

Der Österreichische Städtebund informiert.

Bundesvergabegesetz 2002



Bundesvergabegesetz 2002

Anregungen für die Praxis

Casati / Holoubek

**Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes
Bundesvergabegesetz 2002 – Anregungen für die Praxis**

Herausgeber:

Österreichischer Städtebund

1082 Wien, Rathaus

Telefon: 01/4000-89980

Telefax: 01/4000-7135

E-Mail: post@stb.or.at

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

Schriftleitung:

Generalsekretär Dkfm. Dr. Erich Pramböck

Umschlaggestaltung und DTP-Produktion:

Karin Wieser, Grafic & Design

1030 Wien, Marokkanergasse 16

www.grafic.at

Druck:

Littera Druck, Rauch Gesellschaft mbH, 1120 Wien

Wien, April 2003

Vorwort

Fast ein Jahrzehnt nach der Schaffung einer österreichischen Rechtsgrundlage für das Vergabewesen, welche durch die europäische Integration erforderlich geworden war, konnte zwischen Bund und Ländern Einvernehmen darüber gefunden werden, dass ein einheitliches Vergabegesetz sowohl für die öffentlichen Auftraggeber als auch für die Wirtschaft eine Entlastung darstellen kann. Zwar wurde mit dem Bundesvergabegesetz 2002 dieses Ziel noch immer nicht zur Gänze erreicht, doch ist mit der nunmehrigen Rechtslage ein sehr großer Schritt in diese Richtung getan worden. Mit längstens 30. Juni 2003 werden die Städte und Gemeinden mit Ausnahme der Regelungen des Rechtsschutzes, welche nach wie vor in der Kompetenz der Länder liegen, bei der Auftragsvergabe ein bundesweit gültiges Gesetz anzuwenden haben.

Die Städte und Gemeinden sind in Österreich der größte Investor und vergeben alljährlich große Volumina an öffentlichen Aufträgen. Da aufgrund der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes die Neuregelung des Vergabewesens über die Umsetzung der europäischen Normen hinaus auch für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte zu erfolgen hatte, unterliegen auch Aufträge mit geringem Auftragswert dem Bundesvergabegesetz 2002. Die Städte und Gemeinden sind daher viel stärker als bisher von der Neuregelung betroffen und müssen eine weit größere Anzahl von Verfahren durchführen. Mit dieser Verbreiterung des Anwendungsbereiches vergrößert sich auch die Gefahr, dass Vergaben wegen kleiner Fehler angefochten werden. Der Österreichische Städtebund hat sich deshalb entschlossen, die Erarbeitung eines Leitfadens zum Bundesvergabegesetz in Auftrag zu geben. Der vorliegende Leitfaden informiert eingehend über die neue Rechtslage und hilft durch praktische Hinweise Fehler und damit aufwändige Rechtsmittelverfahren zu vermeiden.

Herr RA MMag. Dr. Claus CASATI, der einer Reihe von Mitgliedsgemeinden im Zusammenhang mit dem Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) bekannt ist, und Univ. Prof. Mag. Dr. Michael HOLOUBEK, mit dem schon seit einigen Jahren eine fruchtbare Zusammenarbeit besteht, konnten für diese Arbeit gewonnen werden.

Dieser Leitfaden war auch Anlass, die in den letzten Jahren etwas in den Hintergrund getretene Schiene der vertiefenden Information im Form der Schriftenreihe des Österreichischen Städtebundes wieder aufzunehmen und diese auch in einem neuen Kleid erscheinen zu lassen. Wir hoffen, dass diese Initiative von den Mitgliedsgemeinden des Österreichischen Städtebundes positiv im wahrsten Sinne des Wortes „aufgenommen“ wird, und hilft, neue Materien leichter zu verstehen und die Administration zu erleichtern.

Wien, April 2003

Dkfm. Dr. Erich Pramböck
Generalsekretär

Bgm. Dr. Michael Häupl
Präsident

INHALTSVERZEICHNIS

KAPITEL 1	NEUERUNGEN DES BUNDESVERGABEGESETZES IM ÜBERBLICK	11
1.1	Einheitliches Vergabegesetz für Bund, Länder und Gemeinden	13
1.2	Das BVergG 2002 erfasst alle Arten öffentlicher Aufträge	13
1.3	Neu geregelter Rechtsschutz	13
1.4	Rechtsgrundlagen für E-Procurement	14
1.5	Neue Verfahrensarten im Unterschwellenbereich	14
1.6	Bekanntmachung	15
1.7	Ergänzung Bestbieterprinzip durch Billigstbieterprinzip	15
1.8	Gleichwertigkeit offenes und nicht offenes Verfahren	15
1.9	Sonstige Anpassungen im BVergG 2002	15
KAPITEL 2	ANWENDUNGSBEREICH VERGABERECHT	17
2.1	Öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber	19
2.1.1	Öffentliche Auftraggeber	19
2.1.2	Sektorenauftraggeber	19
2.2	Welche Aufträge sind inwieweit geregelt?	20
2.3	Ausnahmen vom Anwendungsbereich des BVergG 2002	21
2.4	Prioritäre versus nicht-prioritäre Dienstleistungen	24
2.5	Der Auftragswert	29
2.5.1	Unterscheidung Oberschwellen- und Unterschwellenbereich	29
2.5.2	Schwellenwertberechnung	29
2.6	Ausgliederung kommunaler Aufgaben	32
2.6.1	Ausgliederung an gemeindeeigene Tochtergesellschaft	32
2.6.2	Vergabe entsprechend BVergG 2002 an Private	33
2.7	Beschaffung von Beratungsleistungen durch Gemeinden	34
KAPITEL 3	VERGABEGRUNDSÄTZE	35
3.1	Bedeutung Vergabegrundsätze	37
3.2	Gebot der Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze	37
3.3	Grundsatz des freien, fairen und lautereren Wettbewerbs und der Gleichbehandlung	37
3.4	Vorarbeitenproblematik – Interessenverquickung	39
3.5	Vergabefremde Aspekte	40
3.6	Wesentliche sonstige Vergabegrundsätze	41
3.7	Transparenzgebot	41
KAPITEL 4	VERFAHRENSARTEN, BEKANNTMACHUNGSPFLICHTEN UND MINDESTFRISTEN	43
4.1	Allgemeines	45
4.2	Mögliche Verfahrensarten	45
4.2.1	Einstufige Verfahren	45

4.2.2	Zweistufige Verfahren	46
4.2.3	Rahmenvereinbarung	47
4.3	Bekanntmachung	48
4.3.1	Grundsätze	48
4.3.2	Bekanntmachungsvorschriften bei den einzelnen Verfahren	49
4.3.3	Sonstige wesentliche Grundsätze	50
4.3.4	Sonstige Bekanntmachungspflichten	50
4.3.5	Art der Bekanntmachung	51
4.4	Mindestfristen	53
4.5	Eckpunkte Verhandlungsverfahren	54
4.5.1	Definition und Abgrenzung	54
4.5.2	Anwendungsbereich Verhandlungsverfahren	55
4.5.3	Rahmenbedingungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens	60
4.6	Vergabe geistig-schöpferischer Dienstleistungen	60
4.6.1	Definition	60
4.6.2	Anwendbare Vergabeverfahren	61
4.6.3	Skizzierung des Ablaufs eines Verfahrens zur Vergabe geistig-schöpferischer Dienstleistungen	62
4.7	Überblick über Zulässigkeit einzelner Verfahrensarten	63

KAPITEL 5 SKIZZIERUNG DES ABLAUFES EINES VERGABEVERFAHRENS ANHAND EINES BAUAUFTRAGS UND EINES DIENSTLEISTUNGS-AUFTRAGS 65

5.1	Evaluierungsphase	67
5.2	Erstellung Ausschreibungsunterlagen	67
5.2.1	Konkretisierung des Vergabeverfahrens	67
5.2.2	Vertragsentwurf	70
5.3	Bekanntmachung	71
5.4	Abgabe, Prüfung und Bewertung, Teilnahmeanträge und Einladung zur Angebotsabgabe	71
5.5	Angebotseröffnung	71
5.6	Angebotsprüfung	72
5.7	Bekanntgabe Zuschlagsentscheidung	72
5.8	Erteilung des Auftrags (Zuschlagserteilung) – Vergabevermerk	72

KAPITEL 6 VERGABEREGELN – FALLSTRICKE IM ZUGE EINES VERGABEVERFAHRENS 75

6.1	Leistungsdefinition	77
6.2	Eignungsprüfung – bei zweistufigen Verfahren Auswahl der zur Angebotsabgabe einzuladenden Bieter	78
6.3	Auswahlentscheidung	79
6.4	Service des Auftragnehmerkatasters Österreich	80
6.5	Angebotseröffnung	80

6.6	Angebotsprüfung	81
6.7	Verhandlungsverbot versus Aufklärungsgespräche	82
6.8	Alternativangebote und Teilangebote	84
6.9	Elektronische Auftragsvergabe	85
6.10	Widerruf	85
KAPITEL 7	RECHTSSCHUTZ IM VERGABERECHT	87
7.1	Einleitung	89
7.2	Vergabespezifischer Rechtsschutz vor Vergabekontrollbehörden	89
	7.2.1 Schlichtungsverfahren des Bundes und der Länder	90
	7.2.2 Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren	92
7.3	Rechtsschutz durch ordentliche Zivilgerichte	102
	7.3.1 Schadenersatzverfahren	102
	7.3.2 Wettbewerbsrecht	103
7.4	Rechtsschutz durch europäische Instanzen	104
	7.4.1 Kommission der Europäischen Gemeinschaften	104
	7.4.2 Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften	105
KAPITEL 8	ANTWORTEN AUF HÄUFIGE VERGABERECHTLICHE FRAGEN VON GEMEINDEN	107
8.1	Können größere Vorhaben (z. B. Wasser- und Kanalanlagen) getrennt ausgeschrieben werden? Gelten sie bei der Schwellenwertberechnung als ein Auftrag und ist ein einheitlicher Auftrag zwingend?	109
8.2	Inwieweit unterliegen Kreditaufnahmen dem BVergG 2002? Wie wird ihr Auftragswert berechnet?	109
8.3	Wenn ein Bürgermeister z. B. einen Bauauftrag ohne Gemeinderatsbeschluss bzw. gegen einen Gemeinderatsbeschluss erteilt, gibt es in diesem Fall einen Widerruf?	109
8.4	Inwieweit unterliegen Bau- oder Dienstleistungsaufträge von ausgegliederten Rechtsträgern einer Gemeinde dem BVergG 2002? Spielt die Beteiligung der öffentlichen Hand an diesen ausgegliederten Rechtsträgern eine Rolle?	110
8.5	Unterliegen Immobilienleasingverträge mit Gemeinden ebenfalls dem BVergG 2002?	110
8.6	Wie ist bei künstlerischen Auftragsvergaben vergaberechtlich vorzugehen (z. B. Architektenleistungen)?	110
8.7	Können Skonti oder sonstige Nachlässe beim Vergleich von Angeboten berücksichtigt werden?	111
8.8.	Wie ist die Beteiligung eines Bieters an mehreren Bietergemeinschaften bzw. einerseits als Bieter und andererseits als Subunternehmer zu werten?	111
KAPITEL 9	ANHANG	113
9.1.	Prioritäre und nicht-prioritäre Dienstleistungen (= Anhang III und IV BVergG 2002)	115

9.2. Mindestbekanntmachungsbedingungen im Unterschwellenbereich (= Anhang VIII BvergG 2002)	116
9.3. Präklusionsfristen nach dem BvergG 2002	118

ÜBERSICHT ÜBER DIE FRISTEN FÜR GESONDERT ANFECHTBARE ENTSCHEIDUNGEN

118

Oberschwellenbereich – Offene und nicht offene Verfahren	118
Oberschwellenbereich – Verhandlungsverfahren	119
Oberschwellenbereich – Wettbewerbsverfahren	120
Oberschwellenbereich – Sonstige Vergabeverfahren	121
Unterschwellenbereich – Offene und nicht offene Verfahren	122
Unterschwellenbereich – Verhandlungsverfahren	123
Unterschwellenbereich – Wettbewerbsverfahren	124
Unterschwellenbereich – Sonstige Vergabeverfahren	125
Unterschwellenbereich – Rahmenvereinbarungen	126
Unterschwellenbereich – Rahmenvereinbarungen	127
Unterschwellenbereich – Rahmenvereinbarungen	128
9.4 Checklisten	129
9.4.1 Checkliste offenes Verfahren	129
9.4.2 Nicht offenes Verfahren	130
9.4.3 Verhandlungsverfahren	131

AUTORENVERZEICHNIS

RA MMag. Dr. Claus CASATI

Rechtsanwalt und Partner bei Hausmaninger Herbst Rechtsanwälte GmbH, ist in vergaberechtlichen Angelegenheiten seit 1995 tätig, betreut insbesondere zahlreiche öffentliche Auftraggeber bei der Konzeption von Vergabeverfahren und allfälligen Nachprüfungsverfahren.

Kontaktadresse: Franz-Josefs-Kai 3, 1010 Wien,
Tel.: +43(0)1/513 95 40-27,
Fax: +43(0)1/513 95 40-12,
E-Mail: claus.casati@hhw.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 EINHEITLICHES VERGABEGESETZ FÜR BUND, LÄNDER UND GEMEINDEN

Mittlerweile ist das Bundesvergabegesetz (BGBl I 2002/99; kurz: BVergG 2002) nahezu für alle öffentlichen Auftraggeber in Kraft getreten.

- Für den Bund, die von ihm beherrschten Unternehmen, Stiftungen, Fonds und Anstalten sowie bundesgesetzlich eingerichtete Selbstverwaltungskörper (Abwasserverbände nach dem WRG) gilt das BVergG 2002 bereits seit 1. 9. 2002.
- Für die Länder, Gemeinden und deren jeweiligen Unternehmungen und Stiftungen, Anstalten und Fonds gilt das BVergG 2002 ab In-Kraft-Treten des jeweiligen Landes-Vergabe-Nachprüfungsgesetzes, die in der Mehrzahl – mit Ausnahme von Burgenland, Kärnten, Steiermark und Wien – bereits in Kraft getreten sind.¹ Das Nachprüfungsverfahren bzw. der vergabespezifische Rechtsschutz wird von den Landes-Vergabe-Nachprüfungsgesetzen zwar eigens geregelt, ist aber wegen der Vorgaben des BVergG 2002 weitgehend gleich.

1.2 DAS BVERGG 2002 ERFASST ALLE ARTEN ÖFFENTLICHER AUFTRÄGE

Das BVergG 2002 erfasst jeden Beschaffungsvorgang unabhängig von der Form und vom Auftragswert, sofern nicht eine der in § 6 Abs. 1 BVergG 2002 taxativ aufgezählten Ausnahmen anzuwenden ist: Ein Auftrag mit einem geschätzten Auftragswert von „einem Cent“ unterliegt ebenso dem BVergG 2002 (auch wenn selbstverständlich z. T. flexiblere Vorschriften anzuwenden sind). Gleiches gilt für Bau- oder Dienstleistungskonzessionsaufträge. Dagegen gilt das BVergG 2002 nicht für den Verkauf oder die Verwertung von Gegenständen oder Rechten durch öffentliche Auftraggeber. Diese sind keine Beschaffungsvorgänge.

Kurz: Das BVergG 2002 regelt jede Art eines Beschaffungsvorgangs unabhängig vom geschätzten Auftragswert.

1.3 NEU GEREGLER RECHTSSCHUTZ

Der vergabespezifische Rechtsschutz gilt – so wie das BVergG 2002 – für **alle** Vergabeverfahren mit Ausnahme der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen², d. h. insbesondere auch für die Vergabe von Aufträgen mit einem geringen Auftragswert. Zivilgerichte sind im Zusammen-

¹ NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (LGBl 2003/20; Gliederungszahl 7200-0); OÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz (LGBl 2002/153); Tiroler Vergabe-Nachprüfungsgesetz 2002 (LGBl 2002/123); Salzburger Vergabekontrollgesetz 2002 (LGBl 2002/103); Vorarlberger Vergabe-Nachprüfungsgesetz (LGBl 2003/1).

² Zumindest dem Wortlaut des BVergG 2002 ist nicht zu entnehmen, dass Dienstleistungskonzessionen dem vergabespezifischen Rechtsschutz unterliegen. Diese Auffassung teilt derzeit auch das Bundesvergabeamt.

hang mit Vergabeverfahren nur noch zur Festsetzung des Schadenersatzes nach erfolgtem Zuschlag bzw. Widerruf zuständig. Im Hinblick auf diesen erweiterten vergabespezifischen Rechtsschutz schafft das BVergG 2002 erstmals formale Hürden:

- Bieter/Bewerber haben ihre Beschwerden innerhalb kurzer Präklusionsfristen geltend zu machen.
- Nicht jede Entscheidung des Auftraggebers kann Gegenstand eines Vergabekontrollverfahrens sein.

Diese neu geschaffenen Hürden geben den Auftraggebern erhebliche **Rechtssicherheit**. Nach Ablauf der jeweiligen Antragsfristen können die Auftraggeber damit rechnen, dass ihre bisherigen Vergabeentscheidungen (z. B. Ausschreibungsunterlagen, Wahl des Verfahrens) richtig sind. Sie müssen nicht mehr befürchten, dass am Ende eines Vergabeverfahrens (z.B. bei der Zuschlagsentscheidung) Bieter die Ausschreibungsunterlagen oder sonstige ältere Entscheidungen bekämpfen. Auch Schadenersatzansprüche sind insoweit ausgeschlossen, als Bieter Vergabeverstöße bereits während des Vergabeverfahrens geltend machen hätten können.

1.4 RECHTSGRUNDLAGEN FÜR E-PROCUREMENT

Das BVergG 2002 schafft die Rechtsgrundlage für die papierlose Beschaffung. Auftraggeber können – müssen aber nicht – Vergabeverfahren elektronisch abwickeln. Voraussetzung ist jedoch, dass die Auftraggeber über die technischen Voraussetzungen, insbesondere über eine elektronische Signatur und über Einrichtungen verfügen, die sicherstellen, dass die elektronischen Angebote nicht vor der Angebotseröffnung geöffnet werden (elektronischer Notar).

Sofern die Ausschreibungsunterlagen keine Regelungen über E-Procurement enthalten, ist die Abgabe eines Angebots auf elektronischem Weg ausgeschlossen. Dagegen kann der sonstige Informationsaustausch zwischen Auftraggebern und Bietern/Bewerbern – einschließlich der Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen – auch elektronisch erfolgen, sofern nichts Gegenteiliges in den Ausschreibungsunterlagen bestimmt ist. Die Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen hat unter Verwendung einer sicheren elektronischen Signatur zu erfolgen.

1.5 NEUE VERFAHRENSARTEN IM UNTERSCHWELLENBEREICH

a) Elektronische Auktion

Bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 40.000,- können standardisierte Leistungen mittels E-Auktion vergeben werden. E-Auktionen können als „Quasi-Preisverhandlungen“ zur Beschaffung von standardisierten Leistungen auf elektronischem Weg bezeichnet werden. Der Auftraggeber hat eine Auktionsordnung festzusetzen. Die E-Auktion kann innerhalb kurzer Frist (binnen 1 Woche) durchgeführt werden und ermöglicht eine besonders ökonomische und dem Industriestandard für Beschaffungen entsprechende Beschaffung.

b) Rahmenvereinbarung

Anders als bei einem Rahmenvertrag (verbindlicher Vertrag über Erbringung bestimmter Leistungen) ist eine Rahmenvereinbarung eine Vereinbarung **ohne Abnahmeverpflichtung** mit einem oder mehreren Unternehmen, die die Bedingungen für Aufträge während eines bestimmten Zeitraums (maximal 5 Jahre) festlegen. Diejenigen, mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen wurde, können auf kurzem Weg (E-Auktion oder Anfrage zur kurzfristigen Angebotskonkretisierung) – ohne Bekanntmachung – vergeben werden. Insbesondere kann dabei auf technische Neuerungen eingegangen werden.

1.6 BEKANNTMACHUNG

Die beabsichtigte Vergabe eines öffentlichen Auftrags ist – sofern keine Ausnahme bestimmt ist – bekannt zu machen. Bei diesen Bekanntmachungen ist der Auftragsgegenstand auch in Form eines statistischen Codes (CPV-Code) zu bezeichnen. Öffentliche Aufträge im Oberschwellenbereich sind unter zwingender Verwendung des von der EU-Kommission herausgegebenen Bekanntmachungsformulars im EU-Amtsblatt bekannt zu machen. Sonstige Publikationsmedien – insbesondere für den Unterschwellenbereich – bestimmt die Landesregierung.

1.7 ERGÄNZUNG BESTBIETERPRINZIP DURCH BILLIGSTBIETERPRINZIP

Soweit standardisierbare Leistungen ausgeschrieben werden, bei denen die Ausschreibungsunterlagen so gestaltet werden können, dass ein Qualitätswettbewerb nicht möglich ist, wie z.B. der Ausschreibung von Kanal-, Straßen- oder Hochbauten, ist neben dem Bestbieterprinzip auch das Billigstbieterprinzip zulässig. Der Zuschlag kann in diesen Fällen an das Angebot mit dem – nach rechnerischer Prüfung – niedrigsten Gesamtpreis erteilt werden. Eingeschränkt wird die nunmehrige Zulässigkeit des Billigstbieterprinzips jedoch dadurch, dass das Billigstbieterprinzip im Zusammenhang mit Alternativangeboten ausgeschlossen ist.

