuge des Ersatzes des Erfüllungsinteresses ist grundsätzlich der entgangene Geschäftsgewinn zu ersetzen.

Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einbringung einer Schadenersatzklage ist ein Feststellungsbescheid des BVA, wonach eine Zuschlagserteilung, die Wahl der Direktvergabe, eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung oder ein Widerruf rechtswidrigerweise erfolgten bzw. dem Auftraggeber im Hinblick auf die Fortführung des Verfahrens qualifizierte Säumnis anzulasten ist (§ 341 BVergG 2006). Stellt das BVA – auf Antrag des Auftraggebers – fest, dass der Geschädigte auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, besteht kein Anspruch auf Schadenersatz. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Schaden durch Beantragung einer einstweiligen Verfügung sowie durch Stellen eines Nachprüfungsantrages hätte abgewendet werden können (§ 338 Abs. 2 BVergG 2006).

<sup>31</sup> OGH 19.10.1994, 7 Ob 568/94 = SZ 67/182 und die ständige Judikatur.

<sup>32</sup> OGH 27.6.2001, 7 Ob 148/01t; 27.6.2001, 7 Ob 200/00p oder 10.4.2003, 8 Ob 183/02y.

Das Gericht ist an die Feststellungen des BVA gebunden. Hält es den Bescheid für rechtswidrig, hat es das Verfahren zu unterbrechen und beim VwGH die Feststellung der Rechtswidrigkeit gemäß Art. 131 Abs. 2 B-VG zu begehren (§ 341 Abs. 4 BVergG 2006).

Zur Entscheidung über Schadenersatzansprüche sind ohne Rücksicht auf den Streitwert Zur Entscheidung über Schadenersatzansprüche sind ohne Rücksicht auf den Streitwert die Gerichtshöfe erster Instanz zuständig, die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem (Wohn-)Sitz des Auftraggebers.

### 7.2.2 Wettbewerbsrecht

Auch im Verhältnis der Bieter untereinander entfalten die Vergaberechtsbestimmungen bindende Wirkung, schützen sie doch auch die Bieter vor unlauteren Vorgangsweisen. Das BVergG 2006 selbst enthält keine dem einzelnen Bieter gegen Mitbieter eingeräumten Ansprüche wegen Verletzung der Vergaberechtsvorschriften. Die gesetzliche Grundlage zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen gegen Mitbieter bildet somit die Auffangbestimmung des § 1 UWG.<sup>33</sup>

Ein Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UWG gegen einen Mitbieter besteht etwa, wenn dieser selbst an der Ausschreibung mitgewirkt hat und daher von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren ausgeschlossen war; denn der Mitbewerber trägt mit seinem Anbot zum Gesetzesverstoß des Auftraggebers bei und veranlasst diesen bewusst zu einem gesetzwidrigen Handeln.<sup>34</sup>

Mit der Neufassung des BVergG 2006 sind auch Ansprüche aus dem Lauterkeitsrecht von der Feststellung eines Verstoßes gegen das BVergG 2006 durch die zuständige Vergabekontrollbehörde abhängig.

## 7.3 RECHTSSCHUTZ DURCH EUROPÄISCHE INSTANZEN

Neben dem Rechtsschutz vor innerstaatlichen Instanzen kann es – parallel oder unabhängig davon – zu einem Rechtsschutzverfahren vor europäischen Instanzen kommen.

Der Rechtsschutz durch den EuGH wird im Vergaberecht vor allem im Rahmen des Vertragsverletzungs- und des Vorabentscheidungsverfahrens gewährleistet. Dazu bedarf es entsprechender Anträge der Kommission bzw. nationaler Behörden. Die Kommission selbst kann auch auf Initiative eines Einzelnen einschreiten.

### 7.3.1 Kommission der Europäischen Gemeinschaften

#### 7.3.1.1 Korrekturmechanismus

Bei einem klaren und eindeutigen Verstoß gegen die im Gemeinschaftsrecht enthaltenen Ver-

<sup>33</sup> Vgl. aus der neueren Judikatur zu diesem Problemkreis etwa OGH, 23.5.2006, 4 Ob 23/06w.

<sup>34</sup> OGH 13.9.1999, 4 Ob 155/99v.

gabevorschriften kann die Kommission vor Zuschlagserteilung die Republik Österreich oder einen Auftraggeber zu dessen Beseitigung auffordern. Eine solche Beschwerde kann von jedermann bei der Kommission eingebracht werden. Die Kommission kann auch von sich aus tätig werden (vgl. näher § 337 BVergG 2006).

Die entsprechenden Unterlagen zum bemängelten Verfahren sind gemäß den innerstaatlichen Vorgaben<sup>35</sup> vom Bundesminister für auswärtige Angelegenheiten vollständig an die Kommission weiterzuleiten. Weiters ist der Nachweis der Beseitigung der Rechtswidrigkeit bzw. eine Begründung für deren Nichtbeseitigung oder eine Mitteilung der Aussetzung des betreffenden Vergabeverfahrens zu erbringen.

Die Nichteinhaltung der Antwortpflicht der Mitgliedstaaten ist im Rahmen des Korrekturmechanismus an keine besonderen Sanktionsmöglichkeiten geknüpft. Die Mitteilungen der Kommission sind allerdings zugleich auch Mahnschreiben gemäß Art. 226 EGV, auf deren Grundlage die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren beim Gerichtshof einleiten kann.

#### 7.3.1.2 Bescheinigungsverfahren

Sektorenauftraggeber können bei regelmäßiger, von einem Attestor oder einer Bescheinigungsstelle vorzunehmender Untersuchung ihrer Vergabeverfahren und -praktiken eine Bescheinigung über die Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht und dem BVergG 2006 erlangen (§ 336 BVergG 2006).<sup>36</sup> Dadurch soll das Vertrauen der Bewerber in eine ordnungsgemäße Vergabe gestärkt und mögliche Rechtswidrigkeiten in den Vergabeverfahren der Auftraggeber von vornherein vermieden werden.

#### 7.3.1.3 Außerstaatliche Schlichtung

Jeder Bewerber oder Bieter, der Interesse an einem bestimmten Auftrag im Bereich des Vergabeverfahrens für Sektorenauftraggeber hat oder hatte und der behauptet, dass im Zusammenhang mit dem Verfahren für die Vergabe dieses Auftrags ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, kann ein Schlichtungsverfahren der Kommission schriftlich beantragen (§ 337 BVergG 2006). Das Schlichtungsverfahren beruht auf Freiwilligkeit und hat eine gütliche Einigung zum Ziel.

### 7.3.2 Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

#### 7.3.2.1 Vertragsverletzungsverfahren

Kommt ein Mitgliedstaat seinen aufgrund des Gemeinschaftsrechts bestehenden Verpflichtungen nicht nach, kann die Kommission oder ein anderer Mitgliedstaat beim EuGH ein Vertragsverletzungsverfahren nach Art. 226 EGV einleiten. Eine Pflichtverletzung im Bereich der öffentlichen

<sup>35</sup> § 178 BVergG dient der Umsetzung der in Art. 3 RL 89/665/EWG (Rechtsmittelrichtlinie), Art. 8 RL 92/13/EWG (Sektorenrichtlinie) vorgesehenen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten.

<sup>36</sup> Als Akkreditierungsstelle fungiert gemäß § 8 AkkG der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit.

Auftragsvergabe kann in der Schlecht- bzw. Nichtumsetzung insbesondere der Vergaberichtlinien oder in der Schaffung oder Beibehaltung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Vorschriften bestehen. Auch das gemeinschaftsrechtswidrige Vorgehen eines öffentlichen Auftraggebers wird dem betreffenden Mitgliedstaat als Vergabeverstoß angelastet.

Mit Hilfe einstweiliger Anordnungen kann der EuGH bei drohendem Schadenseintritt die vorläufige Aussetzung des Vergabeverfahrens oder der beanstandeten nationalen Maßnahme bewirken.

Stellt der EuGH in seinem Urteil einen Vertragsverstoß fest, hat der betreffende Mitgliedstaat den vertragswidrigen Zustand zu beseitigen und die Maßnahmen zu ergreifen, die sich aus dem Urteil ergeben.

#### 7.3.2.2 Vorabentscheidungsverfahren

Stellt sich in einem bereits laufenden innerstaatlichen Verfahren eine Auslegungsfrage zum Gemeinschaftsrecht, ist die entscheidende Vergabekontrollbehörde berechtigt, diese Frage dem EuGH vorzulegen, sofern der EuGH über eine gleichlautende Frage nicht bereits entschieden hat oder eine gesicherte Rechtsprechung dazu vorliegt. Entscheidet die innerstaatliche Stelle hingegen in letzter Instanz, trifft sie eine Verpflichtung zur Vorlage.

Das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EGV soll die einheitliche Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts gewährleisten. Zwar hat der Einzelne kein subjektives Recht auf Vorlage an den EuGH, legt ein vorlageverpflichtetes Gericht jedoch zu Unrecht nicht vor, verletzt diese Vorgehensweise das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht auf den gesetzlichen Richter.

Die Vorlageberechtigung und -verpflichtung verknüpft Art. 234 EGV mit der Gerichtseigenschaft der jeweils entscheidenden staatlichen Stelle. Die vom EuGH im Hinblick auf die Gerichtseigenschaft entwickelten Kriterien unterscheiden sich von den diesbezüglichen nationalen Merkmalen.

