

# Referent

- Dr. Klaus Mayramhof
  - LRHD LRH Tirol
    - früher:
      - Vorsitzender der Landesvergabebeamtes Tirol
        - Mitarbeit an den TVergG 1994 – 2000
  - für Vergabeangelegenheiten in Tirol zuständig
    - aktuell
      - LRH und Beschaffungsrecht

# BVergG 2002

„ein Erfahrungsbericht“



# Aufbau



## Schwerpunkte:

- Allgemeines
  - Evaluierung des BVergG 2002
    - Vorschläge zur Novellierung (Casati)
- Lieferaufträge
- Dienstleistungsaufträge
  - Schriftenreihe des Städtebundes:



- Bundesvergabegesetz 2002
- Anregungen für die Praxis
  - Casati/Holoubek

# Allgemeines

- „Kontrollsicht“ gegen(?) „Praxissicht“
- Eigener Standpunkt zu den Vorschlägen zur Novellierung des Bundesvergabegesetzes 2003
- Ziel:
  - wirtschaftliche, zweckmäßige, sparsame und den Rechtsvorschriften entsprechende Beschaffungen

# Befund



## These:

- Umfang, Aufbau und Struktur erfordern erhebliche juristische Kenntnisse
- effiziente Beschaffung stellt wirtschaftliche, technische Anforderungen
- „Privatwirtschaft“ beschafft effizienter
- Ermessensspielraum geht verloren

## ■ Antithese:

- auch andere Materien (z. B. Bauvorschriften; MRG; DR) erfordern diese – allgemeines Problem
- auch juristische – Ziel ist ein Leistungsvertrag mit Rechten und Pflichten
- wie beschafft die „Privatwirtschaft“
- was bedeutet „Ermessensspielraum“

# Kritik



# eigene Meinung

BVergG 2002 hat

- geringe Akzeptanz
- ist kompliziert und unübersichtlich
- es bestehen Unklarheiten bei der Direktvergabe
- verursacht höhere Transaktionskosten
  - insbesondere durch verpflichtende Publikationsmedien

- hat andere Ursachen – Verlust des „Ermessens“
- Verbesserungswürdig – Ursachen?
- Wie beschafft ein ö. Auftraggeber
- ein geplanter und durchdachter Beschaffungsvorgang ist im Endeffekt

# Gründe

■ Für

Unübersichtlichkeit

Kompliziertheit

geringe Akzeptanz



- Pendel schlägt von der Rechtlosigkeit in Richtung „Verrechtlichung“ aus
- Neuer Markt für Juristen
- unterschiedliche Regelungen für den Ober- und Unterschwellenbereich
- Forderung nach Zulässigkeit „einfacher“ Verfahren (Direktvergabe, Verhandlungsverfahren)

# Novellierungsvorschläge

- Umstrukturierung
- neue Gliederung
- Dem Auftraggeber soll ein weites Ermessen bei Beschaffungen eingeräumt

- einverstanden
- hier gibt es auch andere Vorschläge
- Ermessen ist kein ökonomisch-technischer Gesichtspunkt
- ö. AG ist nicht frei

## ■ Beispiel:

- Ermessen des AG bei Beschaffung von Krankenhausmaterialien

## ■ Falsch:

- technisch ökonomische Überlegung

# Unterschellenbereich

## ■ Forderung:

- Es sollen nur wenige Vergabevorschriften gelten
- Nähere Regelungen sollen dem Auftraggeber überlassen werden
- Ermessensspielraum soll weit sein

## ■ Folge:

- wieder Zersplitterung des Vergaberechtes
- jede Gemeinde hat eine eigene Vergabeordnung
- Nach welchen Regeln werden Aufträge vergeben?

# Wahl der Verfahrensart

## Bestreben nach

- mehr Wahlmöglichkeiten
- höheren Wertgrenzen

## Frage:

- welche Vorteile bieten
  - nicht offenes Verfahren
  - Verhandlungsverfahren
  - höhere Wertgrenzen für diese Verfahrensarten

## Folge:

- Regelungen werden unübersichtlicher – siehe Wahl des Vergabeverfahrens im BVergG 2002

## Antwort:

- höherer Aufwand oder
- Rückkehr zum „alten“ System (Ö-Norm A-2050 1957?)

