

In letzter Zeit gab es im Vergaberecht etliche Klarstellungen. Unter anderem muss eine fehlende Gewerbeberechtigung nicht AUTOMATISCH das Aus für den betreffenden Bieter bedeuten. Und mit dem abgeschotteten Markt für Rettungsdienste ist es vorbei.

TEXT: CHRISTINE KARY



Öffentliche Aufträge am Prüfstand

KRAFT & WINTERNITZ RECHTSANWÄLTE

Denken in Lösungen

Seit 1987 international erfolgreich tätig mit folgenden Schwerpunkten:

- Kapitalmarktrecht
- Versicherungsrecht
- Gesellschaftsrecht
- Vertriebsrecht
- Gewerblicher Rechtsschutz
- Lauterkeitsrecht

KRAFT & WINTERNITZ Rechtsanwälte geben klare Antworten, finden effiziente Lösungen und kennen konstruktive Alternativen.

Kraft & Winternitz Rechtsanwälte GmbH
A-1010 Wien • Heinrichsgasse 4
Tel: +43-1-587 16 60-0 • Fax: +43-1-586 31 17
www.kwlaw.at

Im Vergaberecht kam es nicht nur in der Schadenersatzfrage vor Kurzem zu einer rechtlichen Klarstellung. Auch mit anderen strittigen Themen mussten sich Gerichte und Behörden herumschlagen.

Eine der aktuellen Entscheidungen betrifft ein häufiges Ärgernis für Bieter: Fehlt ihnen auch nur für eine der ausgeschriebenen Leistungen die Gewerbeberechtigung, wurde ihr Angebot bislang oft ausgeschieden. Und zwar selbst dann, wenn diese Leistung im Vergleich zum Gesamtprojekt nur eine untergeordnete Rolle spielte. Zwar darf man laut Gewerbeordnung in geringem Umfang auch Leistungen anderer Gewerbe erbringen, die die eigene Leistung sinnvoll ergänzen. Was aber unter solchen geringfügigen Nebenleistungen zu verstehen ist, war bislang strittig.

Als richtungsweisend galt unter anderem eine Entscheidung des Bundesvergabeamts im Fall einer Tunnelanierung, bei der es um die Frage ging, ob die Errichtung einer Tunnellüftungsanlage eine geringfügige Nebenleistung darstelle. Trotz eines wertmäßigen Anteils von bloß 7,52 Prozent des Gesamtprojekts verneinte das die Behörde mit dem Argument, bei nicht fachgerechter Durchführung die-

ser Arbeiten drohe Personen Gefahr. „Dementsprechend gingen die Nachprüfungsbehörden zwar grundsätzlich davon aus, dass man von Geringfügigkeit sprechen kann, wenn die Nebenleistung maximal zehn Prozent im Vergleich zur Hauptleistung ausmacht, stellten aber gleichzeitig auf den konkreten Einzelfall ab“, so Rechtsanwalt Bernhard Kall, Kanzlei Willheim Müller. Auch wenn in die Kerntätigkeit eines anderen Gewerbes eingegriffen wurde, verneinte man die Geringfügigkeit. Dieser Spruchpraxis erteilte der Verwaltungsgerichtshof nun eine Absage – denn in der entsprechenden Bestimmung der Gewerbeordnung sei ausdrücklich von „geringem Umfang“ die Rede und nicht von der Wesentlichkeit der Leistungen. Keine Aussage traf der VwGH zur Obergrenze für den Umfang einer geringfügigen Nebenleistung. Laut Kall ist aber „in Zukunft davon auszugehen, dass die Grenze bei zehn Prozent liegt.“

Mangelnde Begründung. Nicht immer enden Vergabeverfahren mit einem Zuschlag an einen der Bieter. Mitunter kommt es auch zu einem Widerruf der Ausschreibung – was jene Bieter hart trifft, die schon viel Zeit und Mühe in ihre Angebote investiert haben. Das Bundesver-

„Bei Rettungsdiensten dürften **freihändige** Vergaben gängige Praxis gewesen sein.“

gabeamt stellte nun klar, dass Widerrufsentscheidungen schon bei der Bekanntgabe ausreichend begründet sein müssen. „Eine unzureichende Begründung ist potenziell wesentlich für den Ausgang des Verfahrens“, so Hermann Hansmann, Rechtsanwalt bei PHH. Die Begründung später nachzureichen, genüge nicht. Im konkreten Fall hatte der Auftraggeber als Widerrufsgrund bloß „Verdachtsmomente“ für einen Verstoß gegen die Gleichbehandlung angegeben.