Im Bereich des innerstaatlichen vergabespezifischen Rechtsschutzes ist hinsichtlich ihrer Gerichtseigenschaft zwischen den unterschiedlichen Behörden zu differenzieren. Auf Bundesebene erfüllt das BVA die Gerichtsmerkmale im Sinne des Art. 234 EGV. Da die Entscheidungen einer weiteren Rechtskontrolle durch den VwGH unterliegen, entscheidet es nicht in letzter Instanz und ist somit bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zur Vorlage bloß berechtigt, nicht verpflichtet. Gleiches gilt auf Länderebene: Sowohl der UVS<sup>37</sup> als auch die besonderen Vergabekontrollbehörden (Vergabekontrollsenate Salzburg und Wien)<sup>38</sup> können Vorlagefragen stellen, sind dazu aber nicht verpflichtet. Den Schlichtungskommissionen der Länder, so vorhanden, kommt keine Gerichtseigenschaft zu.

<sup>37</sup> EuGH 4.3.1999, Rechtssache C-258/97 (UVS Kärnten).

<sup>38</sup> EuGH 4.2.1999, Rechtssache C-103/97 (Tiroler Landesvergabeamt).

# Kapitel 8

## **SONDERFRAGEN**

## 8.1 AUSNAHMEN DER INHOUSE-VERGABE

Die Vergaberegeln (BVergG 2006 und diesbezügliche gemeinschaftsrechtliche Regelungen) finden auf Aufträge an interne Einrichtungen des Auftraggebers keine Anwendung. Man spricht von der Ausnahme der sogenannten „Inhouse-Vergabe“. Folgende Spielarten der Inhouse-Vergabe sind zu unterscheiden:

### 8.1.1 Echte Inhouse-Vergabe

Eine echte Inhouse-Vergabe ist ein echter „interner“ Auftrag an eine interne Abteilung/Einrichtung des öffentlichen Auftraggebers, die selbst über keine Rechtspersönlichkeit verfügt. In Ermangelung des Abschlusses eines Vertrags zwischen zwei selbstständigen Rechtspersonen liegt kein öffentlicher Auftrag vor. Die Vergaberegeln finden jedenfalls keine Anwendung. Dies gilt z. B. bei Beauftragungen zwischen internen Abteilungen einer Gemeinde, die jeweils über eine gewisse Selbstständigkeit verfügen, z. B. Beauftragung der städtischen Müllabfuhr mit Abfallentsorgungsleistungen durch das städtische Krankenhaus; Beauftragung der städtischen Buslinien durch die Stadt mit Erbringung von Verkehrsleistungen, soweit die Buslinien als Eigenbetriebe einer Stadt geführt werden.

### 8.1.2 Quasi-Inhouse-Vergabe

Es handelt sich um einen Abschluss eines Vertrages zwischen zwei selbstständigen Rechtspersonen, und zwar zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem von ihm beherrschten Rechtsträger. Voraussetzung für das Vorliegen einer Quasi-Inhouse-Vergabe ist, dass der Auftraggeber über den Auftragnehmer eine ähnliche Kontrolle ausübt, wie über eine eigene Dienststelle und dieser Auftragnehmer seine Tätigkeit im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die seine Anteile innehaben oder aus denen er sich zusammensetzt. Nach zahlreichen EuGH-Judikaten lässt sich diese allgemeine Formel der zulässigen Quasi-Inhouse-Vergabe auf folgende Bedingungen umlegen, wobei zu beachten ist, dass jeweils alle maßgebenden Umstände zu berücksichtigen sind und es jeweils auf eine Einzelfallbetrachtung ankommt, Ausnahmen eng auszulegen sind und Rechtskonstruktionen zum Scheitern verurteilt sind, die im Ergebnis auf die Umgehung der Vergabevorschriften und die Einbeziehung privater Bieter abzielen. Die folgenden Kriterien dienen als Orientierungshilfe. Im Einzelfall bedarf es jedoch einer nochmaligen Prüfung:

- 100 % des Kapitals muss von der öffentlichen Hand beherrscht werden. Die Beteiligung eines Privaten auch nur zu 1 % an einem Inhouse-Auftragnehmer hat die Unzulässigkeit einer Inhouse-Vergabe zur Folge.
- Solange ein Inhouse-vergebener Auftrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer besteht, darf es zu keiner Einbindung von Privatpersonen kommen. Sobald auch nur Teile von Unternehmen an Privatpersonen veräußert werden, die über Inhouse-vergebene Aufträge verfügen, sind diese Inhouse-vergebenen Aufträge aufzulösen und einem öffentlichen Vergabeverfahren zuzuführen.

Dies gilt umso mehr für jene Aufträge, die ursprünglich in Verkennung der Rechtslage an gemischt-öffentliche Gesellschaften vergeben wurden. Dies gilt auch für den Fall, dass in einem ersten Schritt zunächst zulässigerweise ein Inhouse-Auftrag vergeben wird und in einem zweiten Schritt die Anteile an Private veräußert werden. Kurz: Die Einbindung von privatem Kapital hat die Unzulässigkeit der Inhouse-Vergabe zur Folge und erfordert die Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens.

- Der Auftraggeber muss – jederzeit – die Möglichkeit haben, sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen Entscheidungen des Inhouse-Auftragnehmers ausschlaggebenden Einfluss zu nehmen. Unzureichend ist es, wenn der öffentliche Auftraggeber sich bloß auf die Ausübung seiner „Aktionärsrechte“ beschränkt und die strategischen und wichtigen Entscheidungen von weisungsfreien Organen getroffen werden, wie dies bei der Aktiengesellschaft in der Regel der Fall ist. Das Festhalten an bzw. Zwischenschalten von Holding-Gesellschaften, die in Form einer Aktiengesellschaft errichtet sind, stehen einer Inhouse-Vergabe entgegen. Angeraten wird die Errichtung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Hier stellt das Gesellschaftsrecht sicher, dass der Mehrheitsgesellschafter ein Weisungsrecht gegenüber den Geschäftsführern hat. Möglich sind auch Personengesellschaften, wie eine GmbH & Co KG.
- Das Kriterium der wesentlichen Tätigkeit ist anhand von qualitativen und quantitativen Umständen zu beurteilen. Auf einen bestimmten Umsatz (z. B. 80 %) kommt es nicht an. Es ist davon auszugehen, dass „im Wesentlichen“ dahin zu verstehen ist, dass der Inhouse-Auftragnehmer hauptsächlich bzw. nahezu ausschließlich für die ihn kontrollierende Körperschaft bzw. die Summe der kontrollierenden Körperschaften, welche öffentliche Auftraggeber sind, tätig ist und andere Tätigkeiten bloß nebensächlich sind. Ein allzu großer Spielraum besteht nicht.
- Zu beachten gilt jedoch, dass bei der Beurteilung, welche Tätigkeiten der kontrollierenden Körperschaft bzw. dem öffentlichen Auftraggeber zuzurechnen sind, alle Umsätze einzurechnen sind, die aufgrund der Vergabeentscheidung dem Auftragnehmer zufließen, unabhängig davon, wer Begünstigter der Tätigkeit ist und wer die Tätigkeit vergütet. In diesem Sinn sind auch Umsätze der kontrollierenden Körperschaft zuzurechnen, die Dritte im Hinblick auf den erteilten Dienstleistungskonzessionsauftrag leisten, wie z. B. die Fahrgäste öffentlicher Verkehrsunternehmen, die mit dieser Aufgabe von der Kommune betraut wurden und hierfür sowohl eine Zahlung der Kommune als auch der Fahrgäste erhalten. Gleiches gilt auch für einen Gastronomievertrag, nach dem der beauftragte Veranstalter berechtigt ist, gewisse Erlöse direkt von den Gästen zu erheben.

Wenn ein Inhouse-Auftragnehmer von mehreren öffentlichen Auftraggebern beherrscht wird, wird bei der Beurteilung des Begriffs „im Wesentlichen“ auf jene Tätigkeiten bezogen, die der Auftragnehmer für all diese Körperschaften verrichtet.

Kurz: Zwar lässt der Begriff „im Wesentlichen“ nur einen geringen Spielraum für zusätzliche Leistungen, die vom eigentlichen öffentlichen Auftrag nicht erfasst sind (also für Aufträge, bei denen der Inhouse-Auftragnehmer in Konkurrenz mit Privaten tritt). Doch ist der Aus-

legungsspielraum weit bei der Beantwortung der Frage, welche Erlöse einer vom öffentlichen Auftraggeber veranlassten Tätigkeit zuzurechnen sind. Hier sind nicht nur jene Erlöse zuzurechnen, die der öffentliche Auftraggeber selbst leistet, sondern auch Erlöse, die Private oder andere öffentliche Auftraggeber leisten, die selbst Anteile am Inhouse-Auftragnehmer halten. In diesem Sinn erfüllt ein 100 % städtisches Verkehrsunternehmen den Quasi-Inhouse-Begriff, wenn es als GmbH organisiert und von der Stadt direkt beherrscht ist und einerseits Zahlungen der Stadt und andererseits Zahlungen der Fahrgästen und der Umlandgemeinden erhält.

### 8.1.3 Inhouse-Auftrag bei Sektorenauftraggebern

Der Begriff des Inhouse-Auftrags ist im Bereich der Sektorenauftraggeber eindeutiger und großzügiger geregelt. Es ist die Rede von Aufträgen an „verbundene Unternehmen“. Anders als bei Inhouse-Aufträgen eines öffentlichen Auftraggebers genügt es, dass der Sektorenauftraggeber den Auftragnehmer beherrscht; und zwar z. B. über die Mehrheit der Stimmrechte, Sonderrechte oder über Sonderrechte aus Syndikatsverträgen. Es ist nicht erforderlich, dass 100 % des Gesellschaftskapitals von öffentlichen Auftraggebern bzw. Sektorenauftraggebern gehalten werden. Anders ausgedrückt: Sektorenauftraggeber haben die Möglichkeit, mit privaten Gesellschaften „gemischte Gesellschaften“ zu errichten, sofern sie diese Gesellschaften beherrschen.

