



VERGABE ÖFFENTLICHER AUFTRÄGE – ÄNDERUNGEN FÜR DIE WERBE- UND KOMMUNIKATIONSBRANCHE DURCH DAS BVergG 2006

1. Vorbemerkung

Am 1.2.2006 trat das BVergG 2006 in Kraft. Es regelt die Vergabe öffentlicher Aufträge, d.h. die Beschaffung von Leistungen durch öffentliche Auftraggeber. Die Novellierung des Gesetzes wurde vor allem aufgrund geänderter europarechtlichen Vorgaben sowie der Rechtsprechung des EuGH, des VfGH und VwGH notwendig.

2. Neue Schwellenwerte

Die Schwellenwerte wurden angepasst:

Klassischer Bereich

- Bauaufträge	€	5.278.000,--
- Dienstleistungs- und Lieferaufträge		
zentrale Beschaffungsstelle (Ministerien)	€	137.000,--
sonstige (Länder, Gemeinden, etc.)	€	211.000,--

Sektorenbereich (vor allem Post, Gas, Wärme, Wasser, Verkehrsleistungen, Häfen, Flughäfen)

- Bauaufträge	€	5.278.000,--
- Dienstleistungs- und Lieferaufträge	€	422.000,--

Unter diesen Schwellenwerten (sog. „Unterschwellenbereich“) gelten Erleichterungen und vereinfachte Bestimmungen.

3. Definition „geistige Dienstleistungen“

„Geistige Dienstleistungen“ werden wie folgt definiert (§ 2 Z 18 BVergG 2006):

„Dienstleistungen, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht. Für derartige Leistungen ist ihrer Art nach zwar eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung (konstruktive Leistungsbeschreibung) möglich.“

Es wird – anders als noch im BVergG 2002 – nicht mehr darauf abgestellt, ob die Dienstleistungen auch „schöpferische“ Elemente enthalten.

Beispiele: Werbeleistungen, PR-Beratung, Marketing, Graphik, Webdesign.

4. Wahl des Verfahrens

Geistige Dienstleistungen sind im Verhandlungsverfahren oder im Rahmen eines Wettbewerbes (Ideen- oder Realisierungswettbewerb) zu vergeben.

Für alle Arten von Dienstleistungen ist im gesamten Unterschwellenbereich das Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung zulässig (§ 38 Abs. 1 BVergG 2006).

Das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ist im Unterschwellenbereich für

- Dienstleistungen bis zu einem geschätzten Auftragswert von netto €60.000,-- und für
- Dienstleistungen, die aufgrund einer besonders günstigen Gelegenheit, die sich für einen sehr kurzen Zeitraum ergeben hat, zu einem Preis beschafft werden können, der erheblich unter der marktüblichen Preisen liegt,

zulässig (§ 38 Abs. 2 Z 2 und 3 BVergG 2006). Hier sind zumindest drei Unternehmen zu den Verhandlungen einzuladen (§ 102 Abs. 3 BVergG 2006).

Das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer (Exklusivverhandlungen) ist zulässig, wenn

- der geschätzte Auftragswert unter netto € 68.500,--, so Auftraggeber eine zentrale Beschaffungsstelle, wie z.B. Ministerium, ist, oder sonst unter netto €105.500,-- liegt und
- die mit der Durchführung eines Vergabeverfahrens verbundenen Kosten für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar wären.

Die Direktvergabe ist bis zu einem geschätzten Auftragswert von netto €40.000,-- zulässig (§ 41 Abs. 2 BVergG 2006). Der Auftraggeber hat den „Vergabeprozess“ trotzdem zu dokumentieren (z.B. eingeholte Preisauskünfte).

Für Sektorenauftraggeber herrscht im Unterschwellenbereich überhaupt freie Wahl des Vergabeverfahrens. Eine Direktvergaben ist bis zu einem geschätzten Auftragswert von netto €60.000,-- zulässig.

