

## Interessenkonflikte bei Geschäftsführern, Vorstand, Aufsichtsrat

Rodung in  
Nationalpark-Kernzone

Irreführende Werbung und  
Culpa in contrahendo

Atypisch stille Gesellschafter  
Einlagenrückgewähr?

Steuerschaden bei  
Zahlung rückständigen Entgelts

Wirtschaftskrise und  
Emissionszertifikate

Produkthaftungs-RL  
Vollharmonisierung des Schadensbegriffs

# Update Vergaberecht

*Zur Ankurbelung der Wirtschaft in der Krise wurden die Schwellenwerte im Unterschwellenbereich zeitlich befristet angehoben und wurde der Zugang zu beschleunigten Verfahren erleichtert. Noch im Jahr 2009 steht eine Novelle zum BVergG an. Dieser Beitrag stellt die neue Schwellenwerteverordnung vor, gibt einen Überblick über die geplante Novelle und präsentiert ausgewählte Entscheidungen.*

BERNT ELSNER

## A. Anhebung der Schwellenwerte

Mit Verordnung v 31. 3. 2009, BGBl II 2009/125,<sup>1)</sup> wurden folgende Schwellenwerte mit Wirkung vom 30. 4. 2009 befristet bis 31. 12. 2010 angehoben: die Grenze für Direktvergaben von € 40.000,- bzw € 60.000,- auf € 100.000,-,<sup>2)</sup> für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung von € 60.000,- auf € 100.000,-,<sup>3)</sup> für Bauaufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung von € 80.000,- auf € 100.000,-,<sup>4)</sup> für Liefer- und Dienstleistungsaufträge im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung von € 80.000,- auf € 100.000,-<sup>5)</sup> und für Bauaufträge im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung von € 120.000,- auf € 1.000.000,-.<sup>6)</sup>

Die Möglichkeit, Bauaufträge bis € 1.000.000,- ohne vorherige Bekanntmachung zu vergeben, bedeutet, dass überregional tätige Unternehmen von manchen für sie interessanten Aufträgen gar nicht mehr erfahren werden. Besteht nämlich ein Gesamtauftrag aus mehreren Losen, die insgesamt € 5.278.000,- nicht überschreiten, gelten die Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen im Unterschwellenbereich für alle Lose.<sup>7)</sup> Daraus folgt, dass nun Bauaufträge möglicherweise bis zu € 5.277.999,- im nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung vergeben werden können. Zwar setzt ein Verzicht auf eine Bekanntmachung voraus, dass dem Auftraggeber genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lauterer Wettbewerb sicherzustellen,<sup>8)</sup> und es ist der Auftraggeber verpflichtet, die aufzufordernden Unternehmer nicht diskriminierend auszuwählen und zudem so häufig wie möglich zu wechseln,<sup>9)</sup> bei kleineren Gemeinden werden aber oft gar nicht so viele Bauvorhaben dieser

Größenordnung zur Vergabe gelangen, dass es zur Rotation kommt.

Interessierten Bewerbern ist daher zu raten, proaktiv auf sich aufmerksam zu machen, um den Auftraggebern so gut bekannt zu sein, dass sie bei der Einladung zur Angebotsabgabe nicht übergangen werden.

## B. Beschleunigte Verfahren

Der Europäische Rat hat Ende 2008 befürwortet, dass in den Jahren 2009 und 2010 die beschleunigten Verfahren der Richtlinien angewendet werden, was durch den außergewöhnlichen Charakter der gegenwärtigen Wirtschaftskrise gerechtfertigt sei, um die Dauer des Ausschreibungsprozesses bei den gebräuchlichsten Verfahren für Großprojekte von 87 auf 30 Tage zu verkürzen.<sup>10)</sup> Auch die Europäische Kommission erklärte in einer Pressemitteilung,<sup>11)</sup> dass die

MMag. Dr. *Bernt Elsner* ist RA und Partner von CMS Reich-Rohrwig Hainz in Wien.