Auch werden Inhouse-Auftragnehmer von Sektorenauftraggebern in ihren weiteren Tätigkeiten weniger eingeschränkt: Inhouse-Auftragnehmer müssen während der letzten drei Jahre zumindest 80 % ihres Umsatzes der vom Inhouse-Auftrag betroffenen Auftragsart (Dienstleistungsauftrag/Lieferauftrag/Bauftrag) mit dem Auftraggeber und den anderen verbundenen Unternehmen getätigt haben. Aber auch für Sektorenauftraggeber wird zu gelten haben, dass alle Erlöse dem Sektorenauftraggeber zuzuordnen sind, die Folge seiner Vergabeentscheidung sind, unabhängig davon, wem die Leistung zugute gekommen ist und wer sie vergütet. Auch für die Beurteilung, ob es sich um vergabefreie Aufträge und verbundene Unternehmen im Sektorenbereich handelt, können alle Erlöse einer Tätigkeit dem Auftragsverhältnis Sektorenauftraggeber und verbundenen Unternehmen zugeordnet werden. In diesem Sinn müssen in Summe all diese Erlöse 80 % der Gesamterlöse des Inhouse-Auftragnehmers aus der betroffenen Auftragsart (z.B. Dienstleistungsauftrag) ausmachen, damit ein die Inhouse-Vergabe bzw. die Vergabe an das verbundene Unternehmen vergabefrei erfolgen kann.

Das bedeutet, dass im Vergleich zu öffentlichen Auftraggebern Sektorenauftraggeber auch in Bezug auf die „sonstigen Leistungen“ begünstigt sind. Sie müssen nicht nahezu ausschließlich Leistungen für den Auftraggeber erbringen und haben auch ein klares Kriterium (80 % des Umsatzes der vergangenen 3 Jahre). Das BVergG 2006 hat auch diese Ausnahmebestimmung auf alle Kategorien der Auftragsvergabe erstreckt, d. h. diese Ausnahmebestimmung gilt nicht nur für Dienstleistungsaufträge, sondern auch für Bauaufträge und für Lieferaufträge. Zur Beurteilung, ob die 80%-Schranke eingehalten wird, ist dabei jeweils auf die jeweilige Auftragsart abzustellen. D. h., soll ein Dienstleistungsauftrag vergabefrei vergeben werden, sind nur die Erlöse aus den übrigen Dienstleistungsaufträgen zu beurteilen und nicht auch die Erlöse aus Liefer- oder Bauaufträgen. Auch dies erleichtert die Bejahung der Zulässigkeit eines vergabefreien Auftrags an die gebundenen Unternehmen.



## 8.2 INTERKOMMUNALE KOOPERATION UND AUFTRAGSVERGABEN AN PPP-GESELLSCHAFTEN

Die Vergaberegeln kennen zwar keine ausdrückliche Ausnahme für die interkommunale Kooperation. Auch will die Europäische Kommission Vergaberegeln auch auf Aufträge anwenden, die zwischen zwei Gebietskörperschaften über kommunale Dienstleistungen abgeschlossen werden. Ein diese Auffassung bestätigendes Judikat des EuGH fehlt jedoch. Dagegen kann aus der etwas neu formulierten Definition eines öffentlichen Auftrags bzw. öffentlichen Auftraggebers einerseits und den ausdrücklichen Ausnahmebestimmungen wie insbesondere die Ausnahmebestimmung zugunsten der Inhouse-Vergabe abgeleitet werden, dass echte kommunale Kooperationen, d. h. Vereinbarungen zwischen Gebietskörperschaften, nicht den Vergaberegeln unterliegen, wenn sich diese Gebietskörperschaften darauf beschränken, ausschließlich Leistungen für den öffentlichen Bereich zu erbringen, also nicht gleichzeitig für Private tätig werden. Folgende Fälle lassen sich unterscheiden:

Unproblematisch sind jedenfalls Leistungsbeziehungen, die öffentlich-rechtlich verankert sind, wie z. B. Aufgaben der Abwasserverbände, die diese aufgrund des Wasserrechtsgesetzes, ihrer Satzungen und der diesbezüglichen Beschlüsse der Kommunen für die Mitgliedsgemeinden des Abwasserverbandes erbringen.

Darüber hinaus sollten auch zivilrechtliche Vereinbarungen zwischen öffentlichen Körperschaften nicht den Vergaberegeln unterliegen, solange diese Körperschaften ausschließlich für die öffentliche Hand tätig sind; also Privaten keine Konkurrenz in Tätigkeiten für Private machen. Der EG-Binnenmarkt, dem die Vergaberegeln dienen, wird durch derartige Vereinbarungen ebenso wenig beeinträchtigt wie der Wettbewerb zwischen bzw. mit privaten Unternehmen. Eine an den Zielen und an der Systematik des Vergaberechts orientierte Auslegung ermöglicht interkommunale Kooperationen außerhalb der Vergaberegeln. Freilich ist dies nicht gesichert, es bleibt ein Restrisiko.

Zu beachten gilt jedoch, dass jedenfalls eine gemischte Einrichtung bestehend aus Privaten und öffentlichen Körperschaften, also PPP-Gesellschaften, nicht freihändig beauftragt werden können. Ausnahme der Inhouse-Vergabe oder der interkommunalen Kooperation beschränken sich jedenfalls auf Aufträge an Einrichtungen, die zu 100 % der öffentlichen Hand zugeordnet sind und an denen kein Privater beteiligt ist.

## 8.3 BESCHAFFUNG GEISTIGER LEISTUNGEN

Geistige Leistungen kennzeichnen sich dadurch, dass im Vorfeld nicht der Weg zum Ergebnis vorgegeben werden kann, sohin auch eine konstruktive Leistungsbeschreibung nicht möglich ist. Auftraggeber können nur das gewünschte Ergebnis vorgeben, haben also auf eine funktionale Leistungsbeschreibung zurückzugreifen. Typisch geistige Leistungen sind Beratungs- und Planungsleistungen, insbesondere Leistungen von Ziviltechnikern, Werbeagenturen, Unternehmensberatern und Rechtsanwälten. Dagegen sind standardisierte Dienstleistungen wie z. B. Sicherheitsdienstleistungen, Reinigungsdienstleistungen, Leistungen im Bereich der Gastronomie,

keine geistigen Dienstleistungen. Geistige Leistungen haben im Bereich des Vergaberechts aus zwei (miteinander letztlich verbundenen) Gründen eine Sonderstellung:

- Geistige Leistungen lassen sich im Vorfeld nur schwer beschreiben (keine konstruktive Leistungsbeschreibung). Ein diesbezügliches Vergabeverfahren ist nur schwer abzuwickeln und mit besonderen Aufwendungen verbunden. Ein Billigstbieterverfahren ist bei der Vergabe derartiger Leistungen nicht umsetzbar. Die Feststellung unterschiedlicher Qualitäten erfordert eine besondere Kompetenz im Bereich des Auftraggebers und der die Bewertung durchführenden Organe.
- Im Hinblick auf die besonders hohen Aufwendungen bei der Vergabe von geistigen Leistungen sieht das BVergG 2006 (so wie schon das BVergG 2002) eine Sonderausnahme für deren Vergabe mit relativ niedrigem Auftragswert vor. Bis zu 50 % des jeweiligen zur Anwendung gelangenden EU-Schwellenwerts, das sind für Gemeinden und Länder und ihnen zugeordnete öffentliche Auftraggeber derzeit ca. EUR 105.000,-, kann ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gewählt werden, wenn davor begründet wird, weshalb mit besonders hohen Kosten für ein derartiges Vergabeverfahren zu rechnen ist. Hingewiesen werden soll, dass es sich bei dieser Ausnahmebestimmung um eine eng auszulegende „Sonderausnahme“ handelt; zumindest besteht jedoch für derartige Leistungen eine Ausnahme bis derzeit EUR 105.000,-.

In diesem Sinn haben Auftraggeber in einem entsprechenden Aktenvermerk – neben der Kostenschätzung – darzulegen, weshalb mit besonders hohen Aufwendungen des Vergabeverfahrens zu rechnen ist, weshalb ein solches Vergabeverfahren keinen weiteren Mehrwert erbringt und sohin als nicht wirtschaftlich angesehen werden kann. Es sollte jeweils im Vergleich zum normalen Vergabeverfahren hervorgehoben werden, weshalb im Einzelfall diese Sonderausnahme herangezogen werden kann (z. B. es besteht für die konkret gesuchte geistige Leistung im näheren Umkreis keine Alternative; der in Aussicht genommene Auftragnehmer ist ohnehin der Einzige, der aufgrund seines Fachwissens, seiner Einbindung in die Thematik, diese Leistung erbringen kann). Im Übrigen sollte auch dargelegt werden, dass auch der erzielbare Preis günstig im Vergleich zum jeweiligen Marktpreis (Tarife) ist.