1.8 GLEICHWERTIGKEIT OFFENES UND NICHT OFFENES VERFAHREN

Das Primat des offenen Verfahrens wurde aufgegeben. Nunmehr ist ein nicht offenes Verfahren – ohne weitere Begründung – ebenso zulässig wie ein offenes Verfahren.

1.9 SONSTIGE ANPASSUNGEN IM BVERGG 2002

Technische Alternativangebote können weiterhin nur aus wichtigen Gründen ausgeschlossen werden. Dagegen können nunmehr – ohne Begründung – auch rechtliche Alternativangebote ausgeschlossen werden. Soweit zu Recht nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschrieben wird, sind Alternativangebote auszuschließen.

Den öffentlichen Auftraggebern wird völlige Entscheidungsfreiheit im Zusammenhang mit Rechenfehlern eingeräumt. Enthalten die Ausschreibungsunterlagen keine gegenteiligen Bestimmungen, gilt Folgendes: Ein Rechenfehler größer als 2% ist unbeachtlich und führt nicht zum Ausscheiden des Angebots. Dagegen sind Rechenfehler, die eine Umreihung zur Folge haben, zu beachten. Angebote mit einem derartigen Rechenfehler, der zu einer Umreihung führt, sind auszuscheiden.

Nunmehr ist ein Widerruf – zusätzlich zu zwingenden Gründen – auch aus schwerwiegenden Gründen gerechtfertigt.

Die Preisangemessenheitsprüfung ist klarer geregelt. Insbesondere ist auf vergleichbare Erfahrungswerte und die Marktverhältnisse abzustellen.

Entgegen der Rechtsprechung des Bundesvergabeamts bestätigt das BVergG 2002, dass die Weitergabe von Aufträgen zur Gänze oder in Bezug auf wesentliche Teile an Subunternehmer unzulässig ist. Auch Subunternehmer müssen über die erforderliche Befugnis verfügen.

Zulässig ist auch eine so genannte **funktionale Ausschreibung**, bei der der Leistungsgegenstand nicht bis ins Detail zu beschreiben ist, sondern ausschließlich das Ziel und die Aufgabe vorgegeben wird. Diese Möglichkeit einer funktionalen Ausschreibung reduziert die Anforderungen an die Ausschreibungsunterlagen und den damit verbundenen Aufwand für den Auftraggeber. Umfangreiche, bis ins Detail ausgearbeitete Spezifikationen sind bei einer funktionalen Ausschreibung nicht erforderlich. Es genügt eine klare Aufgabenstellung mit Leistungs- und Funktionsanforderungen, bei denen alle maßgeblichen Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Bei einer funktionalen Ausschreibung ist das Bestbieterprinzip geboten.

Kapitel 2

ANWENDUNGSBEREICH 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. Folgende Gemeindeeinrichtungen, die in Form eines eigenen Rechtsträgers betrieben werden (z.B. GmbH), sind in der Regel öffentliche Auftraggeber: Müllsammelanlagen, Schwimmbadbetreiber, Kanalbetreiber, Betreiber von sozialen Wohnbaueinrichtungen, für die die Gemeinde eine Ausfallhaftung übernommen hat.³

2.1.2 Sektorenauftraggeber

Neben diesen klassischen öffentlichen Auftraggebern unterliegen auch öffentliche Unternehmen (Beherrschung durch öffentliche Hand) insoweit dem BVergG 2002, als sie für die öffentliche **Trinkwasser-, Strom-, Gas- oder Wärmeversorgung** im weitesten Sinn sorgen (ein diesbezügliches Netz bereitstellen bzw. diese Leistungen erzeugen, 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. Im Wesentlichen können Einrichtungen der kommunalen Wasser- und Energieversorgung den etwas flexibleren Vergaberegeln des BVergG 2002 unterliegen. Denkbar sind auch kommunale/städtische Verkehrsbetriebe oder kommunale/städtische Fernwärmeeinrichtungen. Für diese Unternehmen gelten etwas weniger strenge Bestimmungen. Insbesondere sind die EU-Schwellenwerte für Liefer- und Dienstleistungsaufträge höher (EUR 400.000,- anstatt EUR 200.000,-)⁴ und Verhandlungsverfahren ohne weiterer Begründung zulässig.

³ Der EuGH hat nunmehr vor mehr als 2 Jahren in der Rechtssache C-237/99 entschieden, dass französische Sozialwohnungseinrichtungen öffentliche Auftraggeber sind.

⁴ Der EU-Schwellenwert für Bauaufträge beträgt, so wie für normale öffentliche Auftraggeber, EUR 5 Mio.

2.2 WELCHE AUFTRÄGE SIND INWIEWEIT GEREGLT?

Das BVergG 2002 regelt jedes öffentliche Beschaffungsvorhaben, sofern § 6 Abs. 1 BVergG 2002 keine Ausnahme bestimmt.

Nicht erfasst sind die Verwertung oder der Verkauf von Rechten und Gegenständen des öffentlichen Auftraggebers. Nicht erfasst ist 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 2002 gilt.

Auch wenn das BVergG 2002 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 [§§ 107 bis 110 BVergG 2002]);
- vereinzelte Bestimmungen für nicht-prioritäre Dienstleistungen (geregelt sind: Grundsätze, Rechtsschutz, Vorgabe bestimmter Verfahrensarten);
- wenige Regeln für Wettbewerbe (§§ 111 bis 115 BVergG 2002 mwN);
- wenige Regeln für Dienstleistungskonzessionen (öffentliche Bekanntmachung und Einhaltung der Vergaberechtsgrundsätze, nicht aber Rechtsschutz).

Die Qualifikation eines zur Vergabe anstehenden Auftrags 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 so genannten **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.

2.3 AUSNAHMEN VOM ANWENDUNGSBEREICH DES BVERGG 2002

Das BVerGG 2002 gilt für jede Beschaffungsart unabhängig von der Höhe des Auftragswerts, sofern nicht eine der in § 6 Abs. 1 BVerGG 2002 taxativ aufgezählten Ausnahmen zutrifft. Von den im § 6 Abs. 1 BVerGG 2002 aufgezählten 17 Ausnahmen seien folgende für die Städte und die von ihr beherrschten Einrichtungen wichtigen Ausnahmebedingungen herausgegriffen:

- 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 2002.
- **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.

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, sofern die GmbH alle Einnahmen im Zusammenhang mit diesen städtischen Einrichtungen im Namen und auf Rechnung der Stadt erzielt und letztlich diese an die Stadt abführen muss.

Dagegen liegt keine Inhouse-Vergabe vor, wenn die „gemeindeeigene GmbH“ eigenständig gegenüber den Nutzern dieser Einrichtungen auftritt und die damit erzielten Erlöse behält. In diesem Fall kann nicht davon gesprochen werden, dass diese „Stadt-GmbH“ im Wesentlichen für den Auftraggeber tätig ist. Es bietet sich jedoch die Vergabe einer Dienstleistungskonzession an oder der Abschluss einer Fördervereinbarung. Letztere ist beihilfenrechtlich zu beurteilen und – so keine Ausnahme vorliegt – der Kommission zu notifizieren.

Entscheidend ist, dass **beide** Bedingungen der Inhouse-Vergabe erfüllt sind und die Inhouse-Vergabe nicht zur Umgehung des BVergG 2002 benutzt wird. Unzulässig und damit zum Scheitern verurteilt sind Projekte, nach denen zunächst mit einem Privaten eine gemeinsame Inhouse-Gesellschaft gegründet wird und diese Inhouse-Gesellschaft den Auftrag im Wesentlichen als Subauftrag an einen Privaten weitervergibt. Wenn diese Inhouse-Gesellschaft nicht ohnehin selbst ein öffentlicher Auftraggeber ist, sind beide Transaktionen (Gründung einer Gesellschaft mit einem Privaten und Subauftrag an Privaten) als Einheit zu sehen, die selbstverständlich dem BVergG 2002 unterliegt. In diesem Sinn ist die Vergabe eines Müllentsorgungsauftrags an eine städtische Müllentsorgungs-GmbH nur nach vorangegangenem Ausschreibungsverfahren zulässig, wenn an dieser städtischen Müllentsorgungs-GmbH ein Privater beteiligt ist und diese städtische Müllentsorgungs-GmbH die Müllentsorgungsaktivitäten nicht selbst durchführt, sondern an Dritte (z.B. ihren privaten Gesellschafter) weitergibt.

- **Dienstleistungsaufträge**, die an einen öffentlichen Auftraggeber vergeben werden, der 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 von **Grundstücken, 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 2002. Beide Transaktionen sind als einheitlicher Vorgang anzusehen.
- Auch **echte Mietverträge** über Immobilien (bestehende Gebäude bzw. Räumlichkeiten) unterliegen nicht dem BVergG 2002. Dagegen unterliegen „Immobilienleasingverträge“ der öffentlichen Hand dem BVergG 2002. Im Unterschied zu „echten Mietverträgen“ gibt der öffentliche Auftraggeber (Gemeinde) die zu erbringende Bauleistung vor (das Gebäude wird erst aufgrund bzw. entsprechend den Anforderungen der Gemeinde errichtet). Es liegt ein Bauauftrag vor. Soweit kein Bauauftrag vorliegt, liegt zumindest eine ausschreibungspflichtige Finanzdienstleistung vor. Finanzierungsleasing (im Unterschied zum „Operation Leasing“) unterliegt dem BVergG 2002. In diesem Sinn unterliegen auch Mietverträge dem BVergG 2002, die die Finanzierung eines von der Gemeinde vorgegebenen Amtsgebäudes, Ortskanals oder einer sonstigen kommunalen Infrastruktureinrichtung zum Gegenstand haben.

Mietverträge über bewegliche Güter, wie z.B. Fahrzeuge, Maschinen oder EDV-Anlagen, sind Lieferaufträge und unterliegen zur Gänze dem BVergG 2002.

- **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 2002. Auch Personalleasing/-verleihung unterliegt zwar dem BVergG 2002, aber den weniger einschränkenden Regeln für nicht-prioritäre Dienstleistungen.

- Verträge über finanzielle Dienstleistungen, die im Zusammenhang mit einer **Wertpapiertransaktion** oder dem „Public Debt Management“ stehen (vgl. Punkt 2.4).
- 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, die zum Zweck der **Weiterveräußerung** oder Vermietung an Dritte vergeben werden, sofern die Veräußerung oder Vermietung an Dritte unter Wettbewerbsbedingungen erfolgt. In diesem Sinn ist die Beschaffung von Badeutensilien, wie z.B. Badehaube, Schwimmflügeln, Schwimmbrille oder Sonnenschirme und Liegestühle durch städtische Badeeinrichtungen vom BVergG 2002 ausgenommen, wenn diese Gegenstände an die Badebesucher verkauft oder vermietet werden. Dagegen ist die Beschaffung von Drucksorten, Prospektmaterialien und Werbegeschenken, die an die Bürger unentgeltlich verteilt werden, nicht ausgenommen und nach dem BVergG 2002 zu vergeben.
- 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.
- Dagegen wurden – im Vergleich zu den alten Vergaberegeln – Fernsprechdienstleistungen, Telexdienste, Funkrufdienste, Mobilfunk- und Satellitenkommunikation in den Anwendungsbereich des BVergG 2002 aufgenommen. Das bedeutet, dass der Abschluss von Verträgen über solche Telekommunikationsleistungen dem BVergG 2002 unterliegt; und zwar den strengen Vergaberegeln.

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 2002 nicht angewandt wird. „Gekünstelte“ Interpretationen, weshalb eine Ausnahmebestimmung anzuwenden sein soll, schlagen meist fehl. Das Vorliegen einer Ausnahmebestimmung hat der Auftraggeber nachzuweisen.⁵ Beschaffungsaktionen, die bei Gesamtbetrachtung als **eine** Lieferung, Bauleistung oder Dienstleistung seitens eines Privaten an den öffentlichen Auftraggeber zu sehen sind, können

⁵ In diesem Sinn haben der EuGH und das Bundesvergabeamt Argumente der Auftraggeber, dass ein Ausschreibungsverfahren wegen besonderer Sicherheitsanforderungen oder wegen des Schutzes wesentlicher Interessen der Staatssicherheit ausgeschlossen sei, zurückgewiesen.

nicht durch Zwischenschaltung von Inhouse-Gesellschaften, Errichtungsgesellschaften oder sonstigen die Ausnahmeregeln nutzende Konstruktionen umgangen werden.

2.4 PRIORITÄRE VERSUS NICHT-PRIORITÄRE DIENSTLEISTUNGEN

Bei Dienstleistungsaufträgen werden prioritäre Dienstleistungen und nicht-prioritäre Dienstleistungen unterschieden. Für **prioritäre** Dienstleistungen gelten die strengen Regeln des BVergG 2002 (vgl. dazu Punkt 3, 4, 5 und 6), wohingegen **nicht-prioritäre** Dienstleistungen geringen Beschränkungen unterliegen. Für letztere gelten folgende Bestimmungen:

- Vergabegrundsätze,
- 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,
- vergabespezifischer Rechtsschutz.

Jede Dienstleistung ist entweder der Kategorie der prioritären oder der nicht-prioritären Dienstleistungen zuzuordnen, eine dritte vergaberechtliche Kategorie gibt es nicht. Setzt sich die auszuschreibende Dienstleistung aus mehreren Dienstleistungen zusammen, die sowohl prioritärer als auch nicht-prioritärer Natur sind (so genannte Mischaufträge), kommt es darauf an, welche Dienstleistungsgruppen (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 Lagerungs- und Umladedienste zu erbringen sind. Bei derartigen Mischaufträgen sind somit alle Dienstleistungselemente auf die Ebene der CPC-Codes herunterzubrechen und ist 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 2002 (vgl. Punkt 9.1) und die nicht-prioritären Dienstleistungen im Anhang IV zum BVergG 2002 aufgezählt. 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).⁶

⁶ Angemerkt sei, dass sich die derzeitige Zuordnung von einzelnen Leistungen zu den einzelnen Dienstleistungskategorien nach den derzeit in Diskussion stehenden Vergaberichtlinienentwürfen der Kommission im Detail verändern dürfte.

Auf der Website „simap-eu.int“ finden sich eine aktuelle CPC-Liste und folgende weitere vergaberechtlich relevante Codes: CPA-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 gemäß Punkt 9.1 von primärer Bedeutung ist.

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 sonstige Finanzdienstleistungen, die im Zusammenhang mit dem „**Public Debt Management**“ stehen. Dazu zählen Darlehensaufnahmen der Gemeinden, sofern sie nach den Maastricht-Kriterien den öffentlichen Schuldenstand beeinflussen. In diesem Sinn gilt das BVergG 2002 nicht für Finanzdienstleistungen, die im Zusammenhang mit der Finanzierung des öffentlichen Schuldenstands (der Schulden der Gemeinden) stehen wie z.B. die Führung diesbezüglicher Konten, diesbezügliche Darlehensverträge oder sonstige Finanzierungsverträge.

Dagegen unterliegen Darlehensaufnahmen für Betriebe mit marktbestimmter Tätigkeit, die nicht dem öffentlichen Schuldenstand gemäß den Maastricht-Kriterien zuzurechnen sind, sowie Darlehensaufnahmen für von den Gebietskörperschaften selbständige Rechtsträger, dem BVergG 2002. Dem BVergG 2002 unterliegen auch Finanzberatungsdienstleistungen, sofern diese nicht im Zusammenhang mit dem „Public Dept Management“ stehen, Kreditkartendienstleistungen, Finanzleasingdienstleistungen (im Gegensatz zu Operation Leasingverträgen bzw. Mietverträgen).⁷

- **Telekommunikationsleistungen** erfassen vor allem alle Fernsprechkundendienstleistungen, Telexdienste, Funkrufdienste, Mobilfunkdienste und Satellitenkommunikationsdienstleistungen,

⁷ Das BVergG 2002 spricht von der Ausnahme der „öffentlichen Kreditpolitik“, worunter das „Public Debt Management“ verstanden wird. Die Darlehensaufnahme der Gemeinden ist – unabhängig ob für Hoheitsverwaltung oder Privatwirtschaftsverwaltung – ausgenommen, sofern sie den öffentlichen Schuldenstand nach den Maastricht-Kriterien beeinflusst.

Datennetzwerkdienstleistungen, Fernsprechdienstleistungen im Zusammenhang mit lokalen, regionalen und ausländischen Telefonaten, Telekommunikation innerhalb eines „Firmennetzwerks“. Wie bereits oben dargelegt, fehlt dem BVergG 2002 die Ausnahmebestimmung, wonach Sprachtelefonie, Telexdienste, Satellitenkommunikation und Mobilfunk ausgenommen sind. Ab In-Kraft-Treten des BVergG 2002 müssen die Fernsprechdienstleistungen der öffentlichen Auftraggeber, wie z.B. der Gemeinden, entsprechend dem BVergG 2002 vergeben werden.

- **Datenverarbeitung** und verbundene Tätigkeiten sind Beratungsleistungen im Zusammenhang mit der Installation einer Computerhardware, Softwareimplantierungsleistungen, 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 so genannte „Facility-Management“.
- Abfall- und **Abfallbeseitigungsdienstleistungen** 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 Kommunal Müll, Müllverbrennung, Aschenbeseitigung, Aufbereitung und Entsorgung von flüssigen Abfällen, Sondermüllleistungen, Dienstleistungen für verseuchten Boden, Abtragen, Beseitigung und Sanierung von verseuchtem Boden, Einsammlung, Beseitigung von Krankenhausabfällen, Schlammverarbeitung, Schlamm-beseitigung, Schlammförderung, Straßenreinigung, Straßenkehrdienste, Schneeräumung, Glatt-eisbekämpfung, 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 Straßenbenützungsgebühren, 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 gerichtsähnlichen 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 zur Verfügungstellung 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, Erwachsenenausbildung 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, Kläranlagenbetrieb, Betrieb von Wasserversorgungsunternehmen, Betrieb von Gas-

versorgungsunternehmen, 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.

2.5 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 2002 zwischen den Vorschriften für den „Oberschwellenbereich“ und den Vorschriften für den „Unterschwellenbereich“. Die für Gemeinden maßgeblichen Schwellenwerte der EU sind:

- EUR 200.000,- für Liefer- und Leistungsaufträge und
- EUR 5.000.000,- für Bauaufträge.

Bei Aufträgen, die unterhalb dieser Schwelle gelegen sind, gelten erheblich flexiblere Regeln.

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 (durch Erfahrungswerte vergleichbarer Leistungen oder vorangegangener Ausschreibungen belegbar sein).

2.5.2 Schwellenwertberechnung

a) Allgemein

Es sind alle Lose eines Auftrags zusammenzurechnen ebenso wie allfällige Optionsrechte (zum Begriff „Los“ vgl. lit. d). Es gilt der Grundsatz, dass Aufträge nicht zu dem Zweck geteilt oder so gestaltet werden dürfen, dass strenge Regeln des BVergG 2002 umgangen werden.

b) Bauwerk/Bauleistungen

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 einzig 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, Maschinenteknik 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. Bei der EDV-Hardware wird die Leerverrohrung für die Kabeln Teil des Bauauftrags sein, während Computerserver, Bildschirme, PCs und Drucker selbstständige Lieferaufträge sind.

Bei Bauaufträgen bzw. bei Baukonzessionsaufträgen gilt der geschätzte Auftragswert des gesamten Bauwerks. Einzurechnen sind somit nicht nur die eigentlichen Bauaufträge, sondern auch die mit der Errichtung eines Bauwerks verbundenen Leistungen von Baunebengewerben (z.B. Installateur, Fliesenleger, Elektriker, allenfalls einzubauende Maschinenteknik [z.B. bei Kläranlagen]).

c) Lieferauftrag und Dienstleistungsauftrag

Darüber hinaus gelten folgende – relativ komplizierte – Regeln 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“⁸ (Beschaffung von Verbandsmaterial für Krankenhäuser, Treibstoff für Fuhrpark, Kopierpapier) entweder der tatsäch-

⁸ 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 48fache 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 48fachen Monatsentgelt zu berechnen sind.

liche 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 48fachen 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 48fachen 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.

d) Lose

Ein Los 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).

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 Kanalanlagenenerweiterung 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 alleinentscheidend.

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. in Daueraufträgen auf den geschätzten

Auftragswert im vorangegangenen Finanz- bzw. Haushaltsjahr ab. Wenn gleichartige Lieferungen in unterschiedlichen Jahren bei der Schwellenwertberechnung nicht 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.

Kurz: 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 – wie bereits unter lit. b) dargelegt – das Konzept/die Anfangsplanung. Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bedarf es dagegen einer besonderen sachlichen Begründung, wenn in unterschiedlichen Jahren zu erbringende Lieferungen/Leistungen Lose eines Gesamtauftrags sein sollen.

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 2002 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) beansprucht werden. Voraussetzung ist jedoch, dass diese gemeindeeigene Tochtergesellschaft ihre Leistungen vorwiegend für die Gemeinde erbringt, also insbesondere in keiner vertraglichen Leistungsbeziehung zu den Nutzern der Einrichtung steht. Soll dagegen die gemeindeeigene Tochtergesellschaft in vertragliche Beziehung mit Nutzern oder Dritten in erheblichem Ausmaß treten, scheidet die „Quasi-Inhouse-Vergabe“ aus. Sofern keine sondergesetzliche Verankerung dieser Aufgabenübertragung an die gemeindeeigene Tochtergesellschaft besteht, bedarf es einer dem BVergG 2002 entsprechenden Vergabe (vgl. Punkt 2.6.2 lit. a).

In jenen Fällen, in denen die gemeindeeigene Tochtergesellschaft tatsächlich ihre Leistungen ausschließlich bzw. vorwiegend für die Kommune erbringt, ist diese gemeindeeigene Tochtergesellschaft selbst ein öffentlicher Auftraggeber, der all seine Beschaffungen entsprechend dem BVergG 2002 zu vergeben hat.