- 1) Zu den Hintergründen: *Fruhmann*, Die Schwellenwerteverordnung 2009, ZVB 2009/43.
- 2) Vgl §§ 11, 41 Abs 2 Z 1, § 141 Abs 3, §§ 177, 201 Abs 2, § 280 Abs 3.
- 3) § 38 Abs 2 Z 2.
- 4) § 38 Abs 2 Z 1.
- 5) § 37 Z 2.
- 6) § 37 Z 1.
- 7) § 14 Abs 4 iVm § 12 Abs 1 Z 3.
- 8) § 37 Satz 1.
- 9) § 102 Abs 2; vgl zum Rotationsprinzip *Elsner*, BVergG 2006<sup>2</sup> Rz 103, 170.
- 10) Ratsdokument 17271/1/08 REV 1, abrufbar unter [www.consilium.europa.eu/uedocs/cms\\_data/docs/pressdata/de/ec/104697.pdf](http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/104697.pdf)
- 11) Pressemitteilung IP/08/2040 v 19. 12. 2008, abrufbar unter: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/08/2040&format=HTML&aged=0&Language=DE&guiLanguage=de>

Dringlichkeit der aktuellen Wirtschaftslage zur Rechtfertigung des Rückgriffs auf das beschleunigte Verfahren ausreichen dürfte. Die Annahme der Dringlichkeit sollte in den Jahren 2009 und 2010 für alle größeren öffentlichen Projekte gelten. Angesprochen sind dabei aber nur nicht offene Verfahren, keine Verhandlungsverfahren.<sup>12)</sup>

### C. BVergG-Novelle 2009

Am 20. 12. 2009 endet die Umsetzungsfrist für die Rechtsmitteländerungsrichtlinie.<sup>13)</sup> Einen ersten Entwurf zu deren Umsetzung hat das Bundeskanzleramt am 23. 10. 2008 versandt,<sup>14)</sup> am 10. 5. 2009 folgte ein überarbeiteter Begutachtungsentwurf zu einer BVergG-Novelle 2009.<sup>15)</sup> Darin ist auch die EU-Berufsanerkennungs-RL<sup>16)</sup> eingearbeitet und es werden Maßnahmen zur Reduktion der Verwaltungslasten getroffen.<sup>17)</sup>

#### 1. Vereinfachungen beim Eignungsregime

Die Eignung soll künftig auch durch eine Eigenerklärung des Bewerbers nachgewiesen werden können, mit der der Bewerber das Vorliegen der in einem Vergabeverfahren konkret geforderten Eignungsnachweise bestätigt.<sup>18)</sup> Im Einzelnen überprüft werden sollen die entsprechenden Nachweise nur bei bestimmten Bietern, insb bei dem für den Zuschlag vorgesehenen Bestbieter. Zum Nachweis kann ein Bieter auch auf den Eintrag in einem entsprechenden Kataster verweisen, sofern diesem hinreichend aktuelle Unterlagen vorliegen.<sup>19)</sup> Die Vereinfachung des Eignungsregimes soll zu einer maßgeblichen Reduktion der Verwaltungskosten der Unternehmer führen.

#### 2. Nichtigerklärung von Verträgen

Eine wichtige Änderung erzwingt die Rechtsmitteländerungs-RL insofern, als das BVA bereits geschlossene Verträge für absolut nichtig erklären kann.<sup>20)</sup> Im OSB ist eine Nichtigerklärung die Regel,<sup>21)</sup> wenn das BVA festgestellt hat, dass eine Vergabe ohne gehörige Bekanntmachung oder Zuschlagsentscheidung erfolgt ist.<sup>22)</sup> Im USB erfolgt eine Nichtigerklärung nur bei einer offenkundig unzulässigen Vorgangsweise des AG.<sup>23)</sup> Sieht das BVA von einer Nichtigerklärung ab, kann es Geldbußen verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sind, maximal bis 20% der Auftragssumme.<sup>24)</sup>

#### 3. Umsetzung der Berufsanerkennungs-RL

Nur solche Bewerber, die für die Ausübung ihrer Tätigkeit in Österreich eine behördliche Entscheidung betreffend ihre Berufsqualifikation benötigen, müssen ein entsprechendes Verfahren vor Ablauf der Angebotsfrist einleiten.<sup>25)</sup> Das verspätete Stellen eines entsprechenden Antrags stellt keinen Ausscheidensgrund mehr dar,<sup>26)</sup> eine zeitgerechte Antragstellung ist aber Voraussetzung für eine allfällige Fristverlängerung.<sup>27)</sup> Nur vorübergehend in Österreich tätige Unternehmen können sich auf ihre Befugnis im Herkunftsland berufen. Sollte die Tätigkeit im Herkunftsland nicht reglementiert sein, muss sie während der letzten zehn Jahre zumindest zwei Jahre ausgeübt worden sein.<sup>28)</sup>

#### 4. Stillhaltefrist

Die Stillhaltefrist beträgt bei Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei Übermittlung per Brief 15 Tage, im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage ab Versendung.<sup>29)</sup>