Übersteigt jedoch die Kostenschätzung den Betrag von EUR 105.000,-, ist der öffentliche Auftraggeber zu einem fairen und dem Gleichbehandlungsgrundsatz entsprechenden Vergabeverfahren gezwungen. Er hat hierfür folgende Möglichkeiten:

- Im Unterschwellenbereich (für Gemeinden und ihnen zugeordnete Rechtsträger derzeit EUR 211.000,-) kann der geladene Wettbewerb durchgeführt werden. Es handelt sich hier bei um die Einladung von leistungsfähigen Wettbewerbern zur Abgabe einer Wettbewerbsarbeit. Der Auftraggeber ist jedoch nicht verpflichtet, den Wettbewerb offen zu gestalten, hat also keine Bekanntmachung durchzuführen. Im Unterschwellenbereich hat der Auftraggeber die Möglichkeit, über den geladenen Wettbewerb (es sind zumindest 3 geeignete Wettbewerber zu laden) zunächst die beste Lösung zu ermitteln (beste Wettbewerbsarbeit) und da nach mit dem Sieger des Wettbewerbs einen entsprechenden Dienstleistungsvertrag ohne Bekanntmachung ein weiteres Vergabeverfahren abzuschließen. Voraussetzung ist jedoch, dass der Auftraggeber dies bereits zu Beginn des Wettbewerbs (Bekanntmachung) angekündigt

hat und hiezu auch verpflichtet ist. Beim Wettbewerb sind selbstverständlich die Regeln des Wettbewerbs zu beachten, insbesondere ist darauf zu achten, dass die Jury zumindest zu einem Drittel Sachverständige als Jurymitglieder hat und die Wettbewerbsarbeiten anonym eingereicht und bewertet werden, und zwar anhand von vorab bekannt gegebenen Beurteilungsaspekten.

- Offener und nicht offener Wettbewerb (unabhängig vom jeweiligen Auftragswert). In Ergänzung zum geladenen Wettbewerb hat der Auftraggeber zunächst über eine Bekanntmachung interessierte Unternehmer zu suchen und entweder diese gleich zum Wettbewerb einzuladen (in diesem Fall kann der Auftraggeber mit sehr vielen Wettbewerbsarbeiten rechnen) oder zunächst zur Abgabe von Teilnahmeunterlagen einzuladen und nur die geeignetsten Wettbewerber zur Abgabe einer Wettbewerbsarbeit einzuladen. In beiden Fällen ist zunächst für eine ausreichende Transparenz (Bekanntmachung) zu sorgen. In beiden Fällen gilt – so wie beim geladenen Wettbewerb – das Diskriminierungsverbot, der Gleichbehandlungsgrundsatz und der Grundsatz des fairen und lautereren Verfahrens. In beiden Fällen gilt auch das Gebot, dass die Wettbewerbsarbeiten anonym einzureichen und zu bewerten sind; und zwar anhand von vorab bekannt gegebenen Beurteilungsaspekten einer Jury, die sich zumindest zu einem Drittel aus Sachverständigen zusammensetzt. Wie beim geladenen Wettbewerb kann der Auftraggeber mit dem Sieger des Wettbewerbs einen Dienstleistungsauftrag im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung abschließen. Voraussetzung ist jedoch, dass der Auftraggeber dies bereits zu Beginn des Wettbewerbs (Bekanntmachung) angekündigt hat und hiezu auch verpflichtet ist.
- Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung: Auch dieses Vergabeverfahren kann unabhängig vom Auftragswert gewählt werden. Die erste Stufe hat infolge einer öffentlichen Bekanntmachung (einer Interessentensuche/Präqualifikation) stattzufinden. Es wird die in der Bekanntmachung genannte Anzahl an geeigneten Bietern zur 2. Stufe, zum eigentlichen Verhandlungsverfahren eingeladen. Im Unterschied zum Wettbewerb ist der gesamte Dienstleistungsauftrag Gegenstand des Verhandlungsverfahrens, vor allem auch der Preis und die Vertragsbestimmungen neben dem Leistungsgegenstand und den vom jeweiligen Bieter angebotenen Qualitäten/Leistungsstandards. Wie das Verhandlungsverfahren konkret abgewickelt wird, hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu machen. Er hat sich hiebei an den Grundsatz der Gleichbehandlung des fairen und lautereren Verfahrens zu halten. Im Unterschwellenbereich ist er berechtigt, zunächst sich auf vertiefte Verhandlungen mit dem erstgereihten Bieter zu beschränken, wenn alle Angebote miteinander vergleichbar sind und diese vollständig sind. Im Übrigen ist der Auftraggeber zu einem Shortlisting berechtigt, ist also nicht verpflichtet, mit jedem Bieter weiterzuverhandeln, wenn dessen Angebot aussichtslos ist. Voraussetzung ist freilich, dass dies den Ausschreibungsunterlagen im Vorfeld bekannt gegeben ist und der Grundsatz der Gleichbehandlung des fairen und lautereren Wettbewerbs beachtet wird.
- Ausgeschlossen ist dagegen, dass geistige Leistungen im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben werden; also auf Basis eines allgemeinen standardisierten Leistungsverzeichnisses ohne die Möglichkeit, die entsprechenden Lösungsansätze der Bieter und die damit verbundenen Qualitäten und Leistungsstandards einer eingehenden Verhandlung zu

unterziehen. Erst durch Verhandlungen bzw. durch Wettbewerb kann die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet werden.

Ein Vergabeverfahren über geistige Leistungen erfordert auf Seiten des Auftraggebers entsprechend gut ausgearbeitete Ausschreibungs-/Wettbewerbsunterlagen und entweder einen Wettbewerb (welcher mühsam ist) oder ein nicht weniger mühsames Verhandlungsverfahren. Öffentliche Auftraggeber können bei der Vergabe von geistigen Leistungen über EUR 105.000,- mit entsprechenden Schwierigkeiten rechnen und sollten interne/externe Sachverständige beiziehen.

#### **8.4 ERWERB NEUER GEBÄUDERÄUMLICHKEITEN/FLÄCHEN**

Den Vergaberegeln unterliegen keine Mietverträge über bestehende (!) Bestandsflächen/Räume. Ebenso wenig unterliegt den Vergaberegeln der Erwerb unbebauter Liegenschaften bzw. diesbezüglicher Rechte (Baurechte/Pachtrechte).

Dagegen unterliegt den Vergabevorschriften die Anmietung von Räumlichkeiten/Flächen, die auf Veranlassung bzw. entsprechend der Vorgaben des öffentlichen Auftragsgebers errichtet werden. Die Vergaberegeln gelten bei jeder Art von Verträgen, die die Neuerrichtung eines Gebäudes zum Ziel haben bzw. diese bewirken oder mitbestimmen; insbesondere auch für Immobilienleasing, Bauträgerverträge, Sale-and-lease-back-Verträge und reine Mietverträge über neu zu errichtende Gebäude. Im Hinblick auf die zu erwartenden Auftragswerte (der Wert von neu zu errichtenden Räumlichkeiten liegt über EUR 120.000,-) hat der öffentliche Auftraggeber ein öffentliches Vergabeverfahren durchzuführen.

In der Regel wird ein öffentlicher Bauauftrag vergeben, auf den alle Vergaberegeln im Detail anzuwenden sind. Die Bestimmungen über einen Baukonzessionsvertrag finden in der Regel keine Anwendung, weil der öffentliche Auftraggeber selbst die Flächen anmietet und der private Immobilienleasinggeber/Bauträger selbst kein wirtschaftliches Risiko im Sinne des Vergaberechts übernimmt; daran ändert nichts der Umstand, dass kein typischer Werkvertrag über die Bauleistung abgeschlossen wird, sondern ein Immobilienleasingvertrag bzw. ein Mietvertrag. Unerheblich ist auch, dass der öffentliche Auftraggeber im Zusammenhang mit derartigen Mietverträgen die Liegenschaft, die zu bebauen ist, im Wege eines Baurechts dem Auftragnehmer beistellt.

Derartige Verträge über die Errichtung neuer Gebäude und der Anmietung durch den Auftraggeber werden in der Regel im Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung zu vergeben sein. Ein offenes Verfahren oder nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung eignet sich wegen der Komplexität der Konstruktion nicht. Es sind zu viele im Verhandlungsverfahren abzuklärende Fragen der Finanzierung/steuerlichen Optimierung und Bauleistung zu klären, als dass dies alles in eine konstruktive Leistungsbeschreibung aufgenommen werden könnte.

## **8.5 BEAUFTRAGUNG IM ÖFFENTLICHEN INTERESSE GELEGENER LEISTUNGEN ZUGUNSTEN DER BEVÖLKERUNG**

Gerade Gemeinden und ihnen zugeordnete Rechtsträger haben Aufgaben der Daseinsvorsorge wahrzunehmen, also im öffentlichen Interesse gelegene Leistungen für die Bevölkerung sicherzustellen, wie z. B. öffentliche Verkehrsleistungen (Busleistungen, Rufsammlertaxis), soziale Dienste (z. B. Essen auf Rädern, Kindergarten, Nachmittagsbetreuung, Pflegeleistungen) und Veranstaltungen. Derartige im öffentlichen Interesse gelegene Leistungen zeichnen sich dadurch aus, dass sie typischerweise von der öffentlichen Hand subventioniert werden, aber auch von den privaten Teilnehmern/Personen, die die Leistungen in Anspruch nehmen (z. B. Fahrgäste), eine entsprechende Zahlung erbracht wird.