2.6.2 Vergabe entsprechend BVergG 2002 an Private

Soll es zu einer echten Aufgabenprivatisierung kommen, also private Unternehmer diese Leistungen erbringen, ist nach dem BVergG 2002 vorzugehen: Je nach dem, wer diese Dienstleistungen im Ergebnis zahlt (unmittelbarer Nutzer oder Gemeinde), wer das wirtschaftliche Risiko trägt (privater Unternehmer 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 sein 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 2002 (vgl. Punkt 9.2) bekannt zu machen. Darüber hinaus sind bloß die Vergabegrundsätze zu beachten. Selbst der vergabespezifische Rechtsschutz gilt – zumindest nach dem Wortlaut des BVergG 2002 – 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 so genannten 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 2002: Neben der Geltung der Vergabegrundsätze und des vergabespezifischen Rechtsschutzes hat der Auftraggeber eines der im BVergG 2002 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 2002 uneingeschränkt.

2.7 BESCHAFFUNG VON BERATUNGSLEISTUNGEN DURCH GEMEINDEN

Auch wenn die Gemeinde bzw. ihre Organe (Bürgermeister, Magistrat) Beratungsleistungen in Anspruch nehmen wollen, gilt das BVergG 2002. Je nach geschätztem Auftragswert und Art der Beratungsleistung gelten strengere oder flexiblere Vergabevorschriften. Zumindest ab einem Auftragswert von mehr als EUR 200.000,- (meistens jedoch bereits ab EUR 60.000,-) für Werbe- oder Unternehmensberatungsleistungen gelten die strengen Regeln des BVergG 2002. Dagegen können Rechtsanwaltsleistungen bis zu einem Auftragswert von EUR 200.000,- in den meisten Fällen⁹ direkt vergeben werden. Bei der Berechnung der Auftragswerte ist zu berücksichtigen, dass bei unbefristeten Aufträgen der 48fache Monatsbetrag heranzuziehen ist.

Zwar unterliegen Finanzdienstleistungen grundsätzlich den strengen Bestimmungen des BVergG 2002, insbesondere Finanzierungsleasingleistungen. Ausgenommen sind aber die Finanzierungsdienstleistungen im Zusammenhang mit dem „Public Debt Management“, insbesondere also Darlehensaufnahmen zur Bedeckung der öffentlichen Schulden (vgl. Punkt 2.4 dieser Broschüre). Soweit Geld veranlagt wird und in diesem Zusammenhang keine Beratungsleistung erfolgt, die gesondert entgolten wird, unterliegt dies ebenfalls nicht dem BVergG 2002. Der Verkauf bzw. die Verwertung von Rechten ist vom BVergG 2002 nicht erfasst. Umgekehrt sind neben der normalen Kredit- und Darlehensaufnahme auch sonstige Finanzierungsinstrumente bzw. Wertpapiertransaktionen vom BVergG 2002 ausgenommen. Dagegen unterliegen die von ausgegliederten Rechtsträgern vergebenen Finanzierungsleistungen dem BVergG 2002.

⁹ Dies trifft auf jene Fälle zu, in denen es einer (raschen) Vertretung vor Gericht oder gerichtlichen Behörden bedarf. Wenn Stellungnahmen/Klagebeantwortungen innerhalb kurzer Frist (bis 4 Wochen) abzufertigen sind, ist die Durchführung eines Vergabeverfahrens unmöglich bzw. unzweckmäßig (§ 27 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002).

Kapitel 3

VERGABEGRUNDSÄTZE

3.1 BEDEUTUNG VERGABEGRUNDSÄTZE

Die Vergabegrundsätze gelten für alle Auftragsarten und Entscheidungen im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren. Sie gelten für klassische Auftraggeber und Sektorauftraggeber bei der Vergabe von normalen Aufträgen sowie bei so genannten Konzessionsaufträgen und auch bei einem Auftrag unabhängig vom Auftragswert (also auch bei einem Auftrag über 1 Cent). § 21 BVergG 2002, welcher die wesentlichen Vergabegrundsätze zusammenfasst, ist die einzige materielle Vergabevorschrift, die immer und überall im Vergabeverfahren zu berücksichtigen ist.

Die Vergabegrundsätze gelten auch bei der zulässigen Anwendung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung oder 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 2002 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 beansprucht werden kann).

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

Dieser altbekannte Grundsatz ist von zentraler Bedeutung. Das BVergG 2002 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 Notwendigkeit¹⁰ und ohne Kartellanmeldung gebildet wurden.
- 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 nahe legen. So ist es durchaus üblich, wenn ein Unternehmer in Bezug auf eine bestimmte 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 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 „marktbeherrschend“ 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 Gebot der Fairness verschärft sich dort, wo sogar die Möglichkeit von rechtlichen Alternativangeboten ausgeschlossen wird. In diesem Fall sind Bieter den rechtlichen Vorgaben des Auftraggebers unterworfen. Den Auftraggeber allzu sehr begünstigende Vertragsklauseln sind sittenwidrig und nichtig.

¹⁰ Sachlich gerechtfertigt ist eine Bietergemeinschaft, wenn ein Einzelunternehmer die ausgeschriebene Leistung selbst nicht erbringen kann, wie bei Großvorhaben (z. B. der Bau des Semmering-Basis-tunnels oder des Ärmelkanaltunnels).

3.4 VORARBEITENPROBLEMATIK – INTERESSENVERQUICKUNG

Die Teilnahme von Unternehmen, die an **Vorarbeiten** beteiligt waren, ist weiterhin grundsätzlich¹¹ unzulässig. Klargestellt wurde jedoch, dass der Ausschluss der an Vorarbeiten beteiligten Unternehmer nur insoweit gerechtfertigt ist, als das an Vorarbeiten beteiligte Unternehmen durch tatsächlich einen Wettbewerbsvorteil erlangt hat, der nicht mehr korrigierbar ist. Bloß marginale Wettbewerbsvorteile (z.B. Durchführung von nicht repräsentativen Bodenproben vor mehreren Jahren) schließen die Teilnahme des Unternehmers für Planungsaufträge nicht automatisch aus. Ausgeschlossen ist nunmehr der kategorische Ausschluss von Unternehmen. Zu prüfen ist **im Einzelfall** der tatsächlich gewonnene Wettbewerbsvorteil und die dadurch ausgelöste Gefährdung des fairen und lautereren 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 ist weiterhin die Teilnahme eines Unternehmers an einer Ausschreibung unzulässig, 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.

¹¹ 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.

Zur Nachprüfbarkeit, wer an der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen mitgewirkt hat, gebietet nunmehr das BVergG 2002, 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 2002 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. allgemeiner 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 Auftrags eingesetzten Lehrlinge, Langzeitarbeitslosen bzw. der Schadstoffemissionen in Bezug auf die Durchführung eines konkreten Auftrags (z.B. Schadstoff- und Stickstoffemissionen bei einer ausgeschriebenen Busleistung).

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. Das gilt auch für Direktvergaben.

Angebote und in diesem Zusammenhang übermittelte sonstige Ausarbeitungen der Bieter sind **vertraulich** zu behandeln. Sie dürfen nicht gegenüber Dritten, insbesondere den Mitbewerbern des Bieters, offen gelegt 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.

3.7 TRANSPARENZGEBOT

Grundsätzlich ist **jede** beabsichtigte Auftragsvergabe im Voraus bekannt zu machen. Der Umfang des Transparenzgebots ist nunmehr im BVergG 2002 festgehalten. Die Absicht der Vergabe eines Auftrags ist **außer in folgenden Fällen** zumindest in dem von der Landesregierung bestimmten Medium (im Oberschwellenbereich: auch EU-Amtsblatt) bekannt zu machen:

- in den Fällen, in denen das nicht offene Verfahren und das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung zulässig sind (vgl. dazu Kapitel 4); und
- bei der Durchführung eines Wettbewerbs im Unterschwellenbereich, sofern dem Auftraggeber eine ausreichende Anzahl an geeigneten Wettbewerbern bekannt ist.

Das Transparenzgebot hat im Kernbereich des Vergaberechts darüber hinaus noch weitere Konkretisierungen erfahren: So sind vergebene Aufträge im Oberschwellenbereich dem EU-Amtsblatt ebenso bekannt zu machen, wie das EU-Amtsblatt von der Absicht einer Auftragsvergabe am Beginn eines Haushaltsjahres bei Aufträgen mit einem Auftragswert von zumindest

- EUR 750.000,- (Liefer- und Dienstleistungsaufträge) und
- EUR 5.000.000,- (Bauaufträge)

vorab zu informieren ist. Auch sind die nicht zum Zuschlag vorgesehenen Bieter über den Umstand zu informieren, dass sie nicht den Zuschlag erhalten sollen. Ihnen ist auf Anfrage auch bekannt zu geben, weshalb sie nicht den Zuschlag erhalten.

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 Umständen¹² im Zusammenhang mit einem Vergabeverfahren.

In der Evaluierungsphase (vor Bekanntmachung) hat ein öffentlicher Auftraggeber zumindest die ersten beiden genannten (und allenfalls 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

Einstufige Vergabeverfahren zeichnen sich dadurch aus, dass jedermann ein Angebot für die ausgeschriebene Leistung abgeben kann. Der interessierte Unternehmer/Bieter hat zusammen mit seinem Angebot 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:

¹² 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 der/des jeweils geforderten Planung/Konzepts aufgerufen.

c) E-Auktion ohne beschränkte Teilnehmeranzahl

Sie ist ein Verhandlungsverfahren auf elektronischem Weg, 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 (innerhalb von 7 Tagen) und ist faktisch ein transparentes „Preisverhandeln“ in Form eines Auktionsverfahrens. Aber: E-Auktionen sind nur bis zu einem Schwellenwert von EUR 40.000,- zulässig.

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 fristgerecht abgegeben haben, deren Leistungsfähigkeit festgestellt wurde (erfüllen der Mindestkriterien) 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 Vergabeverfahrensschritts, nämlich der ersten Stufe. In diesem Sinn haben interessierte Unternehmer zunächst Teilnahmeunterlagen abzugeben, aufgrund derer die Leistungsfähigkeit festgestellt und die Auswahlentscheidung getroffen wird und die am besten geeigneten Unternehmer zur Angebotsabgabe oder zu den Verhandlungen eingeladen werden.

a) Nicht offenes Verfahren

Nach dem BVergG 2002 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

Gegenstand des Verhandlungsverfahrens sind Leistung und Gegenleistung. Reine Preisverhandlungen sind verboten! Das Verhandlungsverfahren ist bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen dann zulässig und geboten, wenn ob ihrer Eigenheiten eine globale Preisgestaltung nicht möglich ist oder eine vertragliche Spezifikation nicht hinreichend genau festgelegt werden kann. Im Unterschwellenbereich sind Verhandlungsverfahren allgemein zulässig, sofern die vertraglichen Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können. Darüber hinaus sind Verhandlungsverfahren bei Auftragsvergabe durch so genannte Sektorenauftraggeber ohne weitere Begründung zulässig. Es sind – je nach Auftragsgegenstand – zumindest drei Unternehmer zu Verhandlungen einzuladen.

c) Nicht offener Wettbewerb

Es gilt das unter Punkt 4.2.1 b) Ausgeführte. Wer zur Abgabe eines Projekt- bzw. Lösungsvorschlags 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. Lösungsvorschlags 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.

d) geladener Wettbewerb

Dies ist ein Wettbewerb im Sinn des unter Punkt 4.2.1 b) Ausgeführten, bei dem der Auftraggeber die Unternehmer direkt einlädt, die zur Abgabe eines Plans/Lösungsvorschlags aufgefordert werden. 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. Ein geladener Wettbewerb ist im Unterschwellenbereich zulässig, wenn der Auftraggeber eine ausreichende Anzahl an geeigneten Unternehmen kennt.

e) E-Auktion mit beschränkter Teilnehmeranzahl

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

4.2.3 Rahmenvereinbarung

Die Rahmenvereinbarung ist eine **unverbindliche** Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und einem oder mehreren Unternehmern, eine bestimmte Leistung zu erbringen. Der verbindliche Auftrag kann entweder dem Bestbieter nach der Rahmenvereinbarung unmittelbar bei Bedarf oder dem jeweiligen Unternehmer erteilt werden, der das günstigste Angebot infolge eines erneuten Aufrufs zum Wettbewerb abgegeben hat.

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 ausschließlich im Unterschwellenbereich 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.¹³ 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,

- wenn es keiner weiteren Konkretisierung bedarf, unmittelbar dem Bestbieter für die Rahmenvereinbarung oder
- wenn es Konkretisierungen oder Änderungen bedarf, dem infolge einer per E-Auktion oder einer sonstigen (kurzfristigen) Angebotseinladung aus den Vertragspartnern der Rahmenvereinbarung ermittelten Bestbieter

erteilt werden.

4.3 BEKANNTMACHUNG

4.3.1 Grundsätze

Es gilt der Grundsatz der Transparenz (vgl. Punkt 3.7). Soweit das BVergG 2002 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. Die folgenden Ausnahmen sind **eng** auszulegen:¹⁴

¹³ 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.

¹⁴ Zu hinterfragen ist, ob es eine vergleichbare **Vergabeverfahrensalternative** 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. So hat der EuGH in mehreren Verfahren, in denen es um die Rechtfertigung der Dringlichkeit ging, unmissverständlich dargelegt, dass die dringliche Situation nicht vom Auftraggeber selbst verursacht werden durfte (insbesondere nicht durch dessen verspätete Einleitung eines Vergabeverfahrens) und immer zu prüfen ist, inwieweit weniger einschneidende Bedingungen möglich sind (z. B. Wahl des beschleunigten Verfahrens). So kann ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung aus Gründen der Dringlichkeit nur gerechtfertigt werden, wenn nicht in der Sphäre des Auftraggebers gelegene Umstände eine sofortige Auftragsvergabe erfordern. Dies ist insbesondere bei Umweltkatastrophen wie z. B. Beseitigung der Hochwasserschäden oder Schäden infolge von Lawinenabgängen der Fall. Auch Maßnahmen zur Verhinderung einer Epidemie bzw. Tierseuche (z. B. Maßnahmen im Zusammenhang mit Rinderwahnsinn und BSE) konnten aufgrund dieses Dringlichkeitstatbestandes im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung vergeben werden.

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** zulässig:

- ohne weitere Begründung bei einem Auftragswert unterhalb folgender Schwellenwerte:
Bauftrag bis EUR 80.000,-
Geistig-schöpferische Dienstleistung bis EUR 60.000,-
Dienstleistungs-/Lieferauftrag bis EUR 40.000,-
- wenn ein durchgeführtes offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung kein geeignetes Angebot erbracht hat;
- wenn aus technischen, künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsgründen nur einem bestimmten Unternehmer der Auftrag erteilt werden kann;
- wenn dringliche, zwingende Gründe, die **nicht im Verhalten des Auftraggebers gelegen sind**, und die für den Auftraggeber nicht vorhersehbar waren, der Durchführung einer Bekanntmachung entgegenstehen;
- wenn zur Ausführung eines bestehenden Auftrags zusätzliche Leistungen erforderlich sind, deren **Gesamtwert 50%** des ursprünglichen Auftrags nicht überschreitet, sofern der Auftrag an den Unternehmer vergeben wird, der den ersten Auftrag ausgeführt hat und eine Trennung von diesem Auftrag technisch oder wirtschaftlich nicht sinnvoll ist;
- wenn neue Aufträge in der Wiederholung gleichartiger Leistungen bestehen, sofern der Auftrag von demselben Auftraggeber an den Auftragnehmer, der bereits den ersten Auftrag erhalten hat, vergeben wird, der erste Auftrag im offenen oder nicht offenen Verfahren mit **vorheriger Bekanntmachung** vergeben wurde, sie einem Grundentwurf entsprechen und dieser Entwurf Gegenstand des Auftrags war, hierfür die Möglichkeit eines derartigen Verhandlungsverfahrens bereits in der ersten Ausschreibung vorgesehen war, die Vergabe **binnen 3 Jahren** nach Abschluss des ersten Vertrages erfolgt und die Fortsetzung des Auftrags bereits bei der Gesamtauftragswertberechnung mitberücksichtigt wurde.

- f) E-Auktionen → sind immer im **Internet** (z.B. Homepage Gemeinde) bekannt zu machen.
- g) Direktvergabe

Die Direktvergabe ist der Abschluss eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrags mit nur einem einzigen Unternehmer. Bei einer Direktvergabe kommt es zu **keiner** vorangehenden Bekanntmachung. Die Direktvergabe ist zulässig

- im Allgemeinen bloß bis zu EUR 20.000,-,
- bei geistig-schöpferischen Dienstleistungen bis zu EUR 30.000,- und
- bei nicht-prioritären Leistungen bis zu EUR 200.000,-, wenn die Durchführung eines Wettbewerbs im Hinblick auf Eigenart der Leistung und des in Frage kommenden Bieterkreises nicht zweckmäßig ist (z.B. Auftrag an Rechtsanwalt, eine Klagebeantwortung zu entwerfen und die Gemeinde in diesem Rechtsstreit zu vertreten).

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 den entgangenen Gewinn als 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

Bei Aufträgen im **Oberschwellenbereich** sind noch folgende Bekanntmachungspflichten zu beachten:

- Gebot zur **Vorinformation**: Bei Bauaufträgen mit einem Auftragswert > EUR 5.000.000,– und bei Liefer- und Dienstleistungen bei einem Auftragswert > EUR 750.000,–, haben Auftraggeber dem EU-Amtsblatt die voraussichtlichen Leistungen, die im folgenden Jahr beschafft werden sollen, bekannt zu geben. Diese Bekanntgabe ist bloß informativ, erfordert also noch nicht tatsächlich eine Ausschreibung. Vorteil einer solchen Vorinformation ist, dass das eigentliche Vergabeverfahren erheblich verkürzt werden kann. Die Angebotsfristen können faktisch halbiert werden.
- Der Umstand, dass ein Auftrag 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. Details über diese statistischen Aufstellungen werden von der Bundesregierung per Verordnung festgelegt (wurde leider noch nicht erlassen!).

4.3.5 Art der Bekanntmachung

4.3.5.1 Bekanntmachung im Oberschwellenbereich

Aufträge im Oberschwellenbereich sind vor allem im EU-Amtsblatt der Europäischen Union (kurz: EU-Amtsblatt) bekannt zu machen (E-Mail: mp-ojs@opoce.cec.eu.int; Fax: +352/2929-44619; +352/2929-44623; +352/2929/42670). Als erstes hat die Absendung der Bekanntmachung an das EU-Amtsblatt zu erfolgen.

Erst danach hat die Bekanntmachung auch in einem nationalen Medium zu erfolgen. Dieses nationale Medium wird für Gemeinden und den von ihnen beherrschten Rechtsträgern von der jeweiligen Landesregierung bestimmt. Aus den bisherigen Informationen lässt sich Folgendes ableiten¹⁵:

- Auftraggeber, die dem Bund zuzuordnen sind, haben den Auftrag im Amtlichen Lieferanzeiger, der als Teil des „Amtsblatts zur Wiener Zeitung“ erscheint, bekannt zu geben;
- 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;

¹⁵ Die diesbezüglichen Verordnungen wurden mit Ausnahme der Verordnungen der Vorarlberger und Tiroler Landesregierung zum Zeitpunkt der Drucklegung noch nicht erlassen. Die folgenden Angaben (außer Vorarlberg und Tirol) stützen sich auf die bisherige Praxis.

- 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 bis 31.12. 2003 zumindest in der Salzburger Landeszeitung, ab 1. 1. 2004 elektronisch 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.

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 CPV-Codes und bei Dienstleistungen durch den CPC-Code zu beschreiben. Sowohl die Verwendung dieses EU-Formblattes als auch dieses CPV-Codes ist von wesentlicher Bedeutung. Sie dienen der faktischen Realisierung des Binnenmarkts, weil es dadurch ausländischen Bietern erleichtert wird, die wesentlichen Ausschreibungen herauszufiltern.

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 ABI 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 2002) auch für österreichische Auftraggeber. Im Wesentlichen wird der Kreis der Staaten, deren Unternehmen in Vergabeverfahren mit inländischen Unternehmen gleich zu behandeln sind, auf die Mitglieder dieses GPA-Übereinkommens erstreckt. Das GPA-Übereinkommen gilt u. a. auch für folgende Beschaffungen der Gemeinden und der von ihnen beherrschten Einrichtungen (vgl. Punkt 2.1) und zwar für

- Lieferaufträge ab Auftragswert SZR 200.000,- (= ca. EUR 249.000,-),
- Bauaufträge mit Auftragswert SZR 5 Mio. (= ca. EUR 6,23 Mio.) und
- prioritäre Dienstleistungen mit Ausnahme der Sprachtelefonie und der Mobilfunktelefonie ab einem Schwellenwert von SZR 200.000,- (= ca. EUR 249.000,-).

Daraus folgt, dass 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 249.000,-).

