



Autor: Mag. Georg Streit

# Die Gemeinde als öffentlicher Auftraggeber

Die komplizierte Materie Vergaberecht stellt für öffentliche Auftraggeber wie für die Bieter stets eine Herausforderung dar. In Österreich sind neben dem Bundesvergabegesetz auch die neun Landesvergabegesetze und die Ö-Norm A 2050 zu beachten. Diese Normen orientieren sich an den Vorgaben des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Oftmals kommt es dabei zu Fragen, die nur die Rechtsprechung der Höchstgerichte lösen kann. Dazu kommt, dass die unterlegenen Bieter gelernt haben, die legislativen Schwachstellen der Vergabebestimmungen auszunützen und die Vergabe von Aufträgen so - zumindest für einige Zeit - blockieren oder können. Die jüngste Entwicklung zeigt, dass immer öfter auch die Gerichte Vergabeentscheidungen mitbestimmen. Für die öffentlichen Auftraggeber ist es schwierig, die vielen rechtlichen zwingenden Vorgaben zu überblicken. Erschwert wird dies nicht nur durch die Rechtszersplitterung im Landes- und Bundesbereich sowie ober- und unterhalb der Schwellenwerte, sondern auch durch die Unsicherheit, die die vielen anhängigen Verfahren mit ungewissem Ausgang unter Auftraggebern wie unter Bieter erzeugen. Insbesondere durch die jüngsten Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofs steht im österreichischen Vergaberechtssystem eine tiefgreifende Reform bevor.

## Wer kontrolliert die Auftragsvergabe durch Bund und Länder?

Da das Bundesvergabeamt nach dem Bundesvergabegesetz auch zur Prüfung der Vergabeentscheidungen von Bundesministern berufen war, hat der Verfassungsgerichtshof per 31.12.2000 die

Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes auf die Auftragsvergabe durch den Bund als verfassungswidrig aufgehoben. Bisher hat der Gesetzgeber keine Regelung erlassen, die auch ab 1.1.2001 ein geordnetes Verfahren sicherstellt. Gelingt dies aber nicht rechtzeitig, könnte die Rechtsunsicherheit noch größer werden, da dann nur mehr die Vorschriften des Europäischen Gemeinschaftsrechts die Grundlage der Auftragsvergabe im Bundesbereich bilden, die in manchen Teilen eine erheblichen Entscheidungsspielraum lassen. Die Beschäftigung der Gerichte als dann allein zuständige Kontrollinstanz in Fragen des Vergaberechts dürfte in diesem Fall stark zunehmen.

Diese Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs hat aber auch Auswirkungen auf den Landesbereich. In einigen Landesgesetzen sind zur Kontrolle von Vergabeentscheidungen der Landesvergabeämter oder -kontrollsenate nach dem Vorbild auf Bundesebene eingerichtet worden. Auch diesen droht die Aufhebung und den betroffenen Ländern eine Situation wie oben beschrieben. Da von einer Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof aber nur die Kontrolle der Entscheidungen der Länder betroffen wäre, würden die Landesvergabegesetze für die Gemeinden weitergelten. So könnte es zu der Konstellation kommen, dass nicht nur für Bund und Länder, sondern auch für die Gemeinden unterschiedliche Regelungen anzuwenden sind. Die Gesetzgeber sind daher jedenfalls gefordert, rasch zu handeln.

## Fällt der Schwellenwert?

Aber auch auf die öffentlichen Auftraggeber könnten demnächst mehr Arbeit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

zukommen. Bislang gilt, dass ebenso wie die strengen Vorschriften der Vergabegesetze auch die Rechtsschutzmechanismen für die Bieter nur oberhalb der Schwellenwerte zur Anwendung kommen. Liegt das Auftragsvolumen unter dem Schwellenwert, sind die Bieter zwar nicht vollkommen schutzlos, doch ist der Rechtsschutz gegen fehlerhafte Entscheidungen in diesem Bereich bedeutend weniger stark ausgebildet. Der Verfassungsgerichtshof hat nun anlässlich der Prüfung eines Vergabeverfahrens beschlossen, die Schwellenwertregelung näher unter die Lupe zu nehmen. In einem sogenannten Gesetzesprüfungsbeschluss meint der Gerichtshof, dass es unsachlich sei, etwa den Bieter in einem Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrags über 200.000,- Euro den Rechtsschutz des Vergabegesetzes zukommen zu lassen, nicht aber in einem Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrags von gleichem Volumen (hier liegt der Schwellenwert bei rund 5 Millionen Euro). Ganz grundsätzlich ist es nicht einzusehen, dass bestimmten Bieter eine bessere Rechtsposition zukommt als anderen, nur weil der Auftrag eine bestimmte Größenordnung erreicht.

Sollte der Verfassungsgerichtshof nach der näheren Prüfung des Gesetzes seine Zweifel bestätigt finden, würde dies wohl nicht nur das Ende der Schwellenwertregelung in dem hier konkret geprüften Bundesvergabegesetz bedeuten. Auch im Bereich der Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände müssten dann die Schwellenwerte fallen. Was für die öffentlichen Auftraggeber noch mehr Aufwand bei der Anschaffung von Waren, der Errichtung von Bauten oder der Nachfrage von Dienst-

leistungen bedeutet, da die Schwellenwerte nicht nur für den Rechtsschutz, sondern die Anwendbarkeit der Vergabegesetze insgesamt relevant sind, bringt den Bieter zweifellos eine bessere Position und dient dem Wettbewerb unter den Auftragnehmern.