Soweit die öffentliche Hand (z. B. Gemeinden) bei der Beauftragung dieser Leistungen keine Verlustabdeckung übernimmt, sondern lediglich einen Zuschuss zu einer Leistung gewährt und das wirtschaftliche Risiko einer Veranstaltung bzw. einer Leistungserbringung beim Privaten verbleibt, kann von einer Dienstleistungskonzession die Rede sein. Für die Vergabe einer solchen Dienstleistungskonzession gelten auch die Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere auch das Gebot der Transparenz, sofern der geschätzte Leistungswert (das ist die Summe aller Zahlungen, die der Konzessionär aus der Vergabe dieser Dienstleistungskonzession zu erwarten hat, also öffentliche Zahlungen und private Zahlungen) den Wert von EUR 40.000,- übersteigt. Im Übrigen ist der öffentliche Auftraggeber jedoch frei. Alle übrigen Vergabevorschriften sind jedoch nicht zu beachten. Vor allem unterliegt die Vergabe eines solchen Dienstleistungskonzessionsvertrages nicht dem besonderen Rechtsschutz vor dem Bundesvergabeamt bzw. den Nachprüfungsbehörden in den Ländern. Die Bieter sind gehalten, ihr Recht vor einem ordentlichen Zivilgericht durchzusetzen.

Im Hinblick auf die Ausnahmebestimmungen bei normalen Aufträgen und unter Berücksichtigung, dass Dienstleistungskonzessionsverträge einen weiteren Gestaltungsspielraum haben als normale Aufträge, wird zumindest bis zu einem Leistungswert von EUR 80.000,- auf eine entsprechende Bekanntmachung verzichtet werden können und derartige Dienstleistungskonzessionen mit einem Leistungsvolumen zwischen EUR 40.000,- und EUR 80.000,- in einem nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung mit 5 geeigneten Unternehmen vergeben werden können. Darüber hinaus wird für eine entsprechende Transparenz und Bekanntmachung zu sorgen sein.

## **8.6 BESCHAFFUNG VON FINANZDIENSTLEISTUNGEN – INWIEWEIT UNTERLIEGEN KREDITAUFNAHMEN DEM BVERGG 2006?**

Im Bereich der Finanzdienstleistungen sieht das BVergG 2006 eine erhebliche Erleichterung vor. Geschäfte, die der Geld- oder Kapitalbeschaffung der öffentlichen Auftraggeber dienen, unterliegen nicht mehr dem Vergaberecht; und zwar unabhängig davon, ob es sich um öffentliches Schuldenmanagement handelt oder nicht; d. h. auch nicht mit Finanzinstrumenten (z. B. Wertpapiere) hinterlegte Kredit- und Darlehensaufnahmen öffentlicher Auftraggeber sind vom Anwendungsbereich des BVergG 2006 ausgenommen. Öffentliche Auftraggeber und Sektoren-

auftraggeber können Kredite und Darlehen ohne Beachtung des BVergG 2006 aufnehmen; und zwar auch soweit die Darlehen/Kredite für marktbestimmte Tätigkeiten aufgenommen werden.

Weiterhin gilt die Ausnahme für Finanzdienstleistungen, die im Zusammenhang mit dem Kauf, Verkauf und Übertragung von Finanzinstrumenten/Wertpapieren stehen (z. B. einer nicht öffentlichen Anleihe).

Damit ist der Anwendungsbereich des BVergG 2006 im Bereich von Finanzdienstleistungen erheblich reduziert. Im Wesentlichen bezieht sich das BVergG 2006 im Zusammenhang mit Finanzdienstleistungen auf entsprechende Finanzberatungsleistungen (z. B. Investmentbanking-Leistungen, Inkassodienstleistungen, Geldverkehrsleistungen [Kontoführung] sowie selbstverständlich jegliche Art von Versicherungsleistungen).

## 8.7 ZENTRALE BESCHAFFUNGSSTELLEN – BUNDESBESCHAFFUNGS-GMBH

Eine weitere Erleichterung sieht das BVergG 2006 dahin vor, dass öffentliche Auftraggeber nunmehr imstande sind, jede Art von Aufträgen von einer zentralen Beschaffungsstelle ohne Durchführung eines eigenen Vergabeverfahrens zu beziehen, sofern diese zentrale Beschaffungsstelle selbst diese bezogenen Leistungen entsprechend dem BVergG 2006 vergeben hat. Das BVergG 2006 ermöglicht die Spezialisierung im Bereich des Vergabewesens und lässt zu, dass die Aufgabe der Durchführung von Vergabeverfahren von bestimmten Einrichtungen für eine Mehrzahl von öffentlichen Auftraggebern durchgeführt werden kann; und zwar ohne dass diese Mehrzahl von öffentlichen Auftraggebern bei der Einschaltung einer solchen Stelle selbst Vergaberegeln zu beachten hätte. Gerade die Schaffung von standardisierten Leistungen/Lieferungen bietet sich für die Beschaffung über zentrale Beschaffungsstellen an. Gerade kleine Auftraggeber müssen nicht selbst eine entsprechende Vergabekompetenz und einen entsprechenden Sachverstand erwerben, um einerseits ein ordnungsgemäßes Verfahren sicherzustellen und andererseits auch ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis zu erlangen.

Wer oder was eine zentrale Beschaffungsstelle ist bzw. sein kann, lässt das BVergG 2006 offen. Das BVergG 2006 sieht lediglich vor, dass eine zentrale Beschaffungsstelle ein öffentlicher Auftraggeber ist, der für Auftraggeber bestimmte Waren oder Dienstleistungen erwirbt oder Aufträge vergibt oder Rahmenvereinbarungen über Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für Auftraggeber abschließt. Eine zentrale Beschaffungsstelle ist ein zentraler öffentlicher Auftraggeber, für den etwas niedrigere Schwellenwerte gelten (derzeit beträgt der EU-Schwellenwert EUR 137.000,-). Weitere besondere Anforderungen sieht das BVergG 2006 nicht vor. Daraus folgt: Jeder öffentliche Auftraggeber bzw. einer jeden Gruppe an öffentlichen Auftraggebern steht es frei, eigene zentrale Beschaffungsstellen einzurichten bzw. sich für bestimmte zentrale Beschaffungsstellen zu entscheiden. Ob und inwieweit öffentliche Auftraggeber von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, ist letztlich eine politische Entscheidung.

Die derzeit bekannteste zentrale Beschaffungsstelle ist die **Bundesbeschaffungs-GmbH**. Sie ist die bundesgesetzlich errichtete Beschaffungsstelle des Bundes, die primär für den Bund (all seine Einrichtungen) Liefer- und Dienstleistungen erwirbt, nicht jedoch Bauaufträge. Infolge des

BVergG 2006 wurde auch das Bundesbeschaffungsgesetz dahin geändert, dass nunmehr die Bundesbeschaffungs-GmbH auch berechtigt ist, für Gemeinden und Länder bzw. deren zugeordnete Einrichtungen Leistungen zu erbringen bzw. für diese als zentrale Beschaffungsstelle aufzutreten, solange dadurch die Leistungserbringung gegenüber dem Bund nicht gefährdet wird (was wohl nur eine Art Vorbehaltsklausel ist). Daraus folgt: Gemeinden, Länder und deren zugeordnete Rechtsträger sind zumindest imstande, ihren Bedarf an bestimmten Lieferungen und Leistungen über die Bundesbeschaffungs-GmbH ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens zu decken. Angemerkt sei, dass die Bundesbeschaffungs-GmbH nunmehr auch verstärkt angehalten ist, regionale Unterschiede und auch Klein- und Mittelunternehmen zu berücksichtigen hat.

## 8.8 GEBOT DER NEUTRALEN LEISTUNGSBESCHREIBUNG

Das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung steht im Zentrum der Vergaberegeln und ist eine besondere Ausprägung des Gleichbehandlungsgebots. Es ist von derart zentraler Bedeutung, dass es bei der Beschaffung jeder Art von Aufträgen und insbesondere auch bei der Beschaffung von nicht-prioritären Dienstleistungen zu beachten ist. Das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung bestimmt im Wesentlichen zweierlei:

- Das Gebot, zunächst auf europäische oder internationale Normen Bezug zu nehmen, und nur für den Fall, dass derartige Normen nicht vorhanden sind, auf nationale Normen Bezug genommen werden kann.
- Das Verbot, Leistungen bzw. Produkte bestimmter Herkunft, eines bestimmten Herstellers, einer bestimmten Marke bzw. eines bestimmten Typs zu fordern, ohne zumindest Erzeugnisse „gleichwertiger Art“ zuzulassen. Das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung ist derart stark verankert, dass der EuGH dessen Beachtung schon aufgrund des Primärrechts gefordert hat, es also tatsächlich bei jeder Art des Vergabeverfahrens zu beachten ist. Selbst derart bekannte und nahezu ausschließliche Marken wie im IT-Bereich „Mikroprozessoren von Intel“ oder „Mehrplatzsysteme entsprechend Unix“ dürfen nicht ohne Zulassung gleichwertiger Produkte gefordert werden. Auch kann nicht ohne nähere Begründung auf eine bestimmte Type mit der Ergänzung „oder gleichwertiger Art“ hingewiesen werden. Dies ist nur dann möglich, wenn die geforderte Leistung nicht anders beschreibbar ist als durch die Angabe einer allgemein bekannten Marke/Herstellers. Lässt sich jedoch die Leistung anders beschreiben bzw. können auf bestimmte technische Normen Bezug genommen werden, hat der Auftraggeber sich sogar dieses Verweises auf eine bestimmte Marke/Hersteller zu enthalten.