4.3.5.3 Bekanntmachung im Unterschwellenbereich

Im **Unterschwellenbereich** genügt die Bekanntmachung ausschließlich in den unter 4.3.5.1 genannten nationalen Medien. Bei der Bekanntmachung einer E-Auktion kann dies ausschließlich auf der Internetseite des Auftraggebers erfolgen. In einzelnen Fällen ist sogar die Bekanntmachung auf der Amtstafel zulässig. Die Bekanntmachung hat zumindest die in Anhang VIII des BVergG 2002 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 (n. a. = nicht anwendbar; T = Tage):

a) Fristen Oberschwellenbereich

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
nicht offenes Verfahren – normal	37 T	40 T
nicht offenes Verfahren – dringlich	15 T	10 T
nicht offenes Verfahren – Vorinfo	37 T	26 T
Verhandlungsverfahren – normal	37 T	angemessen
Verhandlungsverfahren – dringlich	15 T	angemessen
Verhandlungsverfahren – Vorinfo	37 T	angemessen

b) Fristen Unterschwellenbereich

Art des Verfahrens	Abgabe TN	Abgabe Angebot
offenes Verfahren	n. a.	22 T
nicht offenes Verfahren	14 T	22 T
Verhandlungsverfahren	14 T	angemessen
Dringlichkeit betreffend alle Verfahrensarten	angemessen	angemessen

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

- bereits bekannt gegebener Vorinformation oder
- besonderer Dringlichkeit der Auftragsvergabe

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. 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 Unternehmern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt wird.¹⁶ Das Verhandlungsverfahren besteht aus folgenden 2 Stufen:

- Auswahl der einzuladenden Bieter,
- 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 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.

Ausnahmsweise kann dieser nach außen hin bekannt zu machende Auswahlprozess entfallen; und zwar in den unter Punkt 4.5.2 noch näher beschriebenen „**Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung**“. Aber auch bei Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung hat die vergebende Stelle eine Auswahl darüber zu treffen, wer zur Angebotsabgabe einzuladen ist. Sie 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

¹⁶ Das bloße Preisverhandeln ist unzulässig.

ohne vorherige Bekanntmachung ist das Einholen von mehreren Angeboten/Kostenvorschlägen. Zu berücksichtigen ist vor allem, dass befugte, zuverlässige und leistungsfähige Unternehmer auch zur Angebotsabgabe aufgefordert werden und dass nicht bestimmte Unternehmer (insbesondere lokale Unternehmer) 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 Angebotseröffnung 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 2002 (insbesondere Bestimmungen über Anwendungsbereich des BVergG 2002, Vergabegrundsätze, Bekanntmachungsvorschriften und die in den §§ 111 f BVergG 2002 geregelten Sonderbestimmungen).

Bei der **Direktvergabe** kommt es nicht einmal zu Verhandlungen mit dem Auftragnehmer. Der Auftraggeber bezieht die Leistungen in einem formfreien Verfahren. Zwischen Direktvergabe und Verhandlungsverfahren ohne vorangehende Bekanntmachung mit bloß einem Unternehmen bestehen jedoch rechtlich keine wesentlichen Unterschiede.

4.5.2 Anwendungsbereich Verhandlungsverfahren

Es gilt der Grundsatz des offenen oder nicht offenen Verfahrens. Davon können normale Auftraggeber¹⁷ nur abweichen, wenn der auszuschreibende Leistungsgegenstand, der geschätzte Auftragswert oder die konkreten Umstände¹⁸ ein Verhandlungsverfahren erfordern. Wie bereits

¹⁷ Sektorauftraggeber können nach eigenem Ermessen das Verhandlungsverfahren wählen.

¹⁸ 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.

unter Punkt 4.5.1 dargestellt, kann zwischen folgenden Verhandlungsverfahren unterschieden werden: „Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung“; „Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit mehreren Unternehmen“ und „Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit einem Unternehmen“. Diese Verhandlungsverfahrensarten sind unter folgenden Umständen zulässig:

a) Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung

Im Wesentlichen sind Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung nicht nur zulässig, sondern sogar in folgenden Fällen geboten:

- Der Auftragsgegenstand ist derart, dass eine vertragliche Spezifikation nicht hinreichend genau vorgenommen werden kann, d. h. eine konstruktive Ausschreibung unter Vorgabe eines auszureisenden 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 im Unterschwellenbereich und 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 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 geistig-schöpferische Dienstleistungen (vgl. Punkt 4.6), Finanzdienstleistungen, insbesondere der Abschluss von Pensionskassenverträgen, 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).

Kurz: 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). Zu beachten ist vor allem die konkrete Form der Ausschreibung im Verhandlungsverfahren. Ein Verhandlungsverfahren, bei dem alle wesentlichen Punkte, insbesondere das Leistungsverzeichnis im Detail vorgegeben wird, beweist, dass ein offenes oder nicht offenes Ver-

fahren durchführbar wäre. Bei allen Ausschreibungsunterlagen im Zusammenhang mit einem Verhandlungsverfahren ist die Frage zu stellen, weshalb diese Ausschreibungsunterlagen nicht Gegenstand eines offenen oder nicht offenen Verfahrens hätten sein können.

b) Vergabeverfahren mit mehreren Unternehmern ohne vorangehende Bekanntmachung

Ein solches Verhandlungsverfahren ohne vorangehende Bekanntmachung ist in folgenden Fällen zulässig:

aa) Unterschwellenbereich:

- Geistig-schöpferische Dienstleistungen mit einem geschätzten Auftragswert bis zu EUR 60.000,-;
- Bauaufträge mit einem geschätzten Auftragswert bis zu EUR 80.000,-;
- Liefer- und Dienstleistungsaufträge mit einem geschätzten Auftragswert bis zu EUR 40.000,-;

bb) Oberschwellenbereich:

- wenn dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, ein solches Verfahren erfordern;
- im Anschluss an einen Wettbewerb Verhandlung mit allen Gewinnern des Wettbewerbes.

c) Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit einem Unternehmer

aa) Unterschwellenbereich:

- Bei Gelegenheitskäufen aufgrund besonders günstiger Gelegenheit zu einem erheblich unter dem normalerweise marktüblichen Preis.

Bloß eine Sonderaktion eines Unternehmers rechtfertigt die Anwendung dieser Ausnahme nicht. Zu berücksichtigen ist bei dieser Auslegung auch die Bestimmung, wonach der Kauf aus dem Konkurs- und Massevermögen im Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung gerechtfertigt ist. Um eine ähnliche Situation müsste es sich bei den zitierten Gelegenheitskäufen handeln (z.B. echter Ausverkauf eines Unternehmers, weil dieser seinen Betrieb bzw. Betriebsteil tatsächlich schließt; Versteigerung von Gegenständen infolge eines Konkurs- oder Exekutionsverfahrens). Gelegentliche Werbeaktionen von Unternehmern erfüllen selten die Voraussetzung einer „besonders günstigen Gelegenheit“ und eines „erheblich unter dem normalerweise marktüblichen Preises“. Vor allem fehlt es am Tatbestand einer sich bloß für einen sehr kurzen Zeitraum bietenden, besonders günstigen Gelegenheit. Derartige Werbeaktionen werden – es liegt in der Natur von Werbeaktionen – von allen Unternehmen der Branche gelegentlich durchgeführt. Bei Durchführung eines Vergabeverfahrens sollten diese bei Werbeaktionen gewährten günstigen Bedingungen ebenfalls erzielt werden können, weil sich die Kostensituation der relevanten Bieter nicht wesentlich ändert.

- Die Vergabe von geistig-schöpferischen Dienstleistungen mit einem Auftragswert bis zu SZR 130.000,- (= EUR 162.000,-), wenn im Hinblick auf die Eigenart der Leistung und die Kosten des Beschaffungsvorgangs ein solcher wirtschaftlich nicht vertretbar ist.

Dies trifft zum Beispiel auf Planungs- und Ingenieurleistungen zu, die für die Erstellung von komplexen Ausschreibungsunterlagen und damit verbundenen Planungen erforderlich sind. In Anbetracht des Gebots einer sorgfältigen Ausschreibung und der Beiziehung von Sachverständigen kann nicht jede Sachverständigenleistung ausgeschrieben werden. Der „erste Sachverständige“ kann nur im Verhandlungsverfahren ohne vorige Bekanntmachung bestellt werden. Gleiches gilt für Planungs- und Ingenieurleistungen, Datenverarbeitungsleistungen oder Aufträge zur Erstellung eines Werbekonzepts, die nach ihrem Auftragswert zwar klein sind, deren Ausschreibung aber erhebliche Vorleistungen, insbesondere die Beiziehung eines entsprechend fachkundigen Sachverständigen erfordern würde.

bb) Oberschwellenbereich:

- 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 unzählig 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 um so weniger ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit diesem Unternehmen. Ist bei einem Auftraggeber aber bereits eine Individualsoftware installiert worden und soll diese Individualsoftware bearbeitet werden, stehen einem transparenten und mehreren Unternehmern zugänglichen Vergabeverfahren die Verwertungsrechte des Unternehmens entgehen, das diese Individualsoftware installiert hat¹⁹.

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 auszuschreiben wären, darf der künstlerische Gesichtspunkt nicht übersehen werden. Bei der Kunst kommt es eben darauf an, dass bestimmte Personen das Werk aufführen/errichten. Insoweit ist der Kunst der Vorrang vor den vergaberechtlichen Einschränkungen zu geben.

- **Folgeaufträge**, 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

¹⁹ 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.

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.

- **Folgaufträge**, die bereits Gegenstand des Entwurfs der Ausschreibung waren und auf deren Vergabe im Verhandlungsverfahren 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.
- **Schranke für Folgeaufträge** sind somit einerseits die ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen und andererseits die 3-Jahres-Frist nach Vergabe des ersten Auftrags bzw. 50% des Auftragswertes. Soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, lässt sich die Vergabe von Folgeaufträgen an den ursprünglichen Auftragnehmer rechtfertigen. Voraussetzung ist freilich, dass der Auftrag, zu dem der Folgeauftrag erteilt werden soll, Gegenstand eines dem Vergaberecht entsprechenden Vergabeverfahrens war.

Die Vergabe von Folgeaufträgen kommt nahezu bei allen Auftragsarten in Frage. Bei Bauaufträgen wird des Öfteren die eine oder andere Leistung zu erbringen sein, die nicht Gegenstand des ursprünglichen Auftrags gewesen ist. Es kann – im Rahmen des 50%igen Schwellenwertes – 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 des im Zuge eines Vergabeverfahrens beschafften Materials/Fahrzeugs unverhältnismäßige Schwierigkeiten schafft. Auch hier gilt die Beschränkung des Folgeauftrags mit 3 Jahren. Gleiches gilt für Dienstleistungsaufträge. Sind zum Beispiel 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.

Kurz: Der Anwendungsbereich für Folgeaufträge ist weit. Seine Einschränkung besteht vor allem in der Voraussetzung einer vorangegangenen Ausschreibung, ein maximaler Zusatzauftrag in Höhe von 50% des ursprünglichen Auftragswertes, wenn dies im Voraus nicht in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen wurde, und die Vergabe des Folgeauftrags innerhalb von 3 Jahren nach Abschluss des ersten Auftrags, wenn darauf in den Ausschreibungsunterlagen hingewiesen wurde.

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 sieht es jedoch folgende Änderungen vor:

- Bekanntmachungsverpflichtung und die damit verbundene Verpflichtung zur Durchführung eines formalisierten Auswahlverfahrens der Bieter 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.²⁰
- Es besteht keine Mindestfrist zur Abgabe eines Angebots. Die Frist muss angemessen sein.
- Es hat keine formalisierte Angebotseröffnung stattzufinden. Bieter dürfen an der Angebotseröffnung nicht teilnehmen. Das Ergebnis der Angebotseröffnung ist 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.
- Bei Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung beträgt die Stillhaltefrist bloß 7 Tage. Bei Verhandlungsverfahren mit einem einzigen Unternehmer entfällt das Erfordernis einer vorangehenden Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung. Der Zuschlag kann sofort erteilt werden.

4.6 VERGABE GEISTIG-SCHÖPFERISCHER DIENSTLEISTUNGEN

4.6.1 Definition

Der Begriff „geistig-schöpferische Dienstleistungen“ ist enger als der Begriff der „immateriellen Leistungen“. Immaterielle Leistungen, bei denen eine vorherige eindeutige und vollständige Leistungsbeschreibung möglich ist, sind nicht vom Begriff der „geistig-schöpferischen Dienstleistungen“ erfasst. Das BVergG 2002 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 möglich“*.

²⁰ Im offenen Verfahren besteht keine Beschränkung der Bieterzahl und beim nicht offenen Verfahren sind zumindest fünf Bieter einzuladen.

Entscheidendes Kriterium ist die Frage, inwieweit die Leistung im Voraus beschreibbar ist und inwieweit Inhalt dieser Leistungen originäre und kreative Elemente sind. So ist zum Beispiel die reine örtliche Bauaufsicht in wenig komplexen Bauvorhaben in der Regel wohl keine geistig-schöpferische Leistung. Sie lässt sich im Voraus beschreiben. Dagegen sind geistig-schöpferische Leistungen z.B. Architektenleistungen (Erstellung von Plänen), Erstellung von Gutachten und Forschungsarbeiten, Softwareentwicklungen, Werbekonzepte, Untersuchungen und Studien und Unternehmensberatungsleistungen. Schon der Begriff „geistig-schöpferisch“ deutet die wesentlichen Elemente an. Es geht nicht um die Verrichtung von standardisierbaren Arbeiten, sondern um die Schaffung eines geistig-schöpferischen Werkes.

Im Unterschied zu geistig-schöpferischen 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 geistig-schöpferischer Dienstleistungen zur Verfügung:

- Direktvergabe bei einem Auftragswert bis zu EUR 30.000,-;
- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung bis zum Auftragswert von EUR 60.000,-;
- Direktvergabe an ein Unternehmen bis zu einem Auftragswert von SZR 130.000,- (= ca. EUR 162.000,-), wenn die Kosten eines Beschaffungsverfahrens außer Verhältnis stehen zu dem damit verbundenen Nutzen;
- Wettbewerbsverfahren, wenn zunächst der optimale/geeignetste Lösungsvorschlag/Plan ermittelt werden soll;
- Verhandlungsverfahren nach vorangehender Bekanntmachung (jedenfalls).

Sofern ob des hohen Auftragswertes kein Sonderverfahren (vgl. die 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 geistig-schöpferischen 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:

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).

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 geistig-schöpferischer 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 und 6 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 Plans/Entwurfs 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 Preisgerichts, 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 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.

- Verhandlungsverfahren **mit** Bekanntmachung sind zulässig, sofern vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festlegbar sind oder die Eigenart der Leistung/verbundenen Risiken eine globale Preisgestaltung nicht ermöglichen. Bei Sektorenauftraggebern sind sie immer zulässig.

- Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung:
 - Dienstleistungs-, Lieferauftrag < EUR 60.000,- bzw.
 - Bauftrag < EUR 120.000,-,

- Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung:
 - Bauftrag < EUR 80.000,-,
 - geistig-schöpferische Dienstleistung < EUR 60.000,-,
 - Dienstleistungs-, Lieferauftrag < EUR 40.000,-,

 - sonstige spezielle Ausnahmen

- E-Auktion bis EUR 40.000,-,

- Direktvergabe:
 - allgemein bis EUR 20.000,-,
 - geistig-schöpferische Dienstleistungen bis EUR 30.000,-,
 - nicht-prioritäre Dienstleistung, wenn Vergabeverfahren nicht zweckmäßig ist, im Unterschwellenbereich

SKIZZIERUNG DES ABLAUFS EINES VERGABEVERFAHRENS ANHAND EINES BAU- AUFTRAGS UND EINES DIENSTLEISTUNGS- AUFTRAGS

5.1 EVALUIERUNGSPHASE

Vor Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und Bekanntmachung sind die wesentlichen Eckpunkte einer Ausschreibung (Art der zu beschaffenden Leistung, geschätzter Auftragswert, sonstige Vorgaben) festzulegen. 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.

5.2 ERSTELLUNG AUSSCHREIBUNGSUNTERLAGEN

5.2.1 Konkretisierung des Vergabeverfahrens

Auch wenn das BVergG 2002 zahlreiche Aspekte des Vergabeverfahrens in seinen 192 Paragraphen erfasst, bedarf es einer Konkretisierung der Bestimmungen, die für das konkrete Vergabeverfahren gelten. Insbesondere fordert das BVergG 2002 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 2002 iVm StmkNachprüfungsg

BEISPIEL 2:

Oberschwellenbereich gemäß BVergG 2002 iVm S1bgVergabekontrollG

b) Hinweis auf das gewählte Vergabeverfahren

BEISPIEL 1: offenes Verfahren

BEISPIEL 2: nicht offenes Verfahren

c) 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 2:

Anzahl der Reinigungsleistungsreferenzen des Bewerbers (Mindestreinigungsfläche je Referenz 1000 m²); Anzahl der öffentlichen Reinigungsreferenzen (Reinigungsreferenzen bei öffentlichen Körperschaften bei einer Reinigungsfläche von > 1000 m²); Anzahl Reinigungsreferenzen Schlüsselperson Projektleiter (zumindest 1000m² Reinigungsflächen). Alle drei Auswahlkriterien haben das gleiche Gewicht.

d) Zuschlagskriterien – Bestbieterermittlung

BEISPIEL 1:

Der Qualitätsstandard bei Kanalbau ist vorgegeben. Ein Wettbewerb erfolgt ausschließlich über den Preis, sodass als einziges Zuschlagskriterium der Preis gewählt werden darf.

BEISPIEL 2:

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

e) Bestimmungen über die Zulässigkeit von Alternativangeboten

Rechtliche Alternativangebote können ausgeschlossen werden, wohingegen technische Alternativen grundsätzlich zulässig sind. Zu beachten ist jedoch, dass das Billigstbieterprinzip (Zuschlagskriterium: billigster Preis) – nach derzeitiger Auffassung – nur angewendet werden darf, wenn Alternativangebote ausgeschlossen sind. Der Ausschluss von Alternativangeboten beim Billigstbieterprinzip lässt sich damit begründen, dass Leistung und Qualitätsstandard vorgegeben und vernünftige technische Alternativen nicht denkbar sind.

BEISPIEL 1:

Alternativen werden mit der Begründung ausgeschlossen, dass das Billigstbieterprinzip zu Recht gewählt wurde und der Qualitäts- und Leistungsstandard vorgegeben ist.

BEISPIEL 2:

Rechtliche Alternativen werden ausgeschlossen. Technische Alternativen 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)

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 m² mit Maschine; Reinigung m² 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

BEISPIEL 1 und 2:

Fragen sind bis zu einem bestimmten Termin 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 3.000.000,-, aktuelle Bankauskunft; all diese Nachweise können durch Evidenzhaltung beim Auftragnehmerkataster Österreich ersetzt werden.

BEISPIEL 2:

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

k) Rechenfehler

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) Benachrichtigung der Bieter von der Einleitung eines Feststellungsverfahrens

Alle an einem Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmer sind von der Einleitung eines Feststellungsverfahrens durch die Nachprüfungsbehörde zu informieren. Für den Fall, dass eine Bekanntmachung per Telefax oder per E-Mail nicht möglich ist, ist eine alternative Bekanntmachungsform in den Ausschreibungsunterlagen vorzusehen.

BEISPIEL 1 und 2:

Alle Bewerber oder Bieter werden von der Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 164 Abs. 4 BVergG 2002 per Telefax verständigt. Ist dies nicht möglich, erfolgt die Verständigung durch eine entsprechende Bekanntmachung auf der Homepage des Auftraggebers (www....).

n) 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,-*

o) Kosten, Beistellung der Ausschreibungsunterlagen

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.

5.2.2 Vertragsentwurf

Zusätzlich zu der Bestimmung betreffend das Vergabeverfahren ist der Vertragsentwurf unter möglichst weitgehender Verwendung einschlägiger Normen zu erarbeiten. § 80 BVergG 2002 zählt beispielhaft vertragliche Aspekte auf. Es gilt das Gebot, ÖNORMEN so weit als möglich zu verwenden. Zu beachten ist aber, dass die ÖNORMEN zahlreiche Bestimmungen enthalten, die

zum Nachteil des Auftraggebers vom geltenden ABGB abweichen. Es empfiehlt sich daher, unter Beachtung des ABGB die ÖNORMEN an die konkreten Anforderungen anzupassen. Zu berücksichtigen ist dabei das Gebot der **Fairness**. Sittenwidrige Vertragsklauseln, d. h. Vertragsklauseln, die den Auftragnehmer „knebeln“, sind zu unterlassen. Derartige Vertragsklauseln wären nichtig!

5.3 BEKANNTMACHUNG

BEISPIEL 1:

Bekanntmachung des offenen Verfahrens entsprechend dem Anhang VIII BVergG 2002 (vgl. Anlage 2) in der Grazer Zeitung

BEISPIEL 2:

Bekanntmachung des nicht offenen Verfahrens entsprechend EU-Vergabeformularrichtlinie im EU-Amtsblatt und in der Salzburger Landeszeitung

Wichtig ist der Hinweis in jeder Bekanntmachung auf die jeweils vom Auftraggeber entworfenen Ausschreibungsunterlagen, die von interessierten Unternehmen beim Gemeindeamt zur Abholung bereit liegen bzw. gegen Zahlung der Versandkosten übermittelt werden.

5.4 ABGABE, PRÜFUNG UND BEWERTUNG, TEILNAHMEANTRÄGE UND EINLADUNG ZUR ANGEBOTSABGABE

BEISPIEL 1:

Entfällt, weil offenes Verfahren durchgeführt wird.

BEISPIEL 2:

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

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.

5.5 ANGEBOTSERÖFFNUNG

BEISPIEL 1 und 2:

Im Beisein aller Bieter werden die eingereichten Angebote geöffnet und die Angebotssummen verlesen. Über die Angebotseröffnung wird ein Protokoll geführt.

5.6 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 des in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebenen Bestbieterermittlungsmodus zu bestimmen. Die Angebotsprüfung kann auf die Angebote beschränkt werden, die für den Zuschlag in Betracht kommen.