## Selbstbindung durch Berufung auf Vergabevorschriften

Die Vorschriften des Vergaberechts sind unter bestimmten Umständen aber auch jetzt schon anzuwenden, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen dafür nicht vorliegen. Ein im Nahebereich einer Gemeinde angesiedeltes Unternehmen hatte eine Bauleistung ausgeschrieben und sich dabei eines amtlichen Vordrucks für ein solche Ausschreibung bedient. Die Ausschreibung wurde auch europaweit kundgemacht. Die Auftraggeberin beabsichtigte, den Auftrag nach Teilleistungen zu vergeben. Dies war jedoch in der öffentlichen Kundmachung ausdrücklich ausgeschlossen worden. Nachdem ein Bieter, der auf der Vergabe des gesamten Auftrags bestanden hatte und dafür auch das günstigste Angebot gelegt hatte, nicht zum Zug gekommen war, fand sich die Auftraggeberin vor Gericht mit einer Schadenersatzklage dieses Bieters konfrontiert.

Der Oberste Gerichtshof (OGH) gab dem Bieter Recht. Die Auftraggeberin hat nach Ansicht des Gerichts durch Verwendung des Vordrucks und die öffentliche Ausschreibung des Auftrags zu verstehen gegeben, dass die Vergabe von Teilleistungen nicht vorgesehen sei. Den Einwand der Auftraggeberin, dass der Vordruck nicht relevant sei, da

er auf Vergabebestimmungen Bezug nehme, die gar nicht anwendbar seien, weil die Auftraggeberin kein öffentliche Unternehmen sei, ließ der OGH nicht gelten. Mit der Verwendung des Vordrucks und der Kundmachung im offiziellen Kundmachungsbogen hat sich die Auftraggeberin freiwillig den Vergabebestimmungen unterworfen, die daher jedenfalls zur Anwendung kommen. Da diese die Vergabe nach Teilleistungen aber nur dann zulassen, wenn dies auch angekündigt war, gab das Gericht der Klage auf Schadenersatz und entgangenen Gewinn statt.

## Berufung auf Fremdmittel ist kein Ausschlussgrund

Nicht immer endet ein Verfahren vor einem Höchstgericht mit einem Sieg des unterlegenen Bieters. Eine Gemeinde hatte geplant, einen privaten Dienstleistungsauftrag für den mehrjährigen Betrieb von Kläranlagen und Abwasserentsorgungsvorrichtungen zu vergeben. Um sicherzugehen, dass der zukünftige Vertragspartner auch tatsächlich die zu vergebende Aufgabe für die gesamte geplante Zeit erfüllen kann, hatte die Ausschreibung die Bedingung enthalten, dass ein durchschnittlicher Jahresumsatz von mindestens 2,5 Millionen Euro in den letzten beiden Jahren im Bereich des Betriebs von Kläranlagen und Abwasserentsorgungsvorrichtungen und außerdem den erfolgreichen Betrieb einer Anlage zur Klärung privater Abwässer während zweier aufeinanderfolgender Jahre nachzuweisen ist.

Ein Bieter, der erst seit kurzem auf dem Markt war, konnte weder irgendeinen Umsatz noch den erfolgreichen Betrieb

einer Kläranlage vorweisen. Um seine Eignung zur Teilnahme am Vergabeverfahren nachzuweisen, legte der Bieter daher kurzerhand eine Dokumentation über die Mittel eines anderen, selbstständigen Unternehmens vor, auf das ihm keineswegs beherrschender Einfluss zukam. Die Gemeinde ließ sich überzeugen und erteilte den Auftrag an diesen Bieter. Ein Konkurrent sah darin einen Verstoß gegen die selbst aufgestellten Vergabebedingungen und beantragte die Nichtigerklärung der Auftragsvergabe an den Newcomer. Die mit diesem Antrag befasste Rechtsschutzinstanz hatte Zweifel, ob die Sache so eindeutig ist und ersuchte den Europäischen Gerichtshof im Luxemburg (EuGH) um eine Entscheidung dieser Frage.

Der EuGH gab der Gemeinde Recht. Ein Bieter darf nicht allein deshalb vom Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags ausgeschlossen werden kann, weil er Mittel einzusetzen beabsichtigt, die er nicht selbst besitzt. Dem Bieter steht es vielmehr frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit eines Dritten zu berufen. Natürlich muss der Nachweis erbracht werden, dass der Bieter tatsächlich auf die technische oder auch finanzielle Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens zurückgreifen kann. Wie dies geschieht, unterliegt jedoch keiner Regelung. Unsere Gemeinde hatte daher zu Recht den späteren Sieger im Vergabeverfahren nicht vom Verfahren ausgeschlossen, nur weil er auf die Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens verwiesen hatte, das nicht zur selben Unternehmensgruppe gehört.