# Direktvergabe

- Forderung nach höheren Wertgrenzen

- Frage:

- ? Wie werden Aufträge unterhalb der Wertgrenzen vergeben
- ? Ist die Direktvergabe tatsächlich das Ziel
- ? Wenn nicht, ist es das Verhandlungsverfahren

- These:

- In der Regel wird ohnehin ein formalisiertes (Vergabe) Verfahren durchgeführt
- Nur hält „man“ sich an die vorher festgelegten Spielregeln

# Kosten

## Höhere Kosten

- durch Dokumentationspflicht
- Publikationspflicht
- „Transaktionskosten“,
- rechnerische Richtigkeit,
- vertiefte Angebotsprüfung
- Verpflichtung ein bestimmtes Medium zu benutzen



## Aus Sicht der Kontrolle:

- Nachvollziehbarkeit notwendig
- Wettbewerb
- Wirtschaftlichkeitsprüfung auch bei „Kleinvergaben“
- Soll alles nur im „Dorfblatt“ oder an der Anschlagtafel bekannt gegeben werden?

# Erkennen

- Forderung nach mehr Ermessen für den AG
  - Erkennen bedeutet Gefahr
    - der Intransparenz
    - der Förderung von „Freunderlwirtschaft“
    - der Förderung des „Hoflieferantentums“
      - der Korruptionsvorwürfe
      - der Willkür
- Ermessen ist nicht gleich wirtschaftliche, sparsame und zweckmäßige Beschaffung

# Bundesvergabegesetz 2002

Mit dem neuen BVergG sollte

- ein bundeseinheitliches materiell-rechtliches Vergaberecht geschaffen;
- der Rechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte eingerichtet; - dabei können die Länder den Rechtsschutz (einheitlich) regeln;
- die Ö Norm A 2050 Ausgabe 1.3.2000 in den Gesetzestext übernommen;
- (teilweise) geplante Richtlinienänderungen vorweggenommen

werden

# Neue Rechtslage



- Einheitliches (materielles) Vergabegesetz für Bund, Länder und Gemeinden
  - Das BVergG 2002 erfasst alle Arten öffentlicher Aufträge
    - Rechtgrundlagen für E – Procurement
- Neue Verfahrensarten im Unterschwellenbereich
  - Elektronische Auktion
  - Rahmenvereinbarung
  - Neu geregelter Rechtsschutz

# Neue Rechtslage II

- Bekanntmachungspflichten – auch im Unterschwellenbereich
- Ergänzung Bestangebotsprinzip durch Billigstangebotsprinzip
- Gleichwertigkeit des offenen und nicht offenen Verfahrens mit Bekanntmachung
- Sonstige Anpassungen im BVergG 2002
  - Alternativangebote
    - Rechenfehler
    - Widerruf
  - Preisangemessenheitsprüfung
    - Subunternehmer
  - Zulässigkeit der funktionalen Ausschreibung

# Rechtsfolgen

## ■ Damit sind

- die Ö-Norm A-2050
- die Ö-Norm A-2051
- diverse Vergaberichtlinien
- Regelungen in Gemeindeordnungen
- interne Vergabeordnungen

## ■ de facto außer kraft

## ■ weiter gelten:

- EU-Richtlinien
  - sind teilweise unmittelbar anwendbar
  - wirken durch Vorlageverfahren der Vergabenachprüfungseinrichtungen
- EU-Primärrecht
- das ABGB
  - vorvertragliche Pflichten
  - Schadenersatz
- das UWG

# Öffentliche Auftraggeber

- Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände
- Einrichtungen die
  - zum Zwecke gegründet wurden
    - im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen
    - die nicht gewerblicher Art sind und
  - die zumindest teilrechtsfähig sind und
  - überwiegend von einem ö. AG finanziert oder beherrscht werden
- Ein geringer Teil genügt → „Infektionstheorie“
- „ausgegliederte“ Müllsammelteinrichtungen, Schwimmbadbetreiber, Kanalbetreiber, Heime usw.