BEISPIEL 1:

Nach Prüfung der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der in Betracht kommenden Bieter nach formaler und rechnerischer Prüfung ist Best- und Billigstangebot jenes Angebot, das den niedrigsten Preis ausweist.

BEISPIEL 2:

Nach formaler und rechnerischer Prüfung ist Bestangebot jenes, das anhand der genannten Zuschlagskriterien die höchste Punkteanzahl hat.

5.7 BEKANNTGABE ZUSCHLAGSENTSCHEIDUNG

Die Bieter, die nicht den Zuschlag erhalten, sind über die getroffene Zuschlagsentscheidung zu informieren. Der Zuschlag darf – bei sonstiger Nichtigkeit! – vor Ablauf einer Sperrfrist von grundsätzlich 14 Tagen (bei dringenden Verfahren nach Ablauf von 7 Tagen; bei E-Auktion 3 Tage) **nicht** erteilt werden. Auf Anfrage der Bieter sind diesen die Vergabesumme, die Gründe für Ablehnung ihres Angebots, die Vor- und Nachteile des Bestangebots sowie die Detailbewertung des Angebots des jeweiligen Bieters bekannt zu geben.

BEISPIEL 1:

Bekanntgabe an jene Bieter, die nicht das niedrigste Angebot gelegt haben, dass ihnen nicht der Zuschlag erteilt werden kann, weil deren Angebotssumme höher ist als jene des in Aussicht genommenen Auftragnehmers.

BEISPIEL 2:

Bekanntgabe an nicht zum Zuge kommende Bieter, wem der Auftrag erteilt werden soll. Auf Nachfrage Übermittlung der Detailbewertung ihres Angebots sowie Bekanntgabe der Vergabesumme, der Gesamtpunkteanzahl des Bestbieters und Bekanntgabe, inwieweit (bei welchen Kriterien) der Bestbieter besser war als der jeweilige sonstige Bieter.

5.8 ERTEILUNG DES AUFTRAGS (ZUSCHLAGSERTEILUNG) – VERGABEVERMERK

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 der Direktvergabe), dem die wesentlichsten Eckpunkte des Auftrags zu entnehmen sind (Name und Anschrift des Auftraggebers, Gegenstand des Werkauftrags, Gründe für Auswahl der Bieter und Gründe für Ablehnung der nicht zum Zuge gekommenen Bieter).

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

BEISPIEL 1:

Annahmeschreiben an Billigst- bzw. Bestbieter gemäß den obigen Anmerkungen.

BEISPIEL 2:

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

Kapitel 6

VERGABEREGELN – FALLSTRICKE IM ZUGE EINES VERGABEVER- FAHRENS

6.1 LEISTUNGSDEFINITION

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. Grundsätzlich 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**). 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.

Das BVergG 2002 eröffnet alternativ zu einer derartigen konstruktiven Leistungsbeschreibung nunmehr 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! 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 kaum denkbar. 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. Die Qualität und der Umfang des jeweiligen Angebots der Bieter kann 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.

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 Forderung nach einem „Unix-Mehrplatz-Betriebssystem“ (welches zum Zeitpunkt der Ausschreibung Stand der Technik war) unzulässig war. Richtigerweise hätte es zumindest des Zusatzes „oder gleichwertiger Art“ bedurft.

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. Mislingt 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.

FALLSTRICK 1: Beachte das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung (zumindest jeweils Hinweis auf Produkt mit „oder gleichwertiger Art“.)!

6.2 EIGNUNGSPRÜFUNG – BEI ZWEISTUFIGEN VERFAHREN AUSWAHL DER ZUR ANGEBOTSABGABE 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 auch für die Direktvergabe!

Zum Nachweis der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Bewerber/Bieter können die in den §§ 52 ff BVergG 2002 im Detail aufgezählten Nachweise gefordert werden. Andere Nachweise als jene, die im BVergG 2002 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 Gewerberegister bzw. Vorlage des Gewerbebescheins verbunden mit der Erklärung, dass die Befugnis aufrecht ist,
- Liste einschlägiger Referenzen.

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.

Bei ausländischen Unternehmen aus dem EWR-Raum ist spätestens vor der Angebotseröffnung von diesen ein beim Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit eingebrachter 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.

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 über den Auftragnehmerkataster Österreich einfach durchgeführt werden.

Darüber hinaus sollte zumindest für die zum Zuschlag in Frage kommenden Unternehmen eine Auskunft eines Kreditschutzverbandes (KSV) eingeholt werden. Auch dies lässt sich über den Auftragnehmerkataster Österreich problemlos durchführen.

FALLSTRICK 2: 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.

6.3 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 in der kürzlich publizierten 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 3: Es werden keine Auswahlkriterien bzw. sonstige Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, nach denen die Unternehmer zur Abgabe eines Angebots bzw. zum Verhandlungsverfahren ausgewählt werden.

6.4 SERVICE DES AUFTRAGNEHMERKATASTERS ÖSTERREICH

Der Bund, diverse Länder, die Wirtschaftskammer und die Architekten- und Ingenieurkonsulentenkammer Österreich haben den Auftragnehmerkataster Österreich zum Zweck der Erleichterung der Vergabeverfahren gegründet. Der Österreichische Gemeindebund ist dem Auftragnehmerkataster Österreich infolge des Beschlusses der Landesobmannkonferenz vom 17. 4. 2002 als außerordentliches Mitglied beigetreten. Hauptaufgabe des Auftragnehmerkatasters Österreich ist die zur Verfügungstellung der für die Eignungs- und Zuverlässigkeitsprüfung erforderlichen Informationen und Daten. Der Auftragnehmerkataster Österreich bietet eine Datenbank aller nach dem BVergG 2002 einforderbaren Nachweise von derzeit mehr als 40.000 Unternehmen. Unternehmen, die beim Auftragnehmerkataster Österreich registriert werden, müssen – soweit dies der Auftraggeber vorsieht – nicht neuerlich all die Nachweise vorlegen, sondern können auf ihre Registrierung beim Auftragnehmerkataster Österreich verweisen. Dem Auftragnehmerkataster Österreich sind neben allen nach dem BVergG 2002 einforderbaren Nachweisen (insbesondere auch Referenzlisten der Unternehmer) auch eine Bonitätsauskunft des KSV und die Möglichkeit der Einholung einer Bestätigung, dass das Unternehmen nicht gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz verstoßen hat, zu entnehmen.

Freilich kann ein Auftraggeber nicht zwingend die Registrierung beim Auftragnehmerkataster Österreich von Unternehmen fordern. Er muss alternativ auch die Vorlage der Nachweise akzeptieren. Die Registrierung beim Auftragnehmerkataster Österreich ist bloß eine Erleichterung für Unternehmer und Auftraggeber. Sie ist aber nicht zwingend gefordert.

Der Auftragnehmerkataster Österreich gibt bloß die von den Unternehmern abgegebenen Nachweise in eine Datenbank ein. Er prüft diese Nachweise nicht. Insbesondere prüft der Auftragnehmerkataster diese Nachweise nicht in Bezug auf die jeweils konkrete Ausschreibung, sondern stellt bloß Informationen und Daten zur Verfügung. Die Auswahlentscheidung und die Entscheidung, ob ein Unternehmer in Bezug auf eine konkrete Ausschreibung leistungsfähig ist, hat der jeweilige Auftraggeber zu treffen.

FALLSTRICK 4: Der Auftraggeber darf aus der bloßen Tatsache, dass ein Unternehmen im Auftragnehmerkataster registriert ist, nicht ableiten, dass dieses in Bezug auf die konkrete Ausschreibung leistungsfähig ist. So ist zwar z.B. die STRABAG AG im Auftragnehmerkataster Österreich vollständig registriert, sie ist aber kein geeignetes Unternehmen zur Erbringung von Werbeberatungsleistungen.

6.5 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),
- Anzahl der Beilagen und
- Feststellung, ob das Angebotskuvert ungeöffnet ist.

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

FALLSTRICK 5: Der Preis eines eingereichten Alternativangebots wird nicht verlesen, weil der Auftraggeber der Auffassung ist, Alternativangebote seien unzulässig.

FALLSTRICK 6: 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.

6.6 ANGEBOTSPRÜFUNG

Die Angebotsprüfung kann sich auf jene Angebote beschränken, die bei der ersten Durchsicht in die nähere Auswahl kommen. Neben der Leistungsfähigkeit ist die rechnerische und formale Richtigkeit des Angebots zu prüfen. Zu beachten ist, dass sich nach dem BVergG 2002 die **Rechenfehlerregel** geändert hat. 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.

Darüber hinaus sind die Angebotspreise auf ihre Angemessenheit und Plausibilität zu prüfen. Spekulative Angebotspreise können durch **vertiefte Angebotsprüfung** im Hinblick auf die in den Ausschreibungsunterlagen gekennzeichneten wesentlichen Positionen weitgehend vermieden

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.

Sowohl was die Leistungsfähigkeit als auch die Preisangemessenheit betrifft, dürfen Bieter nicht automatisch ausgeschieden werden. Es ist zwingend ein Aufklärungsgespräch mit den Bietern zu führen und den Bietern die Gelegenheit zur Aufklärung zu geben. In diesem Sinn muss den Bietern die Möglichkeit gegeben werden,

- allfällige gerichtliche/behördliche Verurteilungen zu erklären und
- ein angebliches Preisunterangebot bzw. 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 alle einen bestimmten Bieter betreffenden vertraulichen Aussagen 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 7: 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.

6.7 VERHANDLUNGSVERBOT VERSUS AUFKLÄRUNGSGESPRÄCHE

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.

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.

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.

Darüber hinaus sind Bieter aufzufordern, allenfalls **behebbarer Mängel** innerhalb einer gesetzten Frist zu beheben. 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 8: Im offenen oder nicht offenen Verfahren wird vor bzw. nach Angebotseröffnung mit einzelnen Bietern über Preis oder sonstige wesentliche Leistungsinhalte „nachverhandelt“.

FALLSTRICK 9: 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 10: Der Zuschlag wird einem Angebot erteilt, das zunächst keine Preisangabe zu einer Leistungsposition enthalten hat und dessen Preisangabe nach Angebotseröffnung „nachgereicht“ wurde.

6.8 ALTERNATIVANGEBOTE UND TEILANGEBOTE

Alternativangebote sind grundsätzlich zulässig und dürfen nur in begründeten Ausnahmefällen ausgeschlossen werden. Rechtliche Alternativen dürfen dagegen begründungslos ausgeschlossen werden, was eine entsprechende Anforderung an die Fairness des Auftraggebers stellt. Daraus folgt, dass technische Alternativen grundsätzlich zulässig sind. Deren Ausschluss ist sachlich (technisch) zu begründen und birgt eine erhebliche Gefahr einer Anfechtung. 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.

Zu beachten ist, dass – zumindest nach der derzeitigen Auffassung – das Billigstbieterprinzip ausgeschlossen ist, wenn Alternativangebote zulässig sind. Die Prüfung der Gleichwertigkeit hat – nach Prüfung, ob die Mindestbedingungen erfüllt sind – anhand von vom Auftraggeber vorgegebenen Kriterien zu erfolgen. Diese sollten Teil der vorgegebenen Zuschlagskriterien sein.

Soweit ein Auftraggeber sich vorbehalten möchte, bloß Teile zu vergeben oder hinsichtlich bestimmter Teile jeweils ein Bestangebot auszuwählen, 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 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 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 ableiten lassen.

FALLSTRICK 11: Der Auftraggeber behält sich die Vergabe von Teilangeboten vor, ohne selbst die Abgabe von Teilangeboten zuzulassen.

FALLSTRICK 12: 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 13: Ein Alternativangebot wird ohne nähere Begründung ausgeschieden, obwohl im Alternativangebot ein Gutachten beigelegt ist, das die Gleichwertigkeit des Alternativangebots belegt.

FALLSTRICK 14: Alternativangebote sind zulässig, obwohl nach dem Billigstbieterprinzip ausgeschlossen wird. Billigstbieterprinzip und Alternativangebote sind nicht kompatibel!

6.9 ELEKTRONISCHE AUFTRAGSVERGABE

Das BVergG 2002 ermöglicht nunmehr die Durchführung eines Vergabeverfahrens ausschließlich auf elektronischem Weg. Die diesbezüglichen technischen Voraussetzungen müssen aber vielerorts noch geschaffen werden. Bei einer rein elektronischen Auftragsvergabe ist sicherzustellen

- die Authentizität von Erklärungen und Angeboten und
- dass Angebote nicht vor dem Zeitpunkt der Angebotseröffnung geöffnet werden können.

In diesem Sinn müssen alle Bieter und der Auftraggeber über eine elektronische Signatur verfügen und Einrichtungen zur Verfügung stellen, die als so genannter elektronischer Notar fungieren.

Darüber hinaus kann das Vergabeverfahren auch bloß zum Teil auf elektronischem Weg erfolgen. So können einfache Mitteilungen (aber keine Angebote!) auch auf elektronischem Weg übermittelt werden, wenn nicht Gegenteiliges in den Ausschreibungsunterlagen geregelt ist. Es gilt die gesetzliche Vermutung, dass einfache Mitteilungen auf elektronischem Weg zulässig sind.

Problem dieser elektronischen Mitteilungen ist der Nachweis, dass eine Mitteilung auf elektronischem Weg einem Bewerber/Bieter tatsächlich zugegangen ist. Nicht immer wird der Empfang einer Nachricht rückübermittelt.

FALLSTRICK 15: Mitteilung auf elektronischem Weg an alle Bieter. Ein Bieter kann einen Verstoß der Gleichbehandlung geltend machen, wenn diesem nicht nachgewiesen werden kann, dass ihm auch die Mitteilung zugegangen ist.

6.10 WIDERRUF

Nach einer jüngsten 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. Dies sieht zwar das BVergG 2002 derzeit nicht vor, wird aber – spätestens aufgrund einer entsprechenden Beschwerde – richtig gestellt werden müssen. Auftraggeber müssen jedenfalls damit rechnen, dass sie zur Zuschlagserteilung an den Bestbieter gezwungen werden können (Kontrahierungszwang!). Um so wichtiger sind die Fälle, in denen Auftraggeber zulässigerweise ein Ver-

gabeverfahren ohne Zuschlagserteilung beenden können, also ein Vergabeverfahren widerrufen dürfen. Dies ist der Fall

- bei zwingenden Gründen (durch Umstände, die, wären sie bereits bei Beginn des Ausschreibungsverfahrens bekannt gewesen, nicht zu dieser Ausschreibung geführt hätten),
- aus schwerwiegenden Gründen oder
- nach Angebotseröffnung, wenn bloß ein einziges geeignetes Angebot vorliegt.

Auch wenn dem BVergG 2002 nicht vollständig zu entnehmen ist, was unter **schwerwiegenden Gründen** zu verstehen ist, lässt sich dies zum einen in den jeweiligen Ausschreibungsunterlagen konkretisieren, zum anderen ist der gesetzliche Hinweis hilfreich, dass ein Widerruf auch aus anderen als aus zwingenden Gründen gerechtfertigt ist. In diesem Sinn ist ein Widerruf eines Vergabeverfahrens insbesondere zulässig, wenn

- das Vergabeverfahren an einem unbehebbareren Mangel leidet,
- das erforderliche Budget nicht (mehr) vorhanden ist ²¹ oder
- der Preis des Bestangebots erheblich über der Kostenschätzung liegt (z.B. 15% über der internen Kostenschätzung).

Sofern der Auftragswert nicht ohnehin im Vergabebekanntmachungsformular bekannt zu machen ist, sollte zur Gewährleistung der Objektivität die geschätzte Angebotssumme (notariell) hinterlegt werden.

FALLSTRICK 16: 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.

²¹ 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).

Kapitel 7

RECHTSSCHUTZ IM VERGABERECHT

7.1 EINLEITUNG

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 davon zu unterscheiden in bestimmten Fällen auch die Möglichkeit der Anrufung ordentlicher Zivilgerichte.

Die im BVergG 2002 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 2002 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 2002 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 unter Berücksichtigung des BVergG 2002 so genannte (Vergabe-)Nachprüfungsgesetze beschlossen bzw. werden solche beschließen. Faktisch unterscheiden sich die Landesregelungen nur geringfügig.

Im Folgenden soll zunächst ein Überblick über den innerstaatlichen Rechtsschutz gegeben werden. Dabei wird zunächst ob dessen Leitcharakter für die Regelung in den Ländern der behördliche Vergaberechtsschutz des BVergG 2002 für den Bundesbereich²², im Anschluss daran werden jeweils die auf Länderebene (geplanten) Regelungen²³ insoweit dargestellt, als sie vom BVergG 2002 abweichen. Im Weiteren erfolgt dann noch ein Überblick über die Rechtsschutzverfahren vor ordentlichen Gerichten sowie abschließend vor europäischen Instanzen.

7.2 VERGABESPEZIFISCHER RECHTSSCHUTZ VOR VERGABEKONTROLLBEHÖRDEN

Mit der Neuregelung des Vergaberechtsschutzes auf Bundesebene durch das BVergG 2002 reagierte der Gesetzgeber auf unterschiedliche Anforderungen, die insbesondere die jüngere Recht-

²² Das Schlichtungsverfahren vor der Bundes-Vergabekontrollkommission wird nicht näher dargestellt, weil dieses in den Ländern kaum eine Nachahmung erfahren hat.

²³ Ob der Dringlichkeit dieses Vergaberechtleitfadens konnte die Beschlussfassung der einzelnen (Vergabe-)Nachprüfungsgesetze durch die jeweiligen Landtage nicht abgewartet werden. Dargestellt werden bloß die bereits beschlossenen Vergabe-Nachprüfungsgesetze (Niederösterreich, Oberösterreich, Salzburg, Tirol, Vorarlberg) und die den Landtagen vorgelegten Gesetzesentwürfe (Burgenland, Kärnten, Steiermark, Wien) zum Zeitpunkt der Drucklegung.

sprechung des Verfassungsgerichtshofes an den vergabespezifischen Rechtsschutz stellte. Insbesondere machte die Rechtsprechung des VfGH eine Ausdehnung des Rechtsschutzes vor spezifischen Vergabekontrollbehörden auch auf Auftragsvergaben unterhalb der gemeinschaftsrechtlich vorgegebenen Schwellenwerte erforderlich.²⁴

Schließlich liegt eine wesentliche Zielsetzung des BVergG 2002 darin, das Vergaberechtschutzverfahren insgesamt straffer und effizienter zu gestalten. Verzögerungen etwa durch spät vorgebrachte Rügen sollten vermieden, erforderliche Verfahrensvereinfachungen insbesondere für den Unterschwellenbereich getroffen werden.

7.2.1 Schlichtungsverfahren des Bundes und der Länder

Auf **Bundesebene** ist die Bundes-Vergabekontrollkommission als Schlichtungsinstanz eingerichtet. Sie ist ausschließlich fakultativ (keine Voraussetzung für Einleitung einer Nachprüfungsinstanz) zur Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten zuständig, solange die in Rede stehende Meinungsverschiedenheit noch (über die jeweils nachfolgende „gesondert anfechtbare Entscheidung“) zum Gegenstand der Anfechtung beim Bundesvergabebeamten gemacht werden kann.

Keine Zuständigkeit der B-VKK besteht im beschleunigten Verfahren wegen Dringlichkeit und im Unterschwellenbereich unterhalb gewisser „Bagatellgrenzen“, insbesondere auch nicht bei Direktvergaben. Generell ist im Unterschwellenwertbereich eine Schlichtung nur zulässig, wenn sowohl vergebende Stelle als auch Bewerber oder Bieter mit der Schlichtung einverstanden sind.

In den **Ländern** sind größtenteils – ausgenommen Steiermark und Oberösterreich – jeweils vorgelagerte Verfahren zu den Nachprüfungsverfahren vorgesehen. Mit Ausnahme von Vorarlberg, Wien und Kärnten haben diese Vorverfahren obligatorischen Charakter. In Wien kann der Vergabekontrollsenat einen Schlichtungsversuch vornehmen, der aber 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 (Wien, Salzburg) 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, Salzburg und Tirol). Das Schlichtungsverfahren vor den eigens geschaffenen Behörden (Vorarlberg, Niederösterreich und Kärnten) unterscheidet 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.

²⁴ Vgl. für das BVergG 1993 VfSlg 16.027/2000 sowie für die Rechtslage nach dem BVergG 1997 VfGH Erk vom 26. 2. 2001, G 43/00 und die Folgebildung zu den Vergabegesetzen der Länder.

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

Bundesland	Eigenes Schlichtungsverfahren	Schlichtungsversuch vor der Landesvergabekontrollbehörde
Burgenland		Verpflichtender Schlichtungsversuch durch den Kammervorsitzenden des UVS bis zur Zuschlagserteilung.
Niederösterreich	Vor Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nachträgliche Prüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, der Zuschlagserteilung oder des Widerrufs vor der beim Amt der Lreg eingerichteten NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge. Aufschiebende Wirkung des Schlichtungsantrages hinsichtlich Angebotsöffnung und Zuschlagserteilung. Kein Schlichtungsverfahren	
Oberösterreich	Kein Schlichtungsverfahren	
Tirol		Verpflichtender Schlichtungsversuch durch den Kammervorsitzenden des UVS bis zur Zuschlagserteilung
Vorarlberg	Fakultatives Schlichtungsverfahren vor der beim Amt der Lreg eingerichteten Schlichtungskommission.	
Salzburg		Verpflichtender Schlichtungsversuch durch den Kammervorsitzenden des Vergabekontrollsenats bis zur Zuschlagserteilung.
Kärnten	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.	
Wien		Fakultativer Schlichtungsversuch durch Vergabekontrollsenat.
Steiermark	Kein Schlichtungsverfahren	

7.2.2 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 § 139 Abs. 1 BVergG 2002 in Ausübung ihres Amtes unabhängig und weisungsfrei. Die Senatsvorsitzenden sind hauptberuflich tätig. Die sonstigen Mitglieder des BVA stammen aus dem Kreis der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer und müssen über einschlägige Berufspraxis im Bereich des Vergaberechts verfügen. Das BVA entscheidet grundsätzlich in Dreiersenaten. Über einstweilige Verfügungen sowie Vergaben im Unterschwellenbereich entscheidet der Senatsvorsitzende alleine. Unter bestimmten Voraussetzungen ist die Entscheidung durch einen verstärkten Senat vorgesehen.