Das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung ist vor allem bei der Vergabe von Bauaufträgen und der Vergabe von technischen Leistungen besonders zu beachten. Allzu oft übersehen Auftraggeber bzw. deren Berater dieses Gebot bzw. „erleichtern“ sich die Arbeit unter Zuhilfenahme des Verweises auf bestimmte Produkte. Darin liegt eines der größten Risiken für die Anfechtbarkeit von Ausschreibungsbestimmungen. Die öffentlichen Auftraggeber sollten daher die von ihnen bzw. ihren Beratern erstellten Leistungsverzeichnisse besonders darauf untersuchen, ob nicht bestimmte Hersteller/Marken/Methoden/Patente gefordert werden, die einen Unternehmer bevorzugen.

## 8.9 BEHEBBARKEIT VON ANGEBOTSMÄNGELN

Eine der unangenehmsten Fragen, denen ein Auftraggeber ausgesetzt ist, bezieht sich darauf, wie er im Einzelfall mit Fehlern der Bieter/Bewerber umzugehen hat, d. h. wie er mangelhafte Teilnahmeunterlagen oder Angebote zu behandeln hat. Unter welchen Umständen hat der Bieter eine Behebung der Mängel zuzulassen und unter welchen Umständen ist der Auftraggeber verpflichtet, ein Angebot ohne weiteren Behebungsversuch auszuschneiden? Folgende Grundsätze sind hierbei zu beachten:

- Für Mängel/Unvollständigkeiten in Bezug auf Teilnahmeunterlagen bzw. von Eignungs-/Leistungsnachweisen in Angeboten gilt, dass derartige Nachweise nachgereicht werden können, sofern feststeht, dass die Eignung/Leistungsfähigkeit zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe (beim offenen Verfahren) oder zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Verhandlungsverfahren bzw. nicht offenes Verfahren) gewährleistet ist.
- Mängel/Unvollständigkeit im Angebot sind dann behebbar, wenn sie die Wettbewerbsstellung des Bieters nicht beeinträchtigen und das Nachreichen der fehlenden Unterlagen die Bestbieterermittlung nicht beeinflusst. Sobald ein Mangel eine Auswirkung auf die Bestbieterermittlung haben kann (z. B. weil die Preisangaben unvollständig sind/nicht alle Leistungspositionen ausgepriesen sind, echte Bieterlücken nicht ausgefüllt sind und daher die Qualität der gelieferten Waren nicht zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe feststellbar ist), ist das Angebot ohne weitere Behebung auszuschneiden. Geht es dagegen lediglich um die Vorlage von Unterlagen/Nachweisen von angebotenen Dingen (z. B. Nachweis zum Qualitätssicherungssystem, Lebensläufe angebotener Schlüsselpersonen, fehlende Kalkulationsunterlagen), ist eine Behebung zulässig.
- Das Angebot und die Teilnahmeunterlagen müssen zum Zeitpunkt der Abgabe rechtsverbindlich unterfertigt sein. Unterschiedlich beurteilt wird zwar, inwieweit zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bereits die Vollmachten von Personen vorgelegt werden müssen, die ein Angebot gefertigt haben und nicht im Firmenbuch als Geschäftsführer und Prokuristen genannt sind. Doch sprechen bessere Gründe dafür, dass der Nachweis über die Vollmacht zur Unterfertigung des Angebots/Teilnaneantrag nachgereicht werden kann.
- Wenn in den Ausschreibungsunterlagen die Vorlage bestimmter Unterlagen „bei sonstigem Ausschluss“ gefordert wird, muss ein Angebot auch dann ausgeschieden werden, wenn es sich grundsätzlich um einen behebbaren Mangel handelt (z. B. wenn Kalkulationsunterlagen bei sonstigem Ausschluss gefordert werden, muss ein Angebot, das keine Kalkulationsunterlagen angeschlossen hat, ausgeschlossen werden).
- Selbstverständlich ist ein Angebot auch dann auszuschneiden, wenn der Bieter nicht fristgerecht die geforderten Mängel behebt. Eine nochmalige Fristerstreckung bzw. Aufforderung zur Mängelbehebung ist nicht erforderlich. In diesem Fall ist der Bieter auszuschneiden.

Hundertprozentige Rechtssicherheit lässt sich für den Auftraggeber nicht erzielen. Bei Beachtung der genannten Grundsätze kann aber mit einer relativ hohen Wahrscheinlichkeit die richtige Entscheidung getroffen werden. Empfohlen wird, dass bereits in einer Ausschreibungsunterlage jene Unterlagen bezeichnet werden, die jedenfalls vorgelegt werden müssen, andernfalls die Angebote ausgeschieden werden. Dadurch wird das Risiko einer Fehlentscheidung in Bezug auf behebbare und unbehebbar Mängel reduziert.



## 8.10 BINDUNGSWIRKUNG DER AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN

Das Gleichbehandlungsgebot bindet auch den Auftraggeber selbst an seine eigenen Vorgaben und Festlegungen. Der Auftraggeber ist nicht frei, von seinen Ausschreibungsunterlagen bei der Angebotsbewertung abzuweichen. Er kann auch dann nicht abweichen, wenn er nachträglich einen „Fehler“ in den Ausschreibungsunterlagen entdeckt. Auch der Auftraggeber ist an seine Ausschreibungsunterlagen, und zwar auch an Fehler in den Ausschreibungsunterlagen, gebunden. Wurden die Ausschreibungsunterlagen im Vorfeld nicht bekämpft, entfalten sie eine Bindungswirkung für alle Bieter/Bewerber und Auftraggeber. Bei der Angebotsbewertung bzw. bei einem fortgesetzten Vergabeverfahren haben sich Auftraggeber und Bieter an diese Vorgaben zu halten und können davon nicht abweichen. Auch die Gerichte und Nachprüfungsbehörden sind an diese unbekämpft gebliebenen Vorgaben gebunden; sie können auch nachträglich aufgezeigte Fehler in den Ausschreibungsunterlagen nicht mehr aufheben und auch nicht zum Gegenstand ihrer Entscheidung machen. Selbst Gerichte bzw. Nachprüfungsbehörden haben daher von fehlerhaften Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen auszugehen und haben z. B. das Ausscheiden eines Bieters wegen nicht vorgelegter Kalkulationsunterlagen zu bestimmen, wenn dies von den Ausschreibungsunterlagen gefordert wurde (auch wenn normalerweise das Fehlen von Kalkulationsunterlagen ein behebbarer Mangel wäre).

Ausschreibungsunterlagen, die unbekämpft geblieben sind, sind für jedermann (Auftraggeber, Bieter und Gerichte) bindend und Grundlage für die weiteren Vergabeentscheidungen. Das Abweichen davon ist ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und hat die Rechtswidrigkeit der diesbezüglichen Vergabeentscheidung zur Folge, auch dann, wenn dadurch ein ursprünglicher Fehler in den Ausschreibungsunterlagen „korrigiert“ werden soll.

## 8.11 ZUSCHLAGSENTSCHEIDUNG – WIDERRUFSSENTSCHEIDUNG

Voraussetzung für einen rechtswirksamen Zuschlag (Auftragserteilung) bzw. einen rechtswirksamen Widerruf (Widerrufserklärung) ist, dass der Auftraggeber vorab eine wirksame Zuschlagsentscheidung bzw. Widerrufsentscheidung getroffen hat und diese Zuschlagsentscheidung bzw. Widerrufsentscheidung getroffen hat und diese Zuschlagsentscheidung bzw. Widerrufsentscheidung allen nicht ausgeschiedenen Bietern per Telefax oder E-Mail gleichzeitig bekannt gibt und die Stillhaltefrist (in der Regel 7 Tage im Unterschwellenbereich bzw. 14 Tage im Oberschwellenbereich) zuwartet. Aufträge, die ohne eine derartige Zuschlagsentscheidung vergeben werden bzw. ein Widerruf, der ohne eine solche Widerrufsentscheidung und ohne das Zuwarten einer entsprechenden Stillhaltefrist ausgesprochen werden, sind nichtig.

Zu beachten gilt auch, dass die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung bzw. Widerrufsentscheidung voraussetzt, dass das für die Zuschlagsentscheidung bzw. Widerrufsentscheidung zuständige Organ diese Entscheidung getroffen hat. Welches Organ hierfür zuständig ist, ist nach dem jeweiligen Organisationsstatut zu beurteilen (bei Gemeinden nach der jeweiligen Gemeindeordnung; bei GmbHs nach dem jeweiligen Gesellschaftsvertrag). Unwirksam wäre in diesem Sinn die Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung allein durch den Berater eines Auftraggebers, wenn nicht das zuständige Organ des Auftraggebers diese Entscheidung getroffen hat,

sondern zunächst vom Berater erst „vorermittelt“ wurde. Auftraggeber haben daher jeweils sicherzustellen, dass das zuständige Organ die Zuschlagsentscheidung/Widerrufsentscheidung getroffen hat und erst dann die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung/Zuschlagsentscheidung erfolgt. Soweit dies möglich ist, sollte das für die Vollzugsaufgaben zuständige Organ (bei Gemeinden: Bürgermeister oder Vorstand) im Vorfeld ermächtigt werden, eine entsprechende Entscheidung auf Basis der bekannten Ausschreibungsunterlagen zu treffen. Andernfalls muss das jeweils vorgesehene Organ (bei Gemeinden meistens der Gemeinderat) die Zuschlagsentscheidung/Widerrufsentscheidung treffen, was den Vergabeprozess weiter verzögert.