# Sektorenauftraggeber

- öffentliche Unternehmen (Beherrschung)

Trinkwasser-,

Strom,

Gas- oder Wärmeversorgung

- Verkehrsleistungen

- Beispiele
  - Kommunale Wasser- und Energieversorgung
  - kommunale/städtische Verkehrsbetriebe
  - kommunale/städtische Fernwärmeeinrichtungen
- Es gelten etwas weniger strenge Bestimmungen

# Das BVerG 2002 gilt für

- ↪ Lieferaufträge
- ↪ Bauaufträge
- ↪ Baukonzessionsaufträge
- ↪ Dienstleistungsaufträge
  - ◆ Prioritär
  - ◆ Nicht Prioritär
- ↪ Dienstleistungskonzessionsaufträge
- ↪ Wettbewerbe

# Ausnahmen

- Verwertung und Verkauf von Rechten und Gegenständen
  - Vergabe von Förderungen
    - Inhouse – Vergabe
  - Kauf von Grundstücken oder Gebäuden
  - Mietverträge über Immobilien – sehr wohl Immobilienleasingverträge
    - Arbeitsverträge
  - Schiedsgericht oder Schlichtungsleistungen
  - Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen
    - Bereitstellen und Betreiben öffentlicher Telekommunikationsnetze
    - Beschaffung von Wasser

# Öffentliche Bauaufträge

Verträge über die

Ausführung oder

Planung und Ausführung von Bauvorhaben (nach Anhang I des BVerG)

Verträge über die

Ausführung eines Bauwerkes =

Gesamtheit von Tief und Hochbauarbeiten, das seiner Wesen nach eine technische und wirtschaftliche Funktion erfüllen soll.

↳ Erbringung einer Bauleistung durch Dritte nach den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen

# Öffentliche Lieferaufträge

Alle zwischen einem ö.AG und einem Unternehmer geschlossenen

entgeltlichen Verträge

(Kauf-, Miet-, Pacht-, oder Leasingverträge) über die

Lieferung von Waren

einschließlich der damit verbundenen Nebenarbeiten wie Installationen.

- Mit oder ohne Einschaltung Dritter.
- Der öffentliche AG erhält Eigentum oder Nutzung

# Prioritäre Dienstleistungen

- Instandhaltung und Reparatur
- Landtransporte
- Fernmeldeleistungen
- Finanzdienstleistungen
- Versicherungsdienstleistungen
- Forschung und Entwicklung
- Datenverarbeitung
- Buchführung, -haltung und -prüfung
- Unternehmensberatung
- Architektur-, technische Beratungs- und Planungsleistungen
- Werbedienstleistungen
- Gebäudereinigung und Hausverwaltung
- Verlegen und Drucken
- Abfall- und Abfallbeseitigungsdienstleistungen

# nicht - prioritäre DL

- Gaststätten
- Eisenbahnverkehrsleistungen
- Schifffahrt
- Neben- und Hilfstätigkeiten des Verkehrs
- Rechtsberatung
- Arbeits- und Arbeitskräftevermittlung
- Auskunfts- und Schutzdienste
- Unterrichtswesen und Berufsausbildung
- Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen
- Erholung, Kultur und Sport
- Sonstige Dienstleistungen

# Konzessionsaufträge

- Der Auftragnehmer übernimmt neben dem
  - Leistungsrisiko auch das
  - Verwertungsrisiko
- Der Auftragnehmer erhält das Recht seine Leistung selbst zu verwerten und von Dritten Einnahmen zu erzielen
- Beispiele:
  - Infrastrukturprojekte (Autobahn)
  - Revitalisierung von Gebäuden
  - Müllsammlung
  - Betrieb eines Schwimmbades

# Unterschiede

- Strenge Vergaberegeln
  - für Bau- und Lieferaufträge
  - prioritäre Dienstleistungsaufträge
- flexible Sonderregeln für Baukonzessionen
- vereinzelte Bestimmungen für nicht-prioritäre Dienstleistungen
  - Grundsätze, Rechtsschutz, Vorgabe bestimmter Verfahrensarten, Bekanntmachungspflichten
- wenige Regeln für Wettbewerbe
- wenige Regeln für Dienstleistungskonzessionen
  - öffentliche Bekanntmachung, Grundsätze; nicht aber Rechtsschutz

# Allgemeines

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

- dem konkreten Auftragsgegenstand
  - dem geschätzten Auftragswert
    - sonstige Umstände

die besondere Vergabeverfahren rechtfertigen

Grundsätze der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit sind zu beachten

# Geschätzter Leistungswert:

- ❑ Der Auftragswert ist bis zur Einleitung des Vergabeverfahrens zu ermitteln:
- ❑ Objektiv und nicht in der Absicht den Oberschwellenbereich zu umgehen.
- ❑ Grundlage ist der geschätzte Auftrags-(Leistungs-) wert.
- ❑ Berechnungsmodus in den §§12 - 15 BVergG 2002