Die Einleitung eines Verfahrens vor dem BVA ist neben der Anrufung der B-VKK zulässig, da ein Schlichtungsverfahren vor der B-VKK den Ablauf des Vergabeverfahrens nicht mehr hemmt. 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 eine **einstweilige Verfügung** erlassen, aufgrund derer Entscheidungen des Auftraggebers vorübergehend ausgesetzt werden müssen.

Nach Zuschlagserteilung kann Rechtsschutz nur noch aufgrund eines **Feststellungsverfahrens** gewährt werden. Im Zuge dessen kann das BVA feststellen, dass

- der Zuschlag nicht dem Best- oder Billigstbieter erteilt wurde,
- die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgt ist oder
- der Widerruf der Ausschreibung rechtswidrig war.

Die erfolgte Feststellung der Rechtswidrigkeit ist Voraussetzung für die Geltendmachung eines zivilrechtlichen Schadenersatzanspruchs.

7.2.2.1 Nachprüfungsverfahren

Aufgabe dieses Verfahrens ist es, Entscheidungen des Auftraggebers von der Ausschreibung/Bekanntgabe **bis zur Zuschlagserteilung** auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Bisher war es den Bewerbern und Bietern möglich, sämtliche Entscheidungen des Auftraggebers gesondert zu bekämpfen. Mit der Einführung von innerhalb bestimmter Präklusionsfristen gesondert anfechtbaren Entscheidungen, der Subsidiarität des Feststellungsverfahrens und einer Gebührenpflicht verfolgt der Gesetzgeber das Ziel, das Vergaberechtsschutzverfahren insgesamt straffer zu gestalten. Die wichtigsten Neuerungen des BVergG 2002 im Bereich des Rechtsschutzes sind die gesondert anfechtbaren Entscheidungen in Verbindung mit Präklusionsfristen, nach deren Ablauf eine Bekämpfung der Entscheidung nicht mehr möglich ist.

a) Sequenzierung des Vergabeverfahrens durch gesondert anfechtbare Entscheidungen

§ 20 Z 13 BVergG 2002 enthält einen abschließenden Katalog der gesondert anfechtbaren Entscheidungen für jedes Vergabeverfahren. Alle übrigen Entscheidungen des Auftraggebers, welche im Gesetz nicht ausdrücklich genannt werden, sind nicht gesondert anfechtbar und können nur gemeinsam mit der ihnen nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung in einem Nachprüfungsverfahren vor dem BVA angefochten werden.

Im offenen Verfahren sind grundsätzlich nur die Ausschreibung (und allenfalls sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist) sowie die Zuschlagsentscheidung gesondert anfechtbar. Will daher ein Bieter sein Ausscheiden bekämpfen, kann er dies nicht mehr wie bisher isoliert tun, sondern muss die folgende Zuschlagsentscheidung, die die nächstfolgende, gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt, zum Gegenstand seines Nachprüfungsantrags machen.

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

- **Offenes Verfahren:** Ausschreibung, Festlegungen während der Angebotsfrist und Zuschlagsentscheidung.
- **Nicht offenes Verfahren:** Bekanntmachung der Möglichkeit zur Teilnahme, Bewerberauswahl, Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen sowie Zuschlagsentscheidung.
- **Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung:** Bekanntmachung der Möglichkeit zur Teilnahme, Bewerberauswahl, Aufforderung zur Angebotsabgabe, sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist sowie Zuschlagsentscheidung.
- **Offener Wettbewerb mit Verhandlungsverfahren:** Ausschreibung, Einladung der Wettbewerbsgewinner, gegebenenfalls die Zuschlagsentscheidung.
- **Nicht offener Wettbewerb mit Verhandlungsverfahren:** Ausschreibung, Bewerberauswahl, Einladung der Wettbewerbsgewinner und gegebenenfalls Zuschlagsentscheidung.
- **Geladener Wettbewerb mit Verhandlungsverfahren:** Aufforderung zur Teilnahme am Wettbewerb, gegebenenfalls Einladung der Wettbewerbsgewinner und gegebenenfalls Zuschlagsentscheidung.

Der Widerruf der Ausschreibung und die Zuschlagsentscheidung bei der Direktvergabe stellen gemäß § 20 Z 13 BVergG 2002 keine gesondert anfechtbaren Entscheidungen dar und sind entsprechend dem Wortlaut dieser Bestimmung einer Anfechtung im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nicht zugänglich. Im Lichte der Rechtsprechung des EuGH ist es allerdings gemeinschaftsrechtswidrig, den Widerruf der Ausschreibung nicht anfechtbar zu machen, weshalb eine Korrektur dieser Bestimmungen des BVergG 2002 durch den Gesetzgeber erforderlich sein wird.²⁵

²⁵ EuGH 18. 6. 2002, Rs C-92/00 (Hospital Ingenieure); BVA 29. 8. 2002, N-19/02-19 (§ 113 Abs. 2 Z 2 BVergG 1997 bestimmt, richtlinienkonform interpretiert, dass auch der Widerruf der Ausschreibung in einem Nachprüfungsverfahren überprüfbar sein muss).

b) Präklusionsfristen

Die Einführung von Präklusionsfristen soll verhindern, dass Rechtsverstöße, die sich in einem früheren Verfahrensstadium ereignet haben, erst unmittelbar vor der Zuschlagserteilung geltend gemacht werden, wie dies bisher praktisch sehr häufig der Fall war. Das Stellen eines Nachprüfungsantrags ist an Antragsfristen gebunden. Je nach Art der gesondert anfechtbaren Entscheidung bestehen für die einzelnen Verfahrensarten jeweils unterschiedliche Fristen. Weiters sind verkürzte Fristen für das beschleunigte Verfahren sowie unterschiedliche Regelungen für den Ober- und Unterschwellenbereich vorgesehen.

Die Fristen betragen – je nach Art des Vergabeverfahrens und der Entscheidung – zwischen 3 und 28 Tagen. Bei Anfechtung der Zuschlagsentscheidung ist die Stellung eines Nachprüfungsantrags im normalen Verfahren idR innerhalb von 14 Tagen möglich. Da es sich um verfahrensrechtliche Fristen handelt, ist das rechtzeitige Aufgeben des Antrags bei der Post ausreichend. Das Regelungssystem der Präklusionsfristen ist äußerst komplex.²⁶

c) Parteistellung

Antragsteller und Auftraggeber sind immer Partei. Im Nachprüfungsverfahren betreffend die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung kommt außerdem jenen Bietern Parteistellung zu, deren rechtliche Interessen durch die Entscheidung des BVA unmittelbar berührt werden könnten. Bewerber, die von der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verständigt wurden, verlieren ihre Parteistellung, wenn sie nicht spätestens schriftlich binnen einer Frist von einer Woche ab Verständigung oder mündlich in der Verhandlung vor dem BVA einen Teilnahmeantrag stellen.

Die Parteien des Ausgangsverfahrens sind verpflichtet, sich an einem bereits eingeleiteten Nachprüfungsverfahren zu beteiligen, um die Parteistellung nicht zu verlieren. Damit sollen sukzessive Antragstellungen vermieden werden.

In Nachprüfungsverfahren, welche eine andere als die Zuschlagsentscheidung zum Gegenstand haben, sieht das BVergG 2002 für die übrigen Teilnehmer des Vergabeverfahrens keine Parteistellung vor.²⁷

d) Verständigungspflichten

Spätestens bei Einbringung des Nachprüfungsantrags muss der antragstellende Unternehmer den Auftraggeber über die beabsichtigte Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens verständigen. In der Verständigung ist die behauptete Rechtswidrigkeit darzulegen, was auch durch Beischluss des Nachprüfungsantrags erfolgen kann. Wird ein Nachprüfungsverfahren betreffend die Zuschlagsentscheidung eingeleitet, korrespondiert die Verständigungspflicht des Antragstellers mit

²⁶ Eine Übersicht über die wesentlichsten Präklusionsfristen wird zur Verdeutlichung im Anhang beige-schlossen.

²⁷ Dies ergibt ein Umkehrschluss aus § 165 Abs. 2 BVergG.

der Pflicht des Auftraggebers zur unverzüglichen Verständigung der unterlegenen Bieter (§ 163 BVergG 2002).

e) Beschwerdepunkte

Nachprüfungsanträge haben das konkrete Recht, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, zu bezeichnen und diese Rechtsverletzung zu begründen.²⁸ Das BVA ist bei der Prüfung der Anträge an die im Antrag bezeichneten Beschwerdepunkte gebunden. Ein Bieter, der wegen mangelnder Zuverlässigkeit ausgeschieden wurde, kann sein Ausscheiden (es handelt sich hierbei um keine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 20 Z 13 BVergG 2002) erst mit der nächsten anfechtbaren Entscheidung (z.B. Bewerberauswahl oder Zuschlagsentscheidung) bekämpfen. Dabei hat er seine Zuverlässigkeit und in weiterer Folge die Rechtswidrigkeit seines Ausscheidens darzulegen.

f) Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

Ein gültiger Antrag hat gemäß § 166 Abs. 1 BVergG 2002

- die Beschwerdepunkte,
- die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens und der angefochtenen Entscheidung,
- die genaue Bezeichnung des Auftraggebers,
- die zur Beurteilung der Fristgerechtigkeit des Antrags erforderlichen Angaben sowie
- eine Sachverhaltsdarstellung zu enthalten.

Darüber hinaus muss der Antragsteller

- sein Interesse am Vertragsabschluss und
- den durch die Rechtswidrigkeit entstandenen oder drohenden Schaden darlegen.

Ein Nachprüfungsverfahren ist unzulässig, wenn in der Sache bereits ein Schlichtungsverfahren, das zu einer gütlichen Einigung geführt hat, stattgefunden hat. Dies gilt nicht, wenn der Antragsteller glaubhaft macht, dass sich der andere Streitteil nicht an die Schlichtungsvereinbarung gehalten hat.

Eine mündliche Verhandlung vor dem BVA findet statt, wenn das BVA diese für erforderlich hält oder wenn ein entsprechender Antrag des Beschwerdeführers vorliegt.

g) Entscheidung des BVA

Das BVA kann einen Nachprüfungsantrag ablehnen, wenn bereits aus diesem offensichtlich hervorgeht, dass die behauptete Rechtsverletzung nicht vorliegt oder keinen Einfluss auf das weitere Verfahren hat oder dass der Antragsteller keinen Schaden hat oder hatte. Kommt das BVA

²⁸ Dies gilt auch für Teilnehmeanträge.

zum Ergebnis, dass der Antrag begründet ist, so hat es die im Zuge des Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung für nichtig zu erklären, wenn sie

- im Widerspruch zu den Bestimmungen des BVergG 2002 oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht **und**
- für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

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 innerhalb von zwei Monaten bzw. einem Monat (im Unterschwellenbereich) nach Antragstellung treffen.

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

h) Vorläufiger Rechtsschutz

Ein Bewerber oder Bieter, der einen Nachprüfungsantrag auf Nichtigerklärung einer im Zuge des Vergabeverfahrens ergangenen Entscheidung einbringt, hat die Möglichkeit, vorläufigen Rechtsschutz im Wege **einer einstweiligen Verfügung** zu erlangen. Der Antrag auf einstweilige Verfügung kann frühestens gleichzeitig mit Einbringen des Nachprüfungsantrags beim BVA gestellt werden. Daraus folgt, dass das BVergG 2002 vorläufigen Rechtsschutz nur gegen gesondert angefechtbare Entscheidungen vorsieht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat die gesetzlichen Formalerfordernisse zu erfüllen.

Der Senatsvorsitzende prüft die Erforderlichkeit der Maßnahme und nimmt eine Interessenabwägung zwischen den Interessen der Öffentlichkeit, jenen des Auftraggebers und der Bieter vor.

Grundsätzlich kommt dem Antrag auf einstweilige Verfügung – wie auch dem Nachprüfungsantrag – keine aufschiebende Wirkung zu. Erst mit der stattgebenden Entscheidung des BVA über den Antrag tritt eine Entscheidungssperre für den Auftraggeber ein. Wird im Antrag jedoch die Aufschiebung der Öffnung der Angebote oder die Aufschiebung der Zuschlagserteilung begehrt, entfaltet bereits der Antrag auf einstweilige Verfügung bis zur Entscheidung durch den Senatsvorsitzenden **aufschiebende Wirkung**, da andernfalls ein effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet werden könnte. Die einstweilige Verfügung wird amtswegig aufgehoben, wenn die Voraussetzungen nicht mehr vorliegen. Zwei Monate nach Antragstellung tritt sie aber jedenfalls außer Kraft.

7.2.2.2 Feststellungsverfahren

Das Feststellungsverfahren vor dem BVA ist ein **subsidiäres** Verfahren, in welchem Rechtswidrigkeiten, die während des Vergabeverfahrens passiert sind, festgestellt werden. Im Anschluss daran

kann zivilgerichtlicher Schadenersatz begehrt werden. Die Einleitung eines Feststellungsverfahrens ist erst nach Bekanntgabe der Zuschlagserteilung, der Direktvergabe oder des Widerrufs möglich.

Die Entscheidung des BVA beschränkt sich auf den Ausspruch, dass

- der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2002 oder die hierzu ergangenen Verordnungen nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde,
- der Widerruf der Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz rechtswidrig war²⁹ oder
- die Wahl der Direktvergabe nicht zu Recht erfolgte.

Das Feststellungsverfahren ist **subsidiärer** Natur, d. h. es ist nur dann zulässig, wenn die geltend gemachte Rechtswidrigkeit nicht bereits in einem Nachprüfungsverfahren angefochten hätte werden können oder wenn in der Sache zwar aufgrund eines Schlichtungsversuchs eine gütliche Einigung zustande gekommen ist, die gegnerische Partei sich jedoch nicht daran gehalten hat.

Das BVA prüft nur im Rahmen der im Antrag genannten Beschwerdepunkte. Voraussetzung für die Zulässigkeit des Antrags ist – wie auch im Nachprüfungsverfahren –, dass der Antragsteller sein Interesse am Vertragsschluss geltend macht und ihm durch die Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist.

Die **Antragsfrist** beträgt 6 Wochen ab Kenntnis des Zuschlags, des Widerrufs oder der Direktvergabe. Die Einleitung eines Feststellungsverfahrens ist noch bis zu insgesamt 6 Monaten danach möglich, sofern die Partei erst innerhalb dieser Zeit Kenntnis von der Rechtswidrigkeit erlangen konnte. Die Frist bleibt gewahrt, wenn der Antrag innerhalb 6 Wochen bzw. 6 Monaten beim BVA eingelangt ist.

Gegenanträge des Auftraggebers und des Zuschlagsempfängers auf Feststellung, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2002 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, sind im Feststellungsverfahren zur Überprüfung der Zuschlagserteilung und der Rechtmäßigkeit des Widerrufs zulässig.

Die **Pflicht zur Verständigung** von der Einleitung eines Feststellungsverfahrens durch den Antragsteller gegenüber dem Auftraggeber löst eine entsprechende Verpflichtung des Auftraggebers gegenüber dem Zuschlagsempfänger (bei der Direktvergabe), den verbliebenen Bietern (beim Feststellungsverfahren betreffend die Zuschlagserteilung) oder allen Bewerbern und Bietern (im Falle des Widerrufs des Verfahrens) aus. Die Parteien, die von der Einleitung eines Feststellungsverfahrens verständigt wurden, verlieren ihre Parteistellung, wenn sie keine fristgerechten Teilnahmeanträge gestellt haben.

²⁹ Zum Widerruf der Ausschreibung siehe FN 25.

7.2.2.3 Gebühren

Zur Abdeckung der durch die Neuorganisation des Rechtsschutzes verursachten Mehrkosten hat der Gesetzgeber eine Gebührenpflicht für die Inanspruchnahme der Rechtsschutzverfahren vor dem BVA eingeführt. Das Schlichtungsverfahren vor der B-VKK ist gebührenfrei.

Da es sich um eine Pauschalgebühr handelt, sind die Art des Auftrags und des Vergabeverfahrens nicht maßgeblich für die zu entrichtenden Höhe. In concreto sehen die Gebührensätze folgendermaßen aus:

Direktvergaben: EUR 200,–

Unterschwellenbereich: Bauaufträge EUR 600,– / EUR 2.500,– Liefer- und Dienstleistungsaufträge EUR 300,– / EUR 350,– / EUR 800,–

Oberschwellenbereich: Bauaufträge EUR 5.000,–; Liefer- und Dienstleistungsaufträge EUR 1.600,– (Anhang X zum BVergG 2002)³⁰

Die Gebühr für einen Teilnahmeantrag einer mitbeteiligten Partei beträgt 50% des vorgesehenen Gebührensatzes.

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 obsiegt. § 177 Abs. 5 BVergG 2002 sieht nämlich vor, dass der Antragsteller bereits bei teilweisem Obsiegen Anspruch auf **Rückerstattung** der entrichteten Pauschalgebühr durch den Auftraggeber hat.

7.2.2.4 Landesrechtliche Besonderheiten

Das Schlichtungsverfahren und die Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren sind in den Ländern großteils bei einer Behörde angesiedelt. Die zuständige Vergabekontrollbehörde ist (mit Ausnahme von Salzburg und Wien) der **UVS im jeweiligen Land**. Dieser entscheidet grundsätzlich in Dreiersenaten (Wien: Senat aus 7 Mitgliedern), ab 1. 3. 2003 entscheiden die UVS jedoch in den Angelegenheiten der Nachprüfung einschließlich der Erlassung einstweiliger Verfügungen im Unterschwellenbereich durch Einzelmitglied.³¹ Mit dieser Maßnahme soll dem im Zuge der Erweiterung des vergabespezifischen Rechtsschutzes auf den Unterschwellenbereich zu erwartenden Anstieg an Nachprüfungsverfahren in den Ländern Rechnung getragen werden.

In **inhaltlicher Hinsicht** (insbesondere Präklusionsfristen, Verständigungspflichten, nicht gesondert und gesondert anfechtbare Entscheidungen, einstweiliger Rechtsschutz) haben die Länder die

³⁰ Aufgrund eines technischen Versehens fehlen im BVergG 2002 die Zahlen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Die Gebühren für die Inanspruchnahme des BVergG 2002 sind nunmehr vollständig geregelt in der VO 09/2002 BGBl II 324/2002.

³¹ BGBl 117/2002.

Bestimmungen des **BVergG 2002** größtenteils wortgleich übernommen. Abweichungen in den Landesvergabekontrollgesetzen werden in der untenstehenden Tabelle übersichtlich 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.

7.2.2.5 Wesentliches für Auftraggeber

Sobald die jeweiligen Präklusionsfristen verstrichen sind, ohne dass sich ein Bieter/Bewerber beschwert hat, kann der Auftraggeber von der Gültigkeit seines diesbezüglichen Vergabeakts ausgehen. Das bedeutet in Bezug auf die Ausschreibungsunterlagen und alle darin festgelegten Entscheidungen, dass sie spätestens 1 Woche vor Ende der Frist zur Abgabe der Teilnahmeunterlagen bzw. Angebote „anfechtungssicher“ werden.

Sobald ein Auftraggeber von einem Bieter darüber verständigt wird, dass dieser gegen die Zuschlagsentscheidung ein Nachprüfungsverfahren oder gegen einen Widerruf ein Feststellungsverfahren beantragt hat, hat er davon alle übrigen Bieter/Bewerber zu verständigen.

Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem die Öffnung der Angebote oder die Erteilung des Zuschlags aufgeschoben wird, entfaltet aufschiebende Wirkung. Die Angebote dürfen nicht geöffnet werden. Der Zuschlag darf – bei sonstiger Nichtigkeit – nicht erteilt werden.

In einem Feststellungsverfahren hat der Auftraggeber zu beantragen, dass – ungeachtet der Vorwürfe des Beschwerdeführers – dieser ohnehin keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte.