Ausschreibungspflicht? Schwierigkeiten macht oft auch die Frage, wann überhaupt Ausschreibungspflicht besteht und wann nicht. Grundsätzlich keine gebe es beim Verkauf öffentlicher Grundstücke an Investoren zum Zweck der Bebauung, entschied der EuGH. Anders wäre das nur unter speziellen Voraussetzungen, so Johannes Stalzer, Partner bei Nemetschke Huber Koloseus Rechtsanwälte. „Etwa, wenn die Bau-

leistungen dem öffentlichen Auftraggeber unmittelbar wirtschaftlich zugute kommen und der Investor eine einklagbare Verpflichtung zur Erbringung dieser Leistungen eingeht.“ Dass mit dem Grundstücksverkauf ein bestimmter öffentlicher Zweck verfolgt wird – etwa sozialer Wohnbau – reiche dafür noch nicht aus.

Anders bei Rettungsdiensten – hier entschied der EuGH zugunsten einer EU-weiten Ausschreibungspflicht und bestätigte damit ein Urteil aus dem Jahr 1998. Nur wenn die medizinische Leistung im Vordergrund steht, hat der Auftraggeber demnach viel Freiraum bei der Vergabe, solange er eine angemessene Transparenz wahrt. „Überwiegt dagegen die Transportleistung, ist grundsätzlich öffentlich auszuschreiben“, so Bernhard Müller, Leiter des Vergaberechtsteams bei Dorda Brugger Jordis. Selbstverständlich sei das bislang nicht gewesen, „vielmehr dürften freihändige Auftragsvergaben an die, üb-

lichen Verdächtigen“ gängige Praxis gewesen sein.“ Der Anlassfall betraf Deutschland, das unter anderem mit hoheitlichen Funktionen der Rettungsdienste argumentierte. Der Gerichtshof sah das anders – Blaulicht, Einsatzhorn und Vorfahrtsrecht seien für sich allein noch keine Zeichen öffentlicher Gewalt. „Damit öffnete der EuGH einen weiteren abgeschotteten Markt für den Wettbewerb“, so Müller. Ob das den gewünschten Erfolg bringe – günstigere Preise bei gleicher Qualität – bleibe abzuwarten. Nicht unter das Vergaberecht fallen laut EuGH Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern, wenn darin keine Vergabe von Aufträgen an Private vorgesehen ist und eine solche auch nicht präjudiziert wird. Konkret ging es um vier norddeutsche Landkreise, die ohne öffentliche Ausschreibung die Stadtreinigung Hamburg mit der Abfallentsorgung beauftragt hatten. „Schon bisher hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung judiziert, dass

eine Vergabe an eine selbstständige Einheit, auf die der Auftraggeber Einfluss wie auf eine eigene Dienststelle ausüben kann, und die ihre Leistungen im Wesentlichen für diesen Auftraggeber erbringt, nicht dem Vergaberecht unterliegt“, erklärt Bernt Elsner, Leiter der Abteilung für Vergaberecht, öffentliches Recht und EU-Wettbewerbsrecht bei CMS Reich-Rohrwig Hainz.

Im vorliegenden Fall trifft das zwar nicht zu. Abfallentsorgung liege jedoch im Allgemeininteresse, und wenn Gebietskörperschaften bei der Verfolgung öffentlicher Interessen zusammenarbeiten, die Gleichbehandlung der Interessenten gewahrt wird und kein Privatunternehmen einen Wettbewerbsvorteil erlangt, verstoße das nicht gegen den freien Dienstleistungsverkehr. Elsner: „Diese Entscheidung ist von großer Bedeutung für alle Auftragsvergaben zwischen Dienststellen und Unternehmen der öffentlichen Hand.“ ■