#### 5. Grüne Beschaffung

Bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen sind künftig der Energieverbrauch und die Emissionen von CO<sub>2</sub>, NO<sub>x</sub>, NMHC sowie Partikeln zu berücksichtigen.<sup>30)</sup> Eine EU-RL zur Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge ist derzeit in Vorbereitung.<sup>31)</sup>

#### 6. Auftragsweitergabe im Konzern

Neu geregelt werden soll, dass an verbundene Unternehmen der gesamte Auftrag, auch wenn es sich nicht um einen Kaufvertrag handelt, weitergegeben werden darf.<sup>32)</sup>

#### 7. Bekanntmachungen

In Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung kann der Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung bekannt machen, indem er sie im OSB an die Kommission sendet,<sup>33)</sup> im USB in geeigneter Weise bekannt macht.<sup>34)</sup> Dies hat zur Folge, dass ein nach Ablauf der Stillhaltefrist erfolgter Zuschlag nicht mehr bekämpft werden kann.<sup>35)</sup>

12) Vgl *Fruhmann*, Die Schwellenwertverordnung 2009, ZVB 2009/43, 169.

13) RL 2007/66/EG v 11. 12. 2007, ABI L 2007/335, 31.

14) BKA-600.883/0044-V/8/2008.

15) BKA-600.883/0046-V/8/2009.

16) RL 2005/36/EG v 7. 9. 2005, ABI L 2005/255, 22.

17) Die nunmehrige Darstellung der wesentlichen Inhalte der Novelle und die entsprechenden Zitate der einzelnen Bestimmungen beziehen sich immer auf den zweiten Begutachtungsentwurf. Sofern dieser Änderungen bzw Ergänzungen zum ersten Entwurf enthält, wird darauf gesondert im Text hingewiesen.

18) § 70 Abs 2, § 231 Abs 2 Ministerialentwurf; *Mayr*, Die Eigenerklärung bei der Eignungsprüfung, ZVB 2009/29.

19) § 70 Abs 6, § 231 Abs 6.

20) Vgl *Stalzer/Porsch*, Die Rechtsmitteländerungsrichtlinie 2007/66/EG und deren Umsetzung – Teil 1, ZVB 2009/44, – Teil 2, ZVB 2009/54.

21) § 334 Abs 2 bis 4.

22) § 312 Abs 3 Z 3 bis 5.

23) § 334 Abs 5.

24) § 334 Abs 8.

25) § 20 Abs 1.

26) § 129 Abs 1 Z 11.

27) § 112 Abs 3.

28) *Hattenberger*, Neuregelung der Anerkennung von Berufsqualifikation, ZVB 2009/26.

29) § 132 Abs 1.

30) §§ 80, 237.

31) Vgl Entschließung des Europäischen Parlaments v 22. 10. 2008, KOM (2007) 0817 – C6–0008/2008–2005/0283 (COD).

32) § 83 Abs 1, § 240 Abs 1.

33) § 49 Abs 2 bzw § 210 Abs 2.

34) § 55 Abs 5 bzw § 219 Abs 5.

35) § 332 Abs 7.

## 8. Zentrale Beschaffungsstellen

Gestrichen wird der Begriff „Bauleistungen“ im Ausnahmefallbestand für zentrale Beschaffungsstellen,<sup>36)</sup> weil Bauleistungen zwar über einen „Vermittler“,<sup>37)</sup> nicht aber einen „Großhändler“ beschafft werden können.<sup>38)</sup>

## 9. Zentrale öffentliche Auftraggeber

Durch eine Anpassung des Anhangs V wird klargestellt, dass alle nachgeordneten Dienststellen der Bundesministerien als zentrale öffentliche Auftraggeber anzusehen sind.<sup>39)</sup>

## 10. Verkürzte Nachprüfungsfristen

Wie die Stillhaltefristen werden auch die Nachprüfungsfristen auf zehn Tage nach elektronischer und 15 Tage ab brieflicher Absendung der Zuschlagsentscheidung verkürzt.<sup>40)</sup>

## D. Ausgewählte Judikaturhinweise

### 1. VwGH 1. 10. 2008, 2004/04/0237: Ohne Zuschlagskriterien ist keine Bestbieterermittlung möglich

Legt der Auftraggeber in der Ausschreibung bestandsfest das Bestbieterprinzip fest, nennt aber keine Zuschlagskriterien, kann eine Bestbieterermittlung nicht durchgeführt werden, sodass er das Verfahren widerrufen muss.<sup>41)</sup>