Übersicht Nachprüfungsbehörden und -verfahren anhand der Entwürfe der jeweiligen Landesgesetze

Bundesland	Nachprüfungsbehörde	Besonderheiten
Burgenland	UVS	<p>Terminologie: Das burgenländische V-NPG fasst unter dem Oberbegriff Nachprüfungsverfahren das Nichtigerklärungs- und Feststellungsverfahren zusammen. Inhaltlich entsprechen diese Verfahren den Kontrollverfahren vor dem BVA.</p> <p>Wird beim UVS nach Zuschlagserteilung ein Antrag auf Nichtigerklärung ein- gebracht, leitet dieser, gebührenfrei, den Antrag in ein Feststellungsverfahren über. Ein selbständiger Feststellungsantrag muss nicht mehr gestellt werden.</p> <p>Terminologie: Nachprüfungsverfahren/Feststellungsverfahren.</p> <p>Im Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz (K-VergRG) ist ausdrücklich ein Ablehnungsrecht der Parteien für Mitglieder des UVS vorgesehen (§ 9 K-VergRG). Das K-VergRG tritt am 1. 7. 2003 in Kraft.</p>
Kärnten	UVS	<p>Terminologie: Unter dem Oberbegriff Nachprüfungsverfahren werden das Nachprüfungs- und das Feststellungsverfahren des BVergG zusammengefasst. Inhaltlich besteht Übereinstimmung.</p> <p>Terminologie: Das Oö Vergabe-NachprüfungsG regelt das Nachprüfungsverfahren vor und nach der Zuschlagserteilung. Inhaltlich entsprechen diese Verfahren den Kontrollverfahren vor dem BVA.</p>
Niederösterreich	UVS	<p>Aufgrund des obligatorischen Schlichtungsverfahrens in Oberösterreich bestimmt das Vergabe-NachprüfungsG, dass für die Zulässigkeit eines Nachprüfungs- antrags der Nachweis der vorherigen Befassung der Schlichtungsstelle erforderlich ist (§ 8 Abs. 1).</p>
Oberösterreich	UVS	<p>Terminologie: Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren werden unter dem Oberbegriff Nachprüfungsverfahren zusammengefasst.</p> <p>Entscheidung durch den VKS: Entscheidung grundsätzlich in Dreiersenaten, eine Entscheidung durch Einzelmitglied erfolgt im Unterschwellenbereich (Einzelmitglied muss kein Richter sein) sowie im Oberschwellenbereich bei Erlassung einstweiliger Verfügungen (Einzelmitglied muss dem Richterstand angehören).</p>
Salzburg	<p>Vergabekontrollsenat</p> <p><u>Zusammensetzung:</u> Dieser ist eine Kollegial- behörde mit richterlichem Einschlag gem. Art 133 Zlf. 4 B-VG. Der VKS setzt sich aus einem Vorsitzenden, seinem Stellvertreter sowie der erforderlichen Anzahl weiterer Mitglieder zusammen, wobei Vorsitzender und Stellvertreter dem Richterstand angehören. Die Mitglieder sind in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden.</p>	<p>Terminologie: Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren werden unter dem Oberbegriff Nachprüfungsverfahren zusammengefasst.</p> <p>Entscheidung durch den VKS: Entscheidung grundsätzlich in Dreiersenaten, eine Entscheidung durch Einzelmitglied erfolgt im Unterschwellenbereich (Einzelmitglied muss kein Richter sein) sowie im Oberschwellenbereich bei Erlassung einstweiliger Verfügungen (Einzelmitglied muss dem Richterstand angehören).</p>

Bundesland	Nachprüfungsbehörde	Besonderheiten
Steiermark	UVS	<p><u>Terminologie:</u> Der Begriff der „Nachprüfung“ fungiert als Oberbegriff für das Nichtigerklärungs- und das Feststellungsverfahren. Einheitliche Entscheidungsfrist für Nachprüfungsverfahren im Ober- und Unterschwellenbereich (zwei Monate).</p>
Tirol	UVS	<p><u>Terminologie:</u> Unter dem Oberbegriff Nachprüfung werden das Nachprüfungsverfahren und das Feststellungsverfahren des BVergG zusammengefasst. Inhaltlich ist der Rechtsschutz geregelt wie im BVergG.</p>
Vorarlberg	UVS	<p><u>Terminologie:</u> Vorarlberg unterscheidet bei den Nachprüfungsverfahren zwischen dem Nichtigerklärungs- und dem Feststellungsverfahren. Im Unterschied zum BVergG verlangt das Vorarlberger Vergabenauchprüfungs-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 Rechtswidrigkeit vom Auftraggeber nur auf Anfrage bekannt zu geben. Damit soll verhindert werden, dass dieser zu umfangreiche Feststellungsanträge elektronisch kundmachen muss (§ 7 Abs. 3 VergNG).</p> <p>Bewerber und Bieter, deren rechtliche Interessen durch ein Nachprüfungsverfahren berührt werden, können ihre Teilnahmeanträge ausschließlich schriftlich stellen. Das VergNG sieht eine Verwaltungsabgabe in max. Höhe von EUR 3.600,- vor. Die Frage der ordnungsgemäßen Entrichtung der Abgabe wird getrennt von der Frage der Zulässigkeit des Antrags beurteilt. Eine verspätete Entrichtung führt daher nicht zur Unzulässigkeit des Antrags. Die Abgabe wird mittels Bescheid festgesetzt. Eine Rückerstattung im Falle des Obsiegens des Antragstellers ist ausgeschlossen.</p> <p>Teilnahmeanträge können ausschließlich schriftlich gestellt werden.</p>
Wien	Vergabekontrollsenat	<p><u>Terminologie:</u> Unter dem Oberbegriff Nachprüfungsverfahren werden das Nachprüfungs- und das Feststellungsverfahren des BVergG 2002 zusammengefasst. <u>Entscheidung durch den VKS:</u> derzeit 7 Mitglieder.</p> <p><u>Mündliche Verhandlung:</u> Nur auf Antrag oder wenn es der Vergabekontrollsenat für erforderlich hält.</p> <p><u>Gebühren und Gebührensatz:</u> Wie nach BVergG 2002, wobei Anträge auf Feststellung von Rechtsverstößen nicht gebührenpflichtig sind.</p> <p><u>Fristeinseitige Verfügung:</u> Oberschwellenbereich maximal 2 Monate und im Unterschwellenbereich maximal 1 Monat.</p> <p>Auch im Übrigen inhaltlich wie BVergG 2002.</p>

7.3 RECHTSSCHUTZ DURCH ORDENTLICHE ZIVILGERICHTE

Öffentliche Aufträge sind privatrechtliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und privaten Unternehmen. Das Vergabeverfahren an sich 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 in weiterer Folge auch für das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem bestimmend.

7.3.1 Schadenersatzverfahren

Die Zuerkennung von Schadenersatz an übergangene Bieter oder Bewerber fällt in den Zuständigkeitsbereich der ordentlichen Zivilgerichte. Das BVergG 2002 enthält jedoch diesbezügliche materiell-rechtliche und verfahrensrechtliche Sonderbestimmungen.

Ein übergangener Bewerber, Bieter oder Bestbieter hat bei schuldhafter Verletzung des BVergG 2002 oder der auf dessen Grundlage ergangener Verordnungen gegen den Auftraggeber, dem das Verhalten der vergebenden Stelle zuzurechnen ist, Anspruch auf Schadenersatz. Das BVergG 2002 normiert zunächst nur den Ersatz des Vertrauensschadens, der die Kosten der Anbotstellung und die Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren umfasst. Weitergehende, dem übergangenen Bestbieter jedoch nur alternativ zustehende Schadenersatzansprüche, bleiben davon unberührt und können vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden.

Der öffentliche Auftraggeber ist zur Gleichbehandlung der Bieter oder Bewerber und zur Vergabe nach objektiven Kriterien verpflichtet.³² 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 2002 ist der Bieter oder Bewerber so zu stellen, als hätte er nie auf eine solche echte Chance auf Zuschlagserteilung vertraut und es ist ihm somit der Vertrauensschaden (auch über die im BVergG 2002 ersatzfähigen Kosten hinaus) zu ersetzen.

Bereits wiederholt hat der Oberste Gerichtshof (OGH) ausgesprochen, dass dem übergangenen Bieter **auch das Erfüllungsinteresse** zugesprochen werden kann, wenn der Vertrag ohne die Verletzung vergabegesetzlicher Vorschriften zustande gekommen wäre.³³ 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.

Die Verletzung von Vergabevorschriften kann nach der Judikatur des OGH auch direkt aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis abgeleitete Unterlassungsansprüche zur Folge haben. In diesen Fällen ist zwecks Schadensvermeidung dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung mittels einstweiliger Verfügung zu untersagen.³⁴

³² OGH 19. 10. 1994, 7 Ob 568/94 = SZ 67/182 und die ständige Judikatur.

³³ OGH 27. 06. 2001, 7 Ob 148/01t; 27. 6. 2001, 7 Ob 200/00p.

³⁴ OGH 28. 1. 1997, 4 Ob 2360/96d = WBI 1997, 217 = RdW 1997, 401.

Zulässigkeitsvoraussetzung für die Einbringung einer Schadenersatzklage ist ein Feststellungsbescheid des BVA, wonach der Zuschlag entgegen den Bestimmungen des BVergG 2002 nicht dem Best- oder Billigstbieter erteilt wurde bzw. der Widerruf des Vergabeverfahrens rechtswidrig war. Stellt das BVA – auf Antrag des Auftraggebers – fest, dass der Geschädigte auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2002 keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, besteht kein Anspruch auf Schadenersatz. Dasselbe gilt für den Fall, dass der Schaden im Zuge eines Rechtsmittels oder einer Beschwerde an den VfGH oder VwGH vom Geschädigten hätte abgewendet werden können.

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.

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.

In den Landesvergaberechtsschutzgesetzen ist für die Geltendmachung eines gerichtlichen Schadenersatzanspruchs das Vorliegen einer Entscheidung der Nachprüfungsinstanz nicht erforderlich. Übergangenen Bietern steht nach Zuschlagserteilung unabhängig von der Anhängigmachung eines Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekontrollbehörden der Länder die Möglichkeit offen, Schadenersatzklage bei den ordentlichen Zivilgerichten einzubringen. Eine Bindungswirkung der Gerichte an eine allfällige Entscheidung der Vergabekontrollbehörde wird von der herrschenden Lehre bejaht.³⁵

7.3.2 Wettbewerbsrecht

Auch im Verhältnis der Bieter untereinander entfalten die Vergaberechtsbestimmungen bindende Wirkung, schützen sie doch auch die Bieter vor unlauteren Vorgangsweisen. Das BVergG 2002 selbst enthält keine dem einzelnen Bieter gegen Mitbieter eingeräumte Ansprüche wegen Verletzung der Vergaberechtsvorschriften. Die gesetzliche Grundlage zur Durchsetzung von Unterlassungsansprüchen gegen Mitbieter bildet § 1 UWG.

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.³⁶

Mit einem Unterlassungsanspruch gemäß § 1 UWG kann auch unmittelbar dem Auftraggeber die Vergabe von Lieferaufträgen ohne vorangehende Ausschreibung untersagt werden.³⁷

³⁵ Antoniulli/Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht³, 80 ff.

³⁶ OGH 13. 9. 1999, 4 Ob 155/99v.

³⁷ OGH 12. 3. 1996, 4 Ob 10/96.

7.4 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.

7.4.1 Kommission der Europäischen Gemeinschaften

7.4.1.1 Korrekturmechanismus

Bei einem klaren und eindeutigen Verstoß gegen die im Gemeinschaftsrecht enthaltenen Vergabevorschriften 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 entsprechenden Unterlagen zum bemängelten Verfahren sind gemäß den innerstaatlichen Vorgaben³⁸ 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.

7.4.1.2 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 2002 erlangen.³⁹ Dadurch soll das Vertrauen der Bewerber in eine ordnungsgemäße Vergabe gestärkt und mögliche Rechtswidrigkeiten in den Vergabeverfahren der Auftraggeber von vornherein vermieden werden.

7.4.1.3 Außerstaatliche Schlichtung

Ein Schlichtungsverfahren kann von jedem potentiellen Sektorenauftraggeber, der behauptet, dass ihm aufgrund rechtswidriger Vorgehensweise im Vergabeverfahren ein Schaden entstanden

³⁸ § 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.

³⁹ Als Akkreditierungsstelle fungiert gemäß § 8 AkkG der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit.³⁷

ist oder zu entstehen droht, vor der Kommission beantragt werden. Das Schlichtungsverfahren beruht auf Freiwilligkeit und hat eine gütliche Einigung zum Ziel.

7.4.2 Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften

7.4.2.1 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 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.

7.4.2.2 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 UVS⁴⁰ als auch die besonderen Vergabekontrollbehörden (Vergabekontrollsenate Salzburg und Wien)⁴¹ können Vorlagefragen stellen, sind dazu aber nicht verpflichtet. Der B-VKK und den Schlichtungskommissionen der Länder kommt keine Gerichtseigenschaft zu.

⁴⁰ EuGH 4. 3. 1999, Rs C-258/97 (UVS Kärnten).

⁴¹ EuGH 4. 2. 1999, Rs C-103/97 (Tiroler Landesvergabeamt).

Kapitel 8

ANTWORTEN AUF HÄUFIGE VERGABE- RECHTLICHE FRAGEN VON GEMEINDEN

8.1 KÖNNEN GRÖßERE VORHABEN (Z.B. WASSER- UND KANALANLAGEN) GETRENNT AUSGESCHRIEBEN WERDEN? GELTEN SIE BEI DER SCHWELLENWERTBERECHNUNG ALS EIN AUFTRAG UND IST EIN EINHEITLICHER AUFTRAG ZWINGEND?

Es ist zwischen der Schwellenwertberechnung einerseits und der Möglichkeit einer getrennten Ausschreibung andererseits zu unterscheiden. Leistungen können grundsätzlich immer getrennt ausgeschrieben werden. Die Grenze zieht das Gebot der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit.

Dagegen ist in die Schwellenwertberechnung alles mit einzurechnen, was Teil eines möglichen Gesamtauftrags ist. Bei Bauaufträgen ist auf den Bauwerksbegriff abzustellen, also darauf, ob ein Vorhaben eine wirtschaftliche und technische Einheit ist. Dies ist bei einer Wasser- und Kanalanlage grundsätzlich zu verneinen. Sie dienen nicht einem einheitlichen Zweck und werden in der Regel auch getrennt geführt. Wenn dagegen Wasser- und Kanalleitungen in einem verlegt werden, können sie Teil desselben Bauwerks sein.

8.2 INWIEWEIT UNTERLIEGEN KREDITAUFNAHMEN DEM BVERGG 2002? WIE WIRD IHR AUFTRAGSWERT BERECHNET?

Soweit Darlehen der Finanzierung der öffentlichen Schulden von Gebietskörperschaften (z.B. Gemeinden) dienen, also Teil des „Public Debt Management“ sind, unterliegen sie **nicht** dem BVergG 2002. Dagegen unterliegen Kreditaufnahmen für Betriebe mit marktbestimmter Tätigkeit oder Kreditaufnahmen ausgegliederter Rechtsträger dem BVergG 2002.

Der Auftragswert einer auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Finanzdienstleistung ergibt sich aus der Multiplikation der 4fachen Jahresprämie (bei Versicherungsleistungen) bzw. der 4fachen Jahresentgelte/Gebühren, Provisionen, Zinsen bei sonstigen Finanzdienstleistungen wie z.B. Bankleistungen.

8.3 WENN EIN BÜRGERMEISTER Z.B. EINEN BAUAUFTRAG OHNE GEMEINDERATSBESCHLUSS BZW. GEGEN EINEN GEMEINDERATSBESCHLUSS ERTEILT, GIBT ES IN DIESEM FALL EINEN WIDERRUF?

Zu hinterfragen ist zunächst, ob den übrigen Bietern die Zuschlagsentscheidung 14 Tage vor Vergabe des Bauauftrags bekannt gegeben wurde. Ist dies nicht der Fall, ist die Erteilung des „Baufauftrags“ durch den Bürgermeister nichtig. Wurde dagegen die Vergabeentscheidung korrekterweise bekannt gemacht und kannte der Auftragnehmer allfällige (interne) Einschränkungen des Bürgermeisters nicht, ist der Auftrag gültig und kann nicht für nichtig erklärt werden. Selbstverständlich haftet der Bürgermeister für seine gegen die Gemeindeordnung verstoßende Handlung.

8.4 INWIEWEIT UNTERLIEGEN BAU- ODER DIENSTLEISTUNGS-AUFTRÄGE VON AUSGEGLIEDERTEN RECHTSTRÄGERN EINER GEMEINDE DEM BVERGG 2002? SPIELT DIE BETEILIGUNG DER ÖFFENTLICHEN HAND AN DIESEN AUSGEGLIEDERTEN RECHTSTRÄGERN EINE ROLLE?

Dem BVergG 2002 unterliegen – neben Bund, Ländern und Gemeinden – Rechtsträger, die vom Bund, Land oder Gemeinde beherrscht werden **und** eine im Allgemeininteresse gelegene Aufgabe nicht gewerblicher Art erfüllen. Die Beherrschung durch die öffentliche Hand kann bereits bei einer Beteiligung an einem Unternehmen gegeben sein, die geringer ist als 50% (z.B. dann, wenn die öffentliche Hand das Sonderrecht der Bestellung der Geschäftsführer hat). Dagegen ist eine 100%ige Gemeindegesellschaft vom BVergG 2002 ausgenommen, wenn diese Gesellschaft ausschließlich gewerbliche Tätigkeiten, wie z.B. Betrieb eines Installationsunternehmens durchführt. **In der Regel** ist aber damit zu rechnen, dass ausgegliederte Gemeinde-GmbHs dem BVergG 2002 unterliegen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil es ausreicht, dass diese Gemeinde-GmbH zu einem geringfügigen Teil eine Aufgabe im Allgemeininteresse nicht gewerblicher Art erfüllt.

8.5 UNTERLIEGEN IMMOBILIENLEASINGVERTRÄGE MIT GEMEINDEN EBENFALLS DEM BVERGG 2002?

Es ist zu unterscheiden zwischen echten „Operating Leasingverträgen“, also reinen Mietverträgen bereits bestehender Gebäude, die nicht entsprechend den Anforderungen der Gemeinde errichtet wurden. Derartige reine Mietverträge unterliegen nicht dem BVergG 2002.

Dagegen unterliegen „Financial Immobilienleasingverträge“ dem BVergG 2002. Dies gilt insbesondere bei jener Art von Leasingverträgen, bei denen die Gemeinde die Errichtung eines Gebäudes mitbestimmt. In diesem Fall ist von einem Bauauftrag auszugehen.

8.6 WIE IST BEI KÜNSTLERISCHEN AUFTRAGSVERGABEN VERGABERECHTLICH VORZUGEHEN (Z.B. ARCHITEKTENLEISTUNGEN)?

Echte künstlerische Auftragsvergaben (z.B. Malen eines Gemäldes, Engagement der Wiener Sängerknaben für Weihnachtskonzert) können im Verhandlungsverfahren ohne vorangehende Bekanntmachung oder mittels Direktvergabe vergeben werden.

Anders ist der Fall bei Auftragsvergaben, bei denen der künstlerische Aspekt hinter **den funktionalen Aspekt** zurücktritt, wie z.B. Architektenleistungen. In diesem Fall kann die Ausschreibung im Wettbewerb möglich sein. Der Wettbewerb hat im Oberschwellenbereich nach Bekanntmachung zu erfolgen. Im Unterschwellenbereich ist sogar der geladene Wettbewerb zulässig, wenn dem Auftraggeber eine ausreichende Anzahl an geeigneten Wettbewerbern bekannt ist. Beim Wettbewerb hat eine Sachverständigenjury das beste Projekt/den besten Plan zu wählen. Mit dem Sieger des Wettbewerbs kann ein Dienstleistungsvertrag direkt ausverhandelt werden.

8.7 KÖNNEN SKONTI ODER SONSTIGE NACHLÄSSE BEIM VERGLEICH VON ANGEBOTEN BERÜCKSICHTIGT WERDEN?

Dies ist sogar geboten. Auch beim Billigstbieterprinzip sind allfällige Nachlässe oder Skonti zu berücksichtigen, wobei in den Ausschreibungsunterlagen dazu eine nähere Regelung erforderlich ist.

Soweit „sonstige Nachlässe“ an die Annahme von Bedingungen geknüpft sind, die nicht Gegenstand der Ausschreibung sind (darüber hinausgehen), liegt in diesem Punkt ein Alternativangebot vor. Dieses Alternativangebot (d. h. der sonstige Nachlass) kann nur akzeptiert werden, wenn diese Bedingung dem ausgeschriebenen Amtsentwurf gleichwertig ist und rechtliche Alternativen zugelassen sind. Jedenfalls zu berücksichtigen sind dagegen „sonstige Nachlässe“, die an keine Bedingungen geknüpft sind, sondern pauschal für den konkreten Auftrag angeboten werden.

Für den Fall, dass Skonti angeboten werden, sollten die Ausschreibungsunterlagen entsprechende Vorgaben enthalten, also z.B. eine Umrechnung des ökonomischen Vorteils des Skontos im Vergleich zu der ausgeschriebenen Variante. Wenn dagegen alternative Zahlungsbedingungen nicht ausgeschrieben sind, liegt ein Alternativangebot vor, für das das oben Gesagte gilt. Bei der Gleichwertigkeitsprüfung sind die Vor- und Nachteile des Skonti/Nachlässe zu berücksichtigen.

8.8 WIE IST DIE BETEILIGUNG EINES BIETERS AN MEHREREN BIETERGEMEINSCHAFTEN BZW. EINERSEITS ALS BIETER UND ANDERERSEITS ALS SUBUNTERNEHMER ZU WERTEN?

Unzulässig ist die Teilnahme eines Bieters an mehreren Bietergemeinschaften. Er und die Bietergemeinschaft sind auszuschneiden.

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 nahe legen. Wettbewerbswidrige Absprachen sind dabei – ohne weiteren Anhaltspunkt – nicht zu vermuten.

Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht wäre 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 sich selbst günstigere Konditionen gewährt als Dritten, ist zumindest so lange unbedenklich, als dieser Bieter nicht in Bezug auf sein Produkt als „marktbeherrschend“ gewertet werden kann und diese Differenzierung nicht sachlich gerechtfertigt ist.