**ANHANG**

## 9.1 PRIORITÄRE UND NICHT-PRIORITÄRE DIENSTLEISTUNGEN (= ANHANG III UND IV BVERGG 2006)

### Prioritäre Dienstleistungen

Kategorie	Titel	CPC-Referenz-Nr.
1	Instandhaltung und Reparatur	6112, 6122, 633, 886
2	Landverkehr (ohne Eisenbahnverkehr der Kategorie 18) einschließlich Geldtransporte und Kurierdienste, ohne Postverkehr	712 (außer 71235), 7512, 87304
3	Fracht- und Personenbeförderung im Flugverkehr, ohne Postverkehr	73 (außer 7321)
4	Postbeförderung im Landverkehr sowie Luftpostbeförderung	71235, 7321
5	Fernmeldewesen	752
6	Finanzielle Dienstleistungen a) Versicherungsleistungen b) Bankleistungen und Wertpapiergeschäfte	ex 81, 812, 814
7	Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten	84
8	Forschung und Entwicklung	85
9	Buchführung, -haltung und -prüfung	862
10	Markt- und Meinungsforschung	864
11	Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten	865, 866
12	Architektur, Technische Beratung und Planung; integrierte technische Leistungen; Stadt- und Landschaftsplanung; zugehörige wissenschaftliche und technische Beratung; technische Versuche und Analysen	867
13	Werbung	871
14	Gebäudereinigung und Hausverwaltung	874, 82201 bis 82206
15	Verlegen und Drucken gegen Vergütung oder auf vertraglicher Grundlage	88442
16	Abfall- und Abwasserbeseitigung; sanitäre und ähnliche Dienstleistungen	94

## Nicht-prioritäre Dienstleistungen

Kategorie	Titel	CPC-Referenz-Nr.
17	Gaststätten und Beherbergungsgewerbe	64
18	Eisenbahnen	711
19	Schifffahrt	72
20	Neben- und Hilfstätigkeiten des Verkehrs	74
21	Rechtsberatung	861
22	Arbeits- und Schutzdienste	872
23	Auskunfts- und Schutzdienste (ohne Geldtransporte)	873 (außer 87304)
24	Unterrichtswesen und Berufsausbildung	92
25	Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen	93
26	Erholung, Kultur und Sport	96
27	Sonstige Dienstleistungen	

## 9.2 MINDESTBEKANNTMACHUNGSBEDINGUNGEN IM UNTERSCHWELLENBEREICH = ANHANG XV BVERGG 2006

A. Die Bekanntmachung hat jedenfalls zu enthalten (zwingende Angaben):

- Bezeichnung des Auftraggebers;
- Kategorie (Bauleistung, Lieferung, Dienstleistung) sowie Gegenstand der Leistung mit möglichst genauer Angabe von Art und Umfang der Leistung (gegebenenfalls Teilleistung) sowie Erfüllungsort und Leistungsfrist; Umstände, die eine besondere Eignung erfordern;
- Hinweis auf das allfällige Erfordernis einer Anerkennung oder Gleichhaltung gemäß den §§ 373c, 373d und 373e GewO 1994, BGBl. Nr. 194, oder einer Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Architektenverordnung, BGBl. Nr. 694/1995, oder einer Bestätigung gemäß § 1 Abs. 4 der EWR-Ingenieurkonsulentenverordnung, BGBl. Nr. 695/1995.

B. Im offenen Verfahren hat die Bekanntmachung ergänzend dazu insbesondere folgende Angaben zu enthalten:

- Hinweise, wo und wann die zur Verfassung des Angebots notwendigen Ausschreibungsunterlagen eingesehen oder beschafft werden können oder dass diese über Aufforderung zugesendet werden; allfällige Kosten der Unterlagen;
- Datum und Ort für die Einreichung der Angebote;
- Zuschlagsfrist;
- Zulässigkeit von Teilangeboten;
- Beschränkung oder Unzulässigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten;

- Hinweise auf automationsunterstützte Angebotslegung, für die Abgabe von elektronischen Angeboten erforderliche Angaben (insbesondere Angaben gemäß den §§ 113 bis 115).
- C. Im nicht offenen oder im Verhandlungsverfahren hat die Bekanntmachung weiters insbesondere folgende Angaben zu enthalten:
- Termin, bis zu dem die Teilnahmeanträge eingelangt sein müssen;
  - Angaben, welche Unterlagen dem Teilnahmeantrag beizuschließen sind;
  - Stelle, bei der genauere Informationen (Bewerbungsunterlagen) über die gewünschte Leistung erhältlich sind;
  - Begrenzung der Anzahl der auszuwählenden Bewerber;
  - Auswahlkriterien;
  - Hinweise auf automationsunterstützte Angebotslegung, für die Abgabe von elektronischen Angeboten erforderliche Angaben (insbesondere Angaben gemäß den §§ 113 bis 115).
- D. Bei der vorherigen Bekanntmachung von Wettbewerben muss ergänzend zu A. enthalten sein:
- Art des Wettbewerbs;
  - Bei offenen Wettbewerben: Frist für den Eingang von Wettbewerbsarbeiten;
  - Bei nicht offenen Wettbewerben (Wettbewerben mit beschränkter Teilnehmerzahl):
    - Begrenzung der Anzahl der auszuwählenden Teilnehmer,
    - gegebenenfalls Namen bereits ausgewählter Teilnehmer,
    - Auswahlkriterien,
    - Frist für den Eingang von Anträgen auf Teilnahme;
  - Teilnahmeberechtigung;
  - Beurteilungskriterien;
  - Absichtserklärung zum weiteren Vergabeverfahren;
  - Angabe, ob die Teilnehmer Anspruch auf Kostenerstattung haben;
  - Termine.
- E. Beim wettbewerblichen Dialog muss ergänzend zu A. enthalten sein:
- Termin, bis zu dem die Teilnahmeanträge eingelangt sein müssen;
  - Angaben, welche Unterlagen dem Teilnahmeantrag beizuschließen sind (insbesondere Nachweise gemäß den §§ 70 ff.);
  - Stelle, bei der genauere Informationen (Bewerbungsunterlagen) über die gewünschte Leistung erhältlich sind;
  - Begrenzung der Anzahl der auszuwählenden Bewerber;
  - Zuschlagskriterien.
- F. In der Bekanntmachung kann enthalten sein:
- Nachweise gemäß den §§ 70 ff.

### 9.3 PRÄKLUSIONSFRISTEN NACH DEM BVERGG 2006

Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind (§ 321 BVerGG 2006) einzubringen ...		
grundsätzlich	2 Wochen	ab dem Zeitpunkt in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.
bei beschleunigtem Verfahren wegen Dringlichkeit (§ 63 BVerGG 2006)	7 Tage	ab dem Zeitpunkt in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.
bei Verfahren mit verkürzten Angebotsfristen (§§ 61 f BVerGG 2006 kumulativ)	7 Tage	ab dem Zeitpunkt in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.
bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung bei Vergabe via elektronischer Auktion	7 Tage	ab dem Zeitpunkt in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.
bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung bei Vergabe aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems	7 Tage	ab dem Zeitpunkt in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.
bei Bekämpfung einer Widerrufsentscheidung aufgrund mangelnder Angebote nach dem Ausscheiden von Angeboten (§§ 140 Abs 4, 279 Abs 4 BVerGG 2006)	7 Tage	ab dem Zeitpunkt in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.
bei Verfahren im Unterschwellenbereich	7 Tage	ab dem Zeitpunkt in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.
bei Durchführung einer Direktvergabe	7 Tage	ab dem Zeitpunkt in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

## 9.4 CHECKLISTEN

### 9.4.1 Checkliste offenes Verfahren

Anwendungsbereich offenes Verfahren:

Immer, sofern der Ausschreibungsgegenstand es ermöglicht.

Bekanntmachung:

- OSW: EU-Amtsblatt; in nationalem Medium entsprechend EU-Formblatt;
- USW: Nationales Medium + Formblatt gemäß Anhang XV BVergG 2006 (vgl. Punkt 9.2);
- Beschreibung Leistungsgegenstand in Form CPV-Code.

Mindestfrist:

OSW 40 Tage

USW 19 Tage

Wenn elektronisch abgewickelt

Mindestinhalt Ausschreibungsunterlagen:

- Hinweis auf gesetzliche Grundlagen und gewähltes Verfahren;
- Hinweis über Kommunikationswege;
- Hinweis auf Zeitpunkt und Ort der Angebotsabgabe und Angebotseröffnung;
- Neutrale Leistungsbeschreibung/Leistungsverzeichnis;
- Geforderte Eignungsnachweise (angepasst auf den Leistungsgegenstand);
- Bestimmungen über Alternativangebote und Abänderungsangebote (zulässig? Wenn ja, dann Mindestanforderungen, Kriterien über die Gleichwertigkeit);
- Teilvergaben (Ja/Nein);
- Wesentliche Angebotspositionen (vertiefte Angebotsprüfung);
- In eventu: Bestimmungen über Rechenfehler und Zuschlagsfrist;
- Bestimmungen über Bestbieterermittlung (Zuschlagskriterien einschließlich Gewichtung).

Angebotseröffnung:

- Formal unter Anwesenheit von Bietern;
- Verlesung aller Angebotssummen;
- Niederschrift.



**Angebotsprüfung/Bestbieterermittlung:**

- Beachtung der Ausschreibungsbedingungen;
- Verhandlungsverbot;
- Eingeschränkte Zulässigkeit der Verbesserung von Angeboten;
- Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter unter Beachtung einer Sperrfrist (OSW grundsätzlich 14 Tage; USW 7 Tage).

**9.4.2 Nicht offenes Verfahren****Anwendungsbereich:**

Immer, sofern dies der Ausschreibungsgegenstand ermöglicht.