### 2. VwGH 18. 3. 2009, 2007/04/0095: Mangelnde Antragslegitimation ist nur aufzugreifen, wenn sie aus der Aktenlage erkennbar ist

Einem Bieter, dessen Angebot auszuscheiden gewesen wäre und der deshalb für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht kommt, fehlt nach stRsp des VwGH<sup>42)</sup> die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren. Die Nachprüfungsbehörde muss dem Bieter aber vor dem Verneinen seiner Antragslegitimation die Gelegenheit bieten, die Stichhaltigkeit des herangezogenen Ausschließungsgrunds anzuzweifeln und solcher Art Gehör gewähren.<sup>43)</sup> Ist das Angebot mit einem behebbaren Mangel behaftet, kann die Nachprüfungsbehörde keinen Mängelbehebungsauftrag erteilen und nicht beurteilen, ob ein solcher Auftrag zeitgerecht erfüllt worden wäre. Mangels Antragslegitimation zurückzuweisen ist daher nur der Nachprüfungsantrag eines Bieters, dessen Angebot einen unbehebaren Mangel enthält oder dessen Mangel trotz Verbesserungsauftrags nicht behoben wurde.

Nicht verpflichtet ist die Nachprüfungsbehörde, bei der Prüfung der Antragslegitimation auch solche Ausschließungsgründe aufzugreifen, die nicht auf Grund der Akten ersichtlich sind und dazu Sachverständige beizuziehen. Zurückzuweisen sind daher nur Anträge von Bietern, deren Angebot auszuscheiden gewesen wäre und dies die Vergabekontrollbehörde aus der Aktenlage erkennt.<sup>44)</sup>

### 3. VwGH 3. 9. 2008, 2005/04/0082: Auftraggeber muss Projektstudien allen anderen Bietern zeitgerecht zur Verfügung stellen

Lässt der Auftraggeber eine Projektstudie erstellen, muss er diese allen Bietern rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung stellen, andernfalls der Studiersteller vom Vergabewettbewerb wegen mittelbarer Beteiligung an der Erarbeitung der Unterlagen auszuscheiden ist.<sup>45)</sup>

### 4. EuGH 19. 5. 2009, C-538/07, *Assitur*

Die Ausschlussgründe zur beruflichen Eignung sind erschöpfend aufgezählt.<sup>46)</sup> Dies hindert die Mitgliedstaaten aber nicht, Vorschriften einzuführen, die gewährleisten sollen, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz beachtet werden, sofern diese verhältnismäßig sind.<sup>47)</sup> Es würde dem Gemeinschaftsrecht zuwiderlaufen, miteinander verbundene Unternehmen systematisch von der Teilnahme am selben Wettbewerb auszuschließen, weil Konzerngesellschaften vertraglichen Regelungen unterliegen können, die geeignet sind, die Unabhängigkeit und Vertraulichkeit zu gewährleisten.<sup>48)</sup>

36) § 10 Z 14.

37) Siehe § 10 Z 15.

38) In diesem Sinne auch EuGH 18. 1. 2007, C-220/05, *Jean Auroux*, RPA 2007, 41; *Schlamadinger*, Zentrale Beschaffungsstelle, ZVB 2009/27.

39) Vgl Rundschreiben BKA-671.801/0005-V/8/2009 v 27. 1. 2009.

40) § 321 Abs 1.

41) VwGH 1. 10. 2008, 2004/04/0237; vgl *Hartlieb*, ZVB 2009/25.

42) VwGH 28. 5. 2008, 2007/04/0232 und 0233; zuletzt 18. 3. 2009, 2007/04/0095, ZVB 2009/59.

43) VwGH 1. 10. 2008, 2005/04/0233; vgl *Hartlieb*, ZVB 2009/25.

44) VwGH 18. 3. 2009, 2007/04/0095, ZVB 2009/59 (Anm *Grasböck*).

45) VwGH 3. 9. 2008, 2005/04/0082, ZVB 2009/23 (Anm *Pachner*).

46) Art 24 Abs 1 RL 93/37, Art 29 Abs 1 RL 92/50.

47) EuGH 19. 5. 2009, C-538/07, *Assitur*, Rn 21, RPA 2009, 149 (Anm *Reisner*); vgl EuGH 16. 12. 2008, C-213/07, *Mechaniki AE*, Rn 44 bis 48, RPA 2009, 100 (Anm *Reisner*) = ZfRV-LS 2009/3.

48) EuGH, *Assitur*, Rn 28; EuGH 3. 3. 2005, C-21/03 und C-34/03, *Fabrilcom*, Slg 2005, I-1559 Rn 33 und 35.