# Liefer- und Dienstleistungsaufträge

- Entgelte für die gesamte Vertragsdauer
- bei unbefristeten oder unklarer Vertragsdauer 4-faches des Jahresentgeltes
- bei regelmäßig wiederkehrenden oder Daueraufträgen
  - Wert des Vorjahres
  - voraussichtlicher Wert eines (Finanz)Jahres
- bei Versicherungsdienstleistungen
  - monatliche Versicherungsprämie
- bei Bankdienstleistungen
  - Entgelte, Gebühren, Provisionen und Zinsen
- bei Planungsleistungen
  - Honorar und sonstige Vergütungen
  - jeweils mal 48



# Ausgliederung kommunaler Aufgaben

n Frage kommen

## Ausgliederung an gemeindeeigene Tochtergesellschaft

- Quasi-Inhouse-Vergabe
- Tätigkeit auch für Dritte

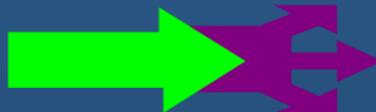
## Vergabe an Private

- Vergabe Dienstleistungskonzession
- Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen
- Vergabe prioritärer Dienstleistungen

Zu beachten ist die künftige **vertragliche** Gestaltung zwischen Auftraggeber (Kommune) und ausgegliederten Aufgabenträger

# allgemeine Grundsätze des Vergabeverfahrens

- ☞ Freier und lauterer Wettbewerb
- ☞ Gleichbehandlung aller Bieter
- ☞ Vergabe an – zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung –



⇒ befugte  
⇒ leistungsfähige  
⇒ zuverlässige Bieter

- ☞ Zu angemessenen Preisen
- ☞ Vergabeverfahren nur dann, wenn die Absicht zur Vergabe tatsächlich besteht
- ☞ Vertraulichkeit ist zu wahren

# Bedeutung

## Gelten:

- für alle Auftragsarten und Entscheidungen
- auch bei Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung und bei der Direktvergabe
- für klassische und Sektorenauftraggeber
- bei normalen und Konzessionsaufträgen

## daher:

- ✓ objektive Auswahl der Bieter
- ✓ lokale Unternehmen nicht bewusst bevorzugen,
- ✓ immer wieder andere einladen

# Freier, fairer und lauterer Wettbewerb

Frei 📌 ungehinderter Zugang zu einer Ausschreibung

Lauter 📌 Verbot „Wettbewerbswidriger Absprachen“

- mehrere große Unternehmen als Bietergemeinschaften
- Problematik der Teilnahme sowohl als Bieter als auch als Subunternehmer anderer Bieter

Fairnessgebot für den Auftraggeber 📌

- keine sittenwidrigen Vertragsbedingungen
- Ausschluss von rechtlichen Alternativen

# “Vergabefremde” Aspekte

- ☺ Auf Umweltgerechtigkeit der Leistung ist Bedacht zu nehmen
- ☺ Es besteht die Möglichkeit auf
  - ☺ die Beschäftigung von Frauen, Lehrlingen, Langzeitarbeitslosen, Behinderten und Älteren Menschen sowie
  - ☺ die Umsetzung sozialpolitischer BelangeRücksicht zu nehmen



# Einstufige Verfahren

- *jedermann* kann ein Angebot abgeben
- Interessierte *Unternehmer/Bieter* haben alle erforderlichen Unterlagen, insbesondere *Eignungsnachweise* vorzulegen
- Der AG prüft die Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit erst *nach Angebotseröffnung*
- *keine Vorauswahl*
- einfacher, weniger zeitintensiv, ökonomischer

# Arten

- *offenes Verfahren*
- *offener Wettbewerb*
  - Angebote werden durch eine Jury nach vorgegebenen Wettbewerbsbedingungen beurteilt
  - mit dem Sieger kann ein Dienstleistungsvertrag abgeschlossen werden
- *E-Auktion* ohne beschränkte Teilnehmerzahl
- Verhandlungsverfahren auf elektronischen Weg

# zweistufige Verfahren:

## 1. Stufe:

- ✓ Ausschreibung an einen offenen Bewerberkreis
- ✓ Es ist für alle befugten, leistungsfähigen und zuverlässigen (geeigneten) Bewerber offen
- ✓ Die Auswahl erfolgt nach festgelegten, nachvollziehbaren und objektiven