**Bekanntmachung (in der Regel, wenn Auftragswert größer EUR 80.000,- bzw. 120.000,-):**

- Termin, bis zu dem die Teilnahmeanträge eingelangt sein müssen;
- OSW: EU-Amtsblatt; in nationalem Medium entsprechend EU-Formblatt;
- USW: Nationales Medium + Formblatt gemäß Anhang XV BVergG 2006 (vgl. Punkt 9.2);
- Beschreibung Leistungsgegenstand in Form CPV-Code.

**Mindestfristen:**

OSW: Abgabe Teilnahmeantrag 30 T (elektronisch), 15 T (dringlich)

USW: Abgabe Teilnahmeantrag 14 T (normal), angemessen (dringlich)

OSW: Abgabe Angebot: 35 T (elektronisch), 10 T (dringlich) bzw. 22 T (Vorinformation)

USW: Abgabe Angebot 19 T (elektronisch), angemessen (dringlich)

**Aufforderung zur Abgabe Teilnahmeunterlagen:**

- Gesetzesbestimmungen und angewandtes Verfahren;
- Hinweis über Kommunikationswege;
- Eignungsnachweise (angepasst an den Leistungsgegenstand);
- Modus der Auswahlentscheidung (Mindestkriterien und Auswahlkriterien samt Gewichtung);
- Bestimmungen über Alternativangebote und Abänderungsangebote (zulässig? Wenn ja, dann Mindestanforderungen, Kriterien über die Gleichwertigkeit);
- Teilvergaben (Ja/Nein);
- Hinweis auf Termin und Ort der Abgabe der Teilnahmeunterlagen;
- In eventu: Zuschlagsfrist.

**Ermittlung der zur Angebotsabgabe einzuladenden Bieter: Beachtung der Teilnahmeunterlagen**

**Ausschreibungsunterlagen:**

- Neutrale Leistungsbeschreibung/Leistungsverzeichnis;
- Hinweis auf Zeitpunkt und Ort der Angebotsabgabe und Angebotseröffnung;
- Wesentliche Angebotspositionen (vertiefte Angebotsprüfung);
- In eventu: Bestimmungen über Rechenfehler und Zuschlagsfrist;
- Bestimmungen über Bestbieterermittlung (Zuschlagskriterien einschließlich Gewichtung);
- Vertragsentwurf.

**Angebotseröffnung:**

- Formal unter Anwesenheit von Bietern;
- Verlesung aller Angebotssummen;
- Niederschrift.

**Angebotsprüfung/Bestbieterermittlung:**

- Beachtung der Ausschreibungsbedingungen;
- Verhandlungsverbot;
- Eingeschränkte Zulässigkeit der Verbesserung von Angeboten;
- Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter unter Beachtung einer Sperrfrist (OSW grundsätzlich 14 Tage; USW 7 Tage).

**9.4.3 Verhandlungsverfahren****Anwendungsbereich:**

Uneingeschränkt zulässig im Unterschwellenbereich für Liefer- und Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge bis EUR 350.000,- .

Uneingeschränkt zulässig bei Sektorenauftraggebern.

Öffentliche Auftraggeber bei Bauaufträgen größer EUR 350.000,- bzw. im Oberschwellenbereich, wenn Art des Leistungsgegenstandes oder die Umstände des Vergabeverfahrens ein offenes oder nicht offenes Verfahren ausschließen oder wenig sinnvoll machen (Komplexer Auftrag; Preisgestaltung ohne Verhandlungsverfahren unmöglich; Übernahme zunächst nicht abschätzbarer Risiken; Leistungsgegenstand lässt sich nicht eindeutig beschreiben).

Bekanntmachung (in der Regel, wenn Auftragswert größer EUR 60.000,-):

- OSW: EU-Amtsblatt; in nationalem Medium entsprechend EU-Formblatt;
- USW: Nationales Medium + Formblatt gemäß Anhang XV BVergG 2006 (vgl. Punkt 9.2);
- Beschreibung Leistungsgegenstand in Form CPV-Code.

**Mindestfristen:**

OSW: Abgabe Teilnahmeantrag 30 T (elektronisch), 15 T (dringlich)

USW: Abgabe Teilnahmeantrag 14 T (normal), angemessen (dringlich)

OSW/USW: Abgabe Angebot angemessen

**Aufforderung zur Abgabe Teilnahmeunterlagen:**

- Gesetzesbestimmungen und angewandtes Verfahren;
- Hinweis über Kommunikationswege;
- Eignungsnachweise (angepasst an den Leistungsgegenstand);
- Modus der Auswahlentscheidung (Mindestkriterien und Auswahlkriterien samt Gewichtung);
- Bestimmungen über Alternativangebote und Abänderungsangebote (zulässig? Wenn ja, dann Mindestanforderungen, Kriterien über die Gleichwertigkeit);
- Teilvergaben (Ja/Nein);
- Hinweis auf Termin und Ort der Abgabe der Teilnahmeunterlagen;
- In eventu: Zuschlagsfrist.

Ermittlung der zur Angebotsabgabe einzuladenden Bieter: Beachtung der Teilnahmeunterlagen.

**Ausschreibungsunterlagen Verhandlungsverfahren:**

- Möglichst genaue Vorgabe der zu erbringenden Leistung/Funktion/Ziel;
- Beschreibung des Ablaufes des Verhandlungsverfahrens im engeren Sinn (wie viele Verhandlungsrunden; Gegenstand von Verhandlungen);
- Bestbieterermittlungsmodus (Zuschlagskriterien und deren Gewichtung);
- In eventu: Rechenfehlerregel;
- Vertrag.

**Verhandlungsverfahren im engeren Sinn:**

- Abgabe eines ersten Richtangebots Bieter;
- Angebotseröffnungen ohne Beisein von Bietern;
- Verhandlungen entsprechend Ankündigung und Gleichbehandlungsgebot;
- Short-Listing, wenn angekündigt, zulässig;
- Im Unterschwellenbereich Verhandlungen mit vorläufigen Bestbieter möglich;
- Zu empfehlen: Am Ende der Verhandlungen Aufforderung der Bieter zur Abgabe eines „Last and best offer“, das kommissionell (ohne Beisein der Bieter) geöffnet wird.

**Angebotsprüfung/Bestbieterermittlung:**

- Beachtung der Ausschreibungsbedingungen;
- Zuschlagsentscheidung Bekanntgabe an alle Bieter;
- Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung an alle Bieter unter Beachtung einer Sperrfrist (OSW grundsätzlich 14 Tage; USW 7 Tage).

**BISHER ERSCHIENENE PUBLIKATIONEN IN DER SCHRIFTENREIHE DES  
ÖSTERREICHISCHEN STÄDTBUNDES**

- 1.2003 Bundesvergabegesetz 2002**  
Claus Casati, Michael Holoubek
- 2.2003 Leitfaden zum Fundwesen**
- 3.2003 E-Government – Chance für Österreichs Städte und Gemeinden**  
Elisabeth Dearing, Bernhard Krabina, Alexander Maimer, Otmar Pilgerstorfer,  
Thomas Prorok, Ronald Sallmann
- 4.2003 Statuten des Österreichischen Städtebundes**
- 1.2004 Leitfaden zu den Europäischen Wettbewerbsregeln  
für staatliche Beihilfen**  
Renate Schohaj
- 2.2004 Open Source Software – Einsatz in der öffentlichen Verwaltung**  
Emil Georgiev, Gottfried Haber, Julia Reifensteiner, Ronald Sallmann
- 1.2005 Der Österreich-Konvent aus Sicht des Österreichischen Städtebundes**  
Mag. Ulrike Huemer
- 2.2005 Daseinsvorsorge – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse**  
Mag. Renate Schohaj  
Mag. Angelika Koman (D.A.E.S. Brügge)
- 3.2005 Facility Management – ein Leitfaden für die Praxis**  
Mag. Alexander Maimer, Mag. (FH) Markus Hödl,  
Dr. Helmut Schuchter, Univ.-Prof. Dr. Christian Nowotny
- 1.2006 Internet, E-Government und Recht**  
Univ.-Prof. DDr. Walter Blocher, Dr. Wilfried Connert, Dr. Albrecht Haller  
MR Dr. Waltraut Kotschy, Dr. Clemens Thiele, Erhard Vallant  
Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M.
- 2.2006 Neue steuerliche Aspekte bei der Getränkesteuer**  
Dr. Peter Mühlberger  
Dr. Siegfried Ott

**Kapitel 1**

Neuerungen des Bundesvergabegesetzes  
im Überblick

**Kapitel 2**

Anwendungsbereich Vergaberecht

**Kapitel 3**

Vergabegrundsätze

**Kapitel 4**

Verfahrensarten, Bekanntmachungspflichten  
und Mindestfristen

**Kapitel 5**

Vergaberegeln – Fallstricke im Zuge  
eines Vergabeverfahrens

**Kapitel 6**

Skizzierung des Ablaufes eines Vergabeverfahrens  
anhand eines Bauauftrags und eines  
Dienstleistungsauftrags

**Kapitel 7**

Rechtsschutz im Vergaberecht

**Kapitel 8**

Sonderfragen

**Kapitel 9**

Anhang



**Österreichischer Städtebund**  
**1082 Wien, Rathaus**

Telefon: 01/4000-89980

Telefax: 01/4000-7135

E-Mail: [post@staedtebund.gv.at](mailto:post@staedtebund.gv.at)

Internet: <http://www.staedtebund.gv.at>

ISBN: 3-9502038-5-0