Neu eingeführt wurde der wettbewerbliche Dialog. Es handelt sich um ein Verfahren für sehr komplexe Projekte, vor allem im Infrastrukturbereich. Der Auftraggeber kann dieses Verfahren wählen, wenn er aufgrund der Komplexität nicht in der Lage ist, die technische Spezifikationen vorzugeben oder die rechtlichen oder wirtschaftliche Konditionen zu definieren (§ 34 BVergG). Beim wettbewerblichen Dialog führt der Auftraggeber, nachdem eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufgefordert wurde, mit ausgewählten Bewerbern einen Dialog über alle Aspekte des Auftrags. Ziel des Dialogs ist es, eine oder mehrere den Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entsprechende Lösung oder Lösungen zu ermitteln, auf deren Grundlage oder Grundlagen die jeweiligen Bewerber dann zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Über die vorgeschlagene Lösung – es können auch mehrere sein – sind dann Verhandlungen zu führen. Die Zuschlagskriterien können während des Dialogs angepasst werden.

5. Ablauf des Verhandlungsverfahrens

In der Ausschreibung ist nunmehr bekannt zu geben, wie das Verhandlungsverfahren ablaufen wird. Der Auftraggeber ist grundsätzlich verpflichtet, Verhandlungen zu führen. Eine stufenweise Reduktion der Bieter (shortlisting) ist zulässig. Der Auftraggeber muss den Bietern den Abschluss der Verhandlungen bekannt geben und diese zu einem „last and best offer“ auffordern. Das explizite Verbot des Preisverhandelns wurde aus dem Gesetzestext gestrichen.

Beim Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung im Oberschwellenbereich und im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber gleich mit dem Bestbieter alleine verhandeln, wenn die Angebote vergleichbar sind und er sich dies in der Ausschreibung ausdrücklich vorbehalten hat.

6. Arbeitsgemeinschaften

Arbeits- und Bietergemeinschaften erhalten im Vergabeverfahren Parteistellung (§ 20 Abs. 2 BVergG 2006). Damit ist die Arbeits- oder Bietergemeinschaft als solche im Nachprüfungsverfahren antragslegitimiert, nicht mehr hingehen ein einzelnes Mitglied.

Bei einem homogenen Leistungsbild muss jedes Mitglied einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft über die erforderliche Befugnis (z.B. Gewerbeberechtigung) verfügen. Werden hingegen Leistungen ausgeschrieben, die mehrere Fachrichtungen betreffen (inhomogenes Leistungsbild), ist von jedem Mitglied nur die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen.

7. Inhouse-Vergabe

Das BVergG 2006 schränkt die Zulässigkeit der Inhouse-Vergabe ein. Nicht ausschreibungspflichtig ist ein Auftrag, den ein öffentlicher Auftraggeber durch Einrichtungen erbringen lässt,

- über die der öffentlicher Auftraggeber eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausübt, und
- die ihre Leistung im Wesentlichen für jenen öffentlichen Auftraggeber erbringt, der ihre Anteile innehat.

Eine Inhouse-Vergabe ist nur zwischen dem, der die Kontrolle ausübt und dem, der kontrolliert wird, möglich. Fazit: Aufträge an öffentlich kontrollierte Aktiengesellschaften werden nicht mehr unter das Inhouse-Privileg fallen, da der Vorstand einer AG per Gesetz weisungsfrei gestellt ist.

8. Alternativ- und Abänderungsangebote

Alternativangebote sind anders als bisher unzulässig, sofern sie in der Ausschreibung nicht ausdrücklich zugelassen werden. Hintergrund: die Vergleichbarkeit der Angebote soll sichergestellt sein.

Zulässig und neu sind jedoch Abänderungsangebote. Darunter ist eine geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, zu verstehen.

Verpflichtung zur Aufklärung bei ungewöhnlich niedrigen Preisen - Formalkriterium

9. Elektronische Informationsübermittlung

Das BVergG 2006 forciert die Nutzung elektronischen Medien für die Übermittlung von Informationen. Dies betrifft die Ausschreibungsunterlagen, Mitteilungen, Anträge, Aufforderungen und Benachrichtigungen sowie jeden sonstigen Informationsaustausch.