## 2. Stufe:

- ✓ für Unternehmen die
  - ✓ fristgerecht einen *Teilnahmeantrag* gestellt haben
  - ✓ deren *Leistungsfähigkeit* festgestellt wurde (erfüllen der Mindestkriterien)
  - ✓ zur Abgabe eines Angebotes bzw. zu Verhandlungen *ausgewählt* wurden
- ✓ Nach Auswahl der Bewerber  
⇒ Einladung zur Angebotsabgabe

# Arten

- nicht offenes Verfahren
    - mit und ohne vorherige Bekanntmachung
      - Verhandlungsverfahren
        - mit und ohne vorherige Bekanntmachung
          - Nicht offener Wettbewerb
            - geladener Wettbewerb
- E-Auktion mit beschränkter Teilnehmerzahl

# Bekanntmachungspflicht

## Oberschwellenbereich:

- grundsätzlich immer
- Ausnahmen sind eng auszulegen
- EU weit
- Fristen
- Vorinformation
- vergebene Aufträge
- Verwendung des CPV Codes verpflichtend

## Unterschwellenbereich

- grundsätzlich immer
- Ausnahmen sind genau geregelt
- innerstaatlich
- bestimmte Publikationsmedien
- Fristen
- Angaben laut Anhang VIII BVergG

# Verhandlungsverfahren

- mit oder ohne vorherige Bekanntmachung
- zweistufig
- kein Verhandlungsverbot:
  - über den **gesamten Auftragsinhalt** darf verhandelt werden
  - **reine Preisverhandlungen** sind unzulässig
- Die allgemeinen Vergabegrundsätze gelten
- Besonderheiten für geistig-schöpferische Dienstleistungen

# Ablauf eines Vergabeverfahrens

Evaluierungsphase

Erstellung der Ausschreibungsunterlagen

- Konkretisierung des Vergabeverfahrens
- Vertragsentwurf

Bekanntmachung

Abgabe,

Prüfung und Bewertung der Angebote bzw., der

Teilnahmeanträge und

Einladung zur

Angebotsabgabe

- Angebotseröffnung
- Angebotsprüfung
- Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung
- Erteilung des Auftrages (Zuschlagserteilung) - Vergabevermerk

# Rechtsschutz



- Wird durch eigene (vergabespezifische) Rechtsschutzeinrichtungen gewährt
- Bei Vergabeverfahren im persönlichen Geltungsbereich des Bundes durch:
  - ↳ Bundesvergabekontrollkommission
  - ↳ Bundesvergabeamt
- Bei Vergabeverfahren im persönlichen Geltungsbereich der Ländern durch
  - ↳ die Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS)
  - ↳ in Wien und Salzburg: Vergabekontrollsenate

# Rechtsschutzsystem

Die vergabespezifischen Rechtsschutzeinrichtungen sind (nur) zuständig

- ☞ Verstöße gegen das BVerG
  - ☞ bis zur Zuschlagserteilung in einem eigenen Verfahren zu prüfen und gegebenenfalls zu ahnden
  - ☞ nach Zuschlagserteilung festzustellen.
- ☞ Über Schadenersatz wird aber von den Zivilgerichten abgesprochen.
- ☞ Voraussetzung: Bescheid einer Nachprüfungsbehörde (BVA oder UVS)

# Zuständigkeit

- Bis zur Zuschlagserteilung:
  - *einstweilige Verfügungen*
  - *Nichtigerklärung* ergangener Entscheidungen
- Nach Zuschlagserteilung:
  - *Feststellung* ob
    - der Zuschlag nicht dem Best- oder Billigstbieter erteilt wurde
    - Direktvergabe zu Recht
    - Widerruf zu Recht



# Neuerungen

- Gesondert anfechtbare Entscheidungen
  - Ausschreibung
  - Zuschlagsentscheidung
  - Präklusionsfristen
  - Parteistellung
  - Verständigungspflichten
- Zulässigkeitsvoraussetzungen
  - Gebühren

# Zivilrechtliche Bestimmungen

- Bei schuldhafter Gesetzesverletzung hat ein Bieter oder Bewerber **Anspruch** auf
  - Ersatz der Kosten der Anbotsstellung
  - Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren
- **Darüber hinaus** bestehen zivilrechtliche Schadenersatzansprüche (Erfüllungsinteresse ↖ entgangener Gewinn)
- Voraussetzung: Ein (Feststellungs-)Bescheid des BVA oder UVS

# Vergaberecht



Danke