Kurz: Die Teilnahme eines Bieters an mehreren Bietergemeinschaften ist unzulässig und hat das Ausscheiden dieser Bietergemeinschaft und jener Bieter, die daran beteiligt sind, zur Folge. Dagegen ist die Abgabe eines Angebots als Bieter und gleichzeitig als Subunternehmer grundsätzlich zulässig, sofern keine besonderen Umstände hinzutreten (unsachliche Bevorzugung einzelner Mitkonkurrenten bzw. unsachliche Diskriminierung der übrigen Bieter, wenn der Bieter ein marktbeherrschendes Unternehmen ist).

ANHANG

9.1 PRIORITÄRE UND NICHT-PRIORITÄRE DIENSTLEISTUNGEN (= ANHANG III UND IV BVERGG 2002)

Prioritäre Dienstleistungen

Kategorie	Titel	CPC-Referenz-Nr.
1	Instandhaltung und Reparatur	6112, 6122, 633, 886
2	Landverkehr ¹ 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 ¹ sowie Luftpostbeförderung	71235, 7321
5	Fernmeldewesen	752
6	Finanzielle Dienstleistungen a) Versicherungsleistungen b) Bankleistungen und Wertpapiergeschäfte ²	ex 81, 812, 814
7	Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten	84
8	Forschung und Entwicklung ³	85
9	Buchführung, -haltung und -prüfung	862
10	Markt- und Meinungsforschung	864
11	Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten ⁴	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

¹ Ohne Eisenbahnverkehr der Kategorie 18.

² Siehe aber § 6 Abs. 1 Z 10.

³ Siehe aber § 6 Abs. 1 Z 12.

⁴ Siehe aber § 6 Abs. 1 Z 9.

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 Spor	96
27	Sonstige Dienstleistungen	

9.2 MINDESTBEKANNTMACHUNGSBEDINGUNGEN IM UNTERSCHWELLENBEREICH (= ANHANG VIII BVERGG 2002)

Die Bekanntmachung hat jedenfalls zu enthalten (zwingende Angaben):

- Bezeichnung des Auftraggebers;
- 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.

Im offenen Verfahren und bei Durchführung einer E-Auktion ohne beschränkte Teilnehmerzahl 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;
- Bestimmung über den allfälligen Erlag eines Vadiums;
- Zulässigkeit von Teilangeboten;
- Beschränkung oder Unzulässigkeit von Alternativangeboten;
- Hinweise auf automationsunterstützte Angebotslegung.

Im nicht offenen oder im Verhandlungsverfahren und bei Durchführung einer E-Auktion mit beschränkter Teilnehmeranzahl 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.

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.

9.3 PRÄKLUSIONSFRISTEN NACH DEM BVERGG 2002

Übersicht über die Fristen für gesondert anfechtbare Entscheidungen

Oberschwellenbereich – Offene und nicht offene Verfahren				
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einhaltende Fristen für Anträge beim BVA		Besonderheiten
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren	
Offenes Verfahren	Ausschreibung	14 Tage vor Ablauf Angebotsfrist	7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist	
	Sonstige Festlegungen des Auftraggebers während der Angebotsfrist	14 Tage ab Kenntniserlangung	7 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	7 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung	Ausschreibung	7 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	3 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	
	Bewerberswahl	14 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	7 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	
	Aufforderung zur Angebotsabgabe	14 Tage nach Zugang der Aufforderung	Gemäß § 48: 7 Tage nach Zugang der Aufforderung Gemäß § 49: 3 Tage nach Zugang der Aufforderung	
	Sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist	14 Tage ab Kenntniserlangung	Gemäß § 48: 7 Tage nach Kenntniserlangung Gemäß § 49: 3 Tage nach Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	7 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	

Oberschwellenbereich – Verhandlungsverfahren				
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einzuhaltende Fristen für Anträge beim BVA		Besonderheiten
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren	
Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung	Ausschreibung	7 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	3 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	
	Bewerberswahl	14 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	7 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	
	Aufforderung zur Angebotsabgabe	14 Tage nach Zugang der Aufforderung	7 Tage nach Zugang der Aufforderung	
	Sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. Angebotsfrist	14 Tage ab Kenntniserlangung	7 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	7 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
	Aufforderung zur Angebotsabgabe	14 Tage nach Zugang der Aufforderung	7 Tage nach Zugang der Aufforderung	
	Sonstige Festlegungen während der Verhandlungsphase bzw. Angebotsfrist	14 Tage nach Kenntniserlangung	7 Tage nach Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	

Oberschwellenbereich – Wettbewerbsverfahren			
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einzuhaltende Fristen für Anträge beim BVA	
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren
Offener Wettbewerb mit Verhandlungsverfahren	Ausschreibung	14 Tage vor Ablauf der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten	
	Einladung der Wettbewerbsgewinner	14 Tage nach Zugang der Entscheidung über den Wettbewerbsgewinner, welcher zum Verhandlungsverfahren berechtigt ist	
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
Nicht offener Wettbewerb mit Verhandlungsverfahren	Ausschreibung	14 Tage vor Ablauf der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten	
	Bewerberswahl	14 Tage ab Bekanntgabe der Auswahl	
	Einladung der Wettbewerbsgewinner	14 Tage nach Zugang der Entscheidung über den Wettbewerbsgewinner, welcher zum Verhandlungsverfahren berechtigt ist	
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	

Oberschwellenbereich – Sonstige Vergabeverfahren				
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einzuhaltende Fristen für Anträge beim BVA		Besonderheiten
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren	
Prüfungssystem	Ablehnung des Antrages auf Aufnahme Aberkennung der Qualifikation	14 Tage ab Bekanntgabe der Ablehnung 14 Tage ab Bekanntgabe der Aberkennung		
Aufruf zum Wettbewerb durch regelmäßige Bekanntmachung	Ausschreibung (Bekanntmachung)	4 Wochen nach Veröffentlichung		
Regelmäßige Bekanntmachungen im Zuge eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung	Bewerberswahl (Nicht-Zulassung zur Teilnahme)	14 Tage nach Mitteilung der Bewerberswahl	7 Tage nach Mitteilung der Bewerberswahl	Die Fristen für regelmäßige Bekanntmachungen in einem nicht offenen Verfahren ohne vorheriger Bekanntmachung sind ident mit den Fristen für das nicht offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung
	Aufforderung zur Angebotsabgabe	14 Tage nach Zugang der Aufforderung	Gemäß § 48: 7 Tage nach Aufforderung Gemäß § 49: 3 Tage nach Aufforderung	
	Sonstige Festlegungen des Auftraggebers während der Verhandlungsphase bzw. Angebotsfrist	14 Tage ab Kenntniserlangung	Gemäß § 48: 7 Tage ab Kenntniserlangung Gemäß § 49: 3 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	7 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
Regelmäßige Bekanntmachungen im Zuge eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung	Aufforderung zur Angebotsabgabe	14 Tage nach Zugang der Aufforderung	7 Tage nach Zugang der Aufforderung	Die Fristen für dieses Vergabeverfahren sind ident mit den Fristen des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung
	Sonstige Festlegungen des Auftraggebers während der Verhandlungsphase bzw. Angebotsfrist	14 Tage ab Kenntniserlangung	7 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	7 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	

Unterswellenbereich – Offene und nicht offene Verfahren				
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einzuhaltende Fristen für Anträge beim BVA		Besonderheiten
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren	
Offenes Verfahren	Ausschreibung	10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist	7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist	
	Sonstige Festlegungen des Auftraggebers während der Angebotsfrist	7 Tage ab Kenntniserlangung	3 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	7 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
	Ausschreibung	7 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	3 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	
	Bewerberswahl	7 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	3 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	
	Aufforderung zur Angebotsabgabe	10 Tage nach Zugang der Aufforderung	3 Tage nach Zugang der Aufforderung	
Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung	Sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist	10 Tage ab Kenntniserlangung	3 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	7 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
	Bewerberswahl	7 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	3 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	
	Aufforderung zur Angebotsabgabe	10 Tage nach Zugang der Aufforderung	3 Tage nach Zugang der Aufforderung	
Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung	Sonstige Festlegungen des Auftraggebers während der Angebotsfrist	10 Tage ab Kenntniserlangung	3 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	7 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	

Unterschwellobereich – Verhandlungsverfahren				
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einzuhaltende Fristen für Anträge beim BVA		Besonderheiten
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren	
Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung	Ausschreibung	7 Tage vor Ende der Bewerberauswahl	3 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	
	Bewerberauswahl	7 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	3 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	
	Aufforderung zur Angebotsabgabe	10 Tage nach Zugang der Aufforderung	3 Tage nach Zugang der Aufforderung	
	Sonstige Festlegungen des Auftraggebers während der Verhandlungsphase	10 Tage ab Kenntniserlangung	3 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
Verhandlungsverfahren ohne vorherige öffentliche Bekanntmachung	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	7 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
	Bewerberauswahl	7 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	3 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	
	Aufforderung zur Angebotsabgabe	10 Tage nach Zugang der Aufforderung	3 Tage nach Zugang der Aufforderung	
	Sonstige Festlegungen des Auftraggebers während der Angebotsfrist	10 Tage ab Kenntniserlangung	3 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	7 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	

Unterschwelldbereich – Wettbewerbsverfahren			
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einhaltende Fristen für Anträge beim BVA	
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren
Offener Wettbewerb mit Verhandlungsverfahren	Ausschreibung	10 Tage vor Ablauf der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten	Es besteht auch die Möglichkeit, dass es mehrere Wettbewerbsgewinner gibt, die dann alle zum Verhandlungsverfahren berechtigt sind
	Einladung der Wettbewerbsergewinner	10 Tage nach Zugang zur Entscheidung über den Wettbewerbsergewinner, welcher zum Verhandlungsverfahren berechtigt ist	
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
Nicht offener Wettbewerb mit Verhandlungsverfahren	Ausschreibung	10 Tage vor Ablauf der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten	
	Bewerberswahl	10 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	
	Einladung der Wettbewerbsergewinner	10 Tage nach Zugang zur Entscheidung über den Wettbewerbsergewinner, welcher zum Verhandlungsverfahren berechtigt ist	Es besteht auch die Möglichkeit, dass es mehrere Wettbewerbsgewinner gibt, die dann alle zum Verhandlungsverfahren berechtigt sind
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
Geladener Wettbewerb mit Verhandlungsverfahren	Bewerberswahl	10 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	
	Einladung der Wettbewerbsergewinner	10 Tage nach Zugang zur Entscheidung über den Wettbewerbsergewinner, welcher zum Verhandlungsverfahren berechtigt ist	
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	

Unterschwelldbereich – Sonstige Vergabeverfahren			
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einzuhaltende Fristen für Anträge beim BVA	
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren
Elektronische Auktion	Ausschreibung	7 Tage nach der Bekanntgabe	
	Nicht-Zulassung zur Teilnahme	3 Arbeitstage	Als Arbeitstage gelten alle Tage außer Samstagen, Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen
	Bewerberswahl bei nicht offenen Auktionen	3 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	
	Zuschlagsentscheidung	3 Arbeitstage nach Bekanntgabe Zuschlagsentscheidung	Als Arbeitstage gelten alle Tage außer Samstagen, Sonntagen und gesetzlichen Feiertagen
Direktvergabe	Wahl des Vergabeverfahrens	Unverzüglich ab Kenntnisnahme, jedoch längstens bis zur Zuschlagserteilung	

Unterschwellobereich – Rahmenvereinbarungen				
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einzuhaltende Fristen für Anträge beim BVA		Besonderheiten
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren	
Rahmenvereinbarungen bezüglich eines offenen Verfahrens	Ausschreibung	10 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist	7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist	
	Sonstige Festlegungen des Auftraggebers während der Angebotsfrist	7 Tage ab Kenntniserlangung	3 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Auswahl der Partei oder Parteien, mit der bzw. mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll	14 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	14 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	
	Zuschlagsentscheidung bei einer Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Unternehmern abgeschlossen wurde, nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
Rahmenvereinbarungen bezüglich eines geladenen Wettbewerbs mit Verhandlungsverfahren	Bewerbersauswahl	10 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl		Die Fristen für die Rahmenbedingungen bezüglich eines geladenen Wettbewerbs sind ident mit den Fristen für den geladenen Wettbewerb mit Verhandlungsverfahren
	Einladung der Wettbewerbsgewinner	10 Tage nach Zugang der Entscheidung über den Wettbewerbsgewinner, welcher zum Verhandlungsverfahren berechtigt ist		
	Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung		

Unterschwellobereich – Rahmenvereinbarungen				
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einzuhaltende Fristen für Anträge beim BVA		Besonderheiten
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren	
Rahmenvereinbarungen bezüglich eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung	Ausschreibung	7 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	3 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	Die Fristen für diese Rahmenvereinbarung sind ident mit den Fristen für ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung
	Bewerberswahl	7 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	3 Tage nach Mitteilung der Bewerberauswahl	
	Aufforderung zur Angebotsabgabe	10 Tage nach Zugang der Aufforderung	3 Tage nach Zugang der Aufforderung	
	Sonstige Festlegungen des Auftraggebers während der Angebotsfrist	10 Tage ab Kenntniserlangung	3 Tage ab Kenntniserlangung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Auswahl der Partei oder Parteien, mit der bzw. mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll	14 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	14 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	
	Zuschlagsentscheidung bei einer Rahmenvereinbarung die mit mehreren Unternehmen abgeschlossen wurde, nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	

Unterschwellenbereich – Rahmenvereinbarungen				
Verfahren	Gesondert anfechtbare Entscheidungen	Einzuhaltende Fristen für Anträge beim BVA		Besonderheiten
		Im normalen Verfahren	Im beschleunigten Verfahren	
Rahmenvereinbarung bezüglich eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung	Bewerbersauswahl	7 Tage nach Mitteilung der Bewerbersauswahl	3 Tage nach Mitteilung der Bewerbersauswahl	Die Fristen für diese Rahmenvereinbarung sind ident mit den Fristen für ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung
	Aufforderung zur Angebotsabgabe	10 Tage nach Zugang der Aufforderung	3 Tage nach Zugang der Aufforderung	Spätestens aber ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis erlangt hätte werden können
	Sonstige Festlegungen des Auftraggebers während der Angebotsfrist	10 Tage ab Kenntniserlangung	3 Tage ab Kenntniserlangung	
	Auswahl der Partei oder Parteien, mit der bzw. mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll	14 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	14 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	
	Zuschlagsentscheidung bei einer Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Unternehmen abgeschlossen wurde, nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	
Rahmenvereinbarung bezüglich eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung	Ausschreibung	7 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	3 Tage vor Ende der Bewerbungsfrist	Die Fristen für diese Rahmenvereinbarung sind ident mit den Fristen für ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung
	Bewerbersauswahl	7 Tage nach Mitteilung der Bewerbersauswahl	3 Tage nach Mitteilung der Bewerbersauswahl	
	Auswahl der Partei oder Parteien, mit der bzw. mit denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll	14 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	14 Tage nach Bekanntgabe der Auswahl	
	Zuschlagsentscheidung bei einer Rahmenvereinbarung, die mit mehreren Unternehmen abgeschlossen wurde, nach erneutem Aufruf zum Wettbewerb	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	14 Tage ab Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung	

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 VIII BVergG 2002 (vgl. Punkt 9.2);
- Beschreibung Leistungsgegenstand in Form CPV-Code.

Mindestfrist: OSW 52 Tage
USW 22 Tage

Mindestinhalt Ausschreibungsunterlagen:

- Hinweis auf gesetzliche Grundlagen und gewähltes Verfahren;
- Hinweis, wie Bieter von der Einleitung eines Feststellungsverfahrens informiert werden;
- Hinweis auf Zeitpunkt und Ort der Angebotsabgabe und Angebotseröffnung;
- geforderte Eignungsnachweise (angepasst auf den Leistungsgegenstand);
- Bestimmungen über Alternativangebote (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 (grundsätzlich 14 Tage);
- bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung Mitteilung an alle Bieter über das eingeleitete Nachprüfungsverfahren.

9.4.2 Nicht offenes Verfahren

Anwendungsbereich: Immer, sofern dies der Ausschreibungsgegenstand ermöglicht.

Bekanntmachung:

- Termin, bis zu dem die Teilnahmeanträge eingelangt sein müssen;
- OSW: EU-Amtsblatt; in nationalem Medium entsprechend EU-Formblatt;
- USW: Nationales Medium + Formblatt gemäß Anhang VIII BVergG 2002 (vgl. Punkt 9.2);
- Beschreibung Leistungsgegenstand in Form CPV-Code.

Mindestfristen: OSW: Abgabe Teilnahmeantrag 37 T (normal), 15 T (dringlich)
USW: Abgabe Teilnahmeantrag 14 T (normal), angemessen (dringlich)

OSW: Abgabe Angebot: 40 T (normal), 7 T (dringlich) bzw. 26 T (Vorinformation)

USW: Abgabe Angebot 22 T (normal), angemessen (dringlich)

Aufforderung zur Abgabe Teilnahmeunterlagen:

- Gesetzesbestimmungen und angewandtes Verfahren;
- Eignungsnachweise (angepasst an den Leistungsgegenstand);
- Modus der Auswahlentscheidung (Mindestkriterien und Auswahlkriterien samt Gewichtung);
- Bestimmungen über Alternativangebote (Mindestanforderungen, Kriterien über die Gleichwertigkeit);
- Teilvergaben (Ja/Nein);
- Hinweis, wie Bieter von der Einleitung eines Feststellungsverfahrens informiert werden;
- Hinweis auf Termin und Ort der Abgabe der Teilnahmeunterlagen;
- in eventu: Zuschlagsfrist.

Ermittlung der zur Angebotsabgabe einzuladenden Bieter: Beachtung der Teilnahmeunterlagen

Ausschreibungsunterlagen:

- 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 (grundsätzlich 14 Tage);
- bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung Mitteilung an alle Bieter über das eingeleitete Nachprüfungsverfahren.

9.4.3 Verhandlungsverfahren**Anwendungsbereich:**

Ausnahme, wenn Art des Leistungsgegenstands oder die Umstände des Vergabeverfahrens ein offenes oder nicht offenes Verfahren ausschließen oder wenig sinnvoll machen (Schutz von Ausschließlichkeitsrechten; Dringlichkeit; Zusatzauftrag an Auftragnehmer, sofern entweder bereits im Grundentwurf Gegenstand der ersten Ausschreibung war oder der Gesamtwert von 50% des Auftrags nicht überschritten wird und eine Trennung vom bestehenden Auftrag technisch oder wirtschaftlich wenig Sinn macht; vertragliche Spezifikationen im Voraus nicht hinreichend genau festgelegt werden können).

Bekanntmachung:

- OSW: EU-Amtsblatt; in nationalem Medium entsprechend EU-Formblatt;
- USW: Nationales Medium + Formblatt gemäß Anhang VIII BVergG 2002 (vgl. Punkt 9.2);
- Beschreibung Leistungsgegenstand in Form CPV-Code.

Mindestfristen: OSW: Abgabe Teilnahmeantrag 37 T (normal), 15 T (dringlich)
USW: Abgabe Teilnahmeantrag 14 T (normal), angemessen (dringlich)
OSW/USW: Abgabe Angebot angemessen

Aufforderung zur Abgabe Teilnahmeunterlagen:

- Gesetzesbestimmungen und angewandtes Verfahren;
- Eignungsnachweise (angepasst an den Leistungsgegenstand);
- Modus der Auswahlentscheidung (Mindestkriterien und Auswahlkriterien samt Gewichtung);
- Bestimmungen über Alternativangebote (Mindestanforderungen, Kriterien über die Gleichwertigkeit);
- Teilvergaben (Ja/Nein);
- Hinweis, wie Bieter von der Einleitung eines Feststellungsverfahrens informiert werden;
- 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 Ablaufs des Verhandlungsverfahrens im engeren Sinn (wie viele Verhandlungsrunden; Gegenstand von Verhandlungen);
- Bestbieterermittlungsmodus (Zuschlagskriterien und deren Gewichtung);
- in eventu: Rechenfehlerregel;
- Vertrag.

Verhandlungsverfahren im engeren Sinn:

- Angebotseröffnungen ohne Beisein von Bieter;
- Ermessen in Ausgestaltung des Verhandlungsverfahrens;
- jedoch Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes;
- zu empfehlen: Am Ende Aufforderung der Bieter zur Abgabe eines „Last and best offer“, dass kommissionell (ohne Beisein der Bieter) geöffnet wird;
- Angebotsprüfung/Bestbieterermittlung;
- Beachtung der Ausschreibungsbedingungen;
- Zuschlagsentscheidung Bekanntgabe an alle Bieter;
- bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung Mitteilung an alle Bieter;
- innerhalb Sperrfrist (grundsätzlich 14 Tage) keine Zuschlagserteilung; bei Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung 7 Tage Sperrfrist.

Neuerungen des Bundesvergabegesetzes im Überblick	Kapitel 1
Anwendungsbereich Vergaberecht	Kapitel 2
Vergabegrundsätze	Kapitel 3
Verfahrensarten, Bekanntmachungspflichten und Mindestfristen	Kapitel 4
Skizzierung des Ablaufs eines Vergabeverfahrens anhand eines Bauauftrags und eines Dienstleistungsauftrags	Kapitel 5
Vergaberegeln – Fallstricke im Zuge eines Vergabeverfahrens	Kapitel 6
Rechtsschutz im Vergaberecht	Kapitel 7
Antworten auf häufige vergaberechtliche Fragen von Gemeinden	Kapitel 8
Anhang	Kapitel 9



Österreichischer Städtebund
1082 Wien, Rathaus

Telefon: 01/4000-89980

Telefax: 01/4000-7135

E-Mail: post@stb.or.at

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