

EU erleichtert Kampf gegen Direktvergaben

Bisher konnten Geschädigte bei illegalen Direktvergaben nur Schadenersatz einklagen. Dank einer neuen EU-Richtlinie können solche Verträge auch für unwirksam erklärt werden.

Bernhard Müller*

Rechtsschutz bei öffentlichen Auftragsvergaben ist nur effizient, wenn Verträge aufgelöst werden können, die gegen das Vergaberecht verstoßen. Dies gilt vor allem dann, wenn sie freihändig vergeben wurden, d. h. die Zuschlagerteilung direkt an einen Unternehmer erfolgte, ohne dass Mitbewerber an der Vergabe beteiligt waren. Fehlt dann die Möglichkeit, den Vertrag aufzuheben, so ist der übergangene Bieter auf Schadenersatz beschränkt, und der ist in der Praxis wirkungslos. Es wird nämlich kaum je der Nachweis gelingen, dass ein Unternehmer, wäre er am Verfahren beteiligt gewesen, das beste Angebot gelegt hätte und durch die Nichtberücksichtigung einen Schaden erlitten hat.