Bei Verwendung elektronischer Medien können die vergabeverfahrensrechtlichen Fristen, wie etwa Teilnahme- und Angebotsfristen, erheblich verkürzt werden (Verkürzung um bis zu 12 Tage).

10. Befugnis / Zuverlässigkeit / Leistungsfähigkeit

Das BVergG 2006 sieht neue (zwingende) gemeinschaftliche Ausschlussstatbestände (z.B. Bestechung, Betrug, Geldwäscherei) vor. Die sonstigen Ausschlussstatbestände sind aus dem BVergG 2002 übernommen. Kein Ausschluss findet statt, wenn auf Bieter aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nicht verzichtet werden kann.

Der Bieter kann seine Leistungsfähigkeit auch durch Zusicherungen Dritter für den Fall der Zuschlagserteilung (z.B. Bankgarantie) nachweisen. Er muss darlegen, dass ihm die benötigten Ressourcen tatsächlich zur Verfügung stehen werden (z.B. Vorvertrag).

Vom Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit bzw. Leistungsfähigkeit kann bei Dienstleistungen bis zu einem Auftragswert von € 80.000,-- abgesehen werden, sofern aufgrund einer Einschätzung des Auftraggebers keine Zweifel am Vorliegen der Eignung eines Bieters oder Bewerbers bestehen (§ 78 BVergG 2006).

Geringe Rückstände an Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen führen nicht mehr zum sofortigen Ausscheiden.

11. Konsequenzen einer unzulässigen Direktvergabe

Sollte die Vergabekontrollbehörde feststellen, dass

- die Zuschlagserteilung direkt an einen Unternehmer erfolgte, ohne dass andere Unternehmer an diesem Verfahren beteiligt waren, und
- dies offenkundig unzulässig war

so wird das Vertragsverhältnis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung nichtig. Die Nichtigkeitserklärung erfolgt nicht von Amts wegen, sondern sie erfordert einen Antrag. Die Frist zur Stellung eines Antrages beträgt 6 Monate nach Erteilung des Zuschlages.

12. Widerruf anfechtbar

Ab sofort ist auch der Widerruf einer Ausschreibung anfechtbar. Beabsichtigt ein Auftraggeber, eine Ausschreibung zu widerrufen, so hat er dies den Bietern mitzuteilen.

Erst nach Ablauf von 14 Tagen kann der Widerruf erklärt werden. Eine Pflicht zur Erteilung des Zuschlages besteht für den öffentlichen Auftraggeber jedoch nicht.

Erfolgte der Widerruf schuldhaft, so haben Bieter Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotserstellung und der Teilnahme am Vergabeverfahren.

13. Rechtsschutz

Die Bundesvergabekontrollkommission wurde abgeschafft. Auf Bundesebene ist daher gleich bzw. nur mehr das Bundesvergabeamt für Nachprüfungs- und Feststellungsanträge zuständig. In den Ländern bestehen eigene Vergaberechtsschutzbehörden.

Die Anfechtungsfristen wurden vereinheitlicht. Sie beträgt in der Regel 14 Tage ab Kenntnis von der gesondert anfechtbaren Entscheidung oder ab dem Zeitpunkt, ab dem Kenntnis hätte erlangt werden können. In einigen Ausnahmefällen ist die Anfechtungsfrist auf 7 Tage verkürzt.

Die Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen können bis 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bzw. Vorlage der Wettbewerbsunterlagen angefochten werden, außer die Frist beträgt weniger als 15 Tage – dann sind die Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen bis 3 Tage vor Ablauf der Frist anzufechten.

Das Einlangen eines Nachprüfungsantrages ist im Internet zu veröffentlichen (www.bva.gv.at).

Zivilrechtliche Schadenersatzansprüche von Bietern, die auf einen Verstoß gegen eine Bestimmung des BVergG 2006 gestützt werden, setzen voraus, dass die zuständige Vergabekontrollbehörde den Verstoß zuvor in einem Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren festgestellt hat. Dabei ist zu beachten, dass der Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag innerhalb der kurzen Präklusionsfristen eingebracht werden muss.

Wien, im Juni 2006

Dr. Christian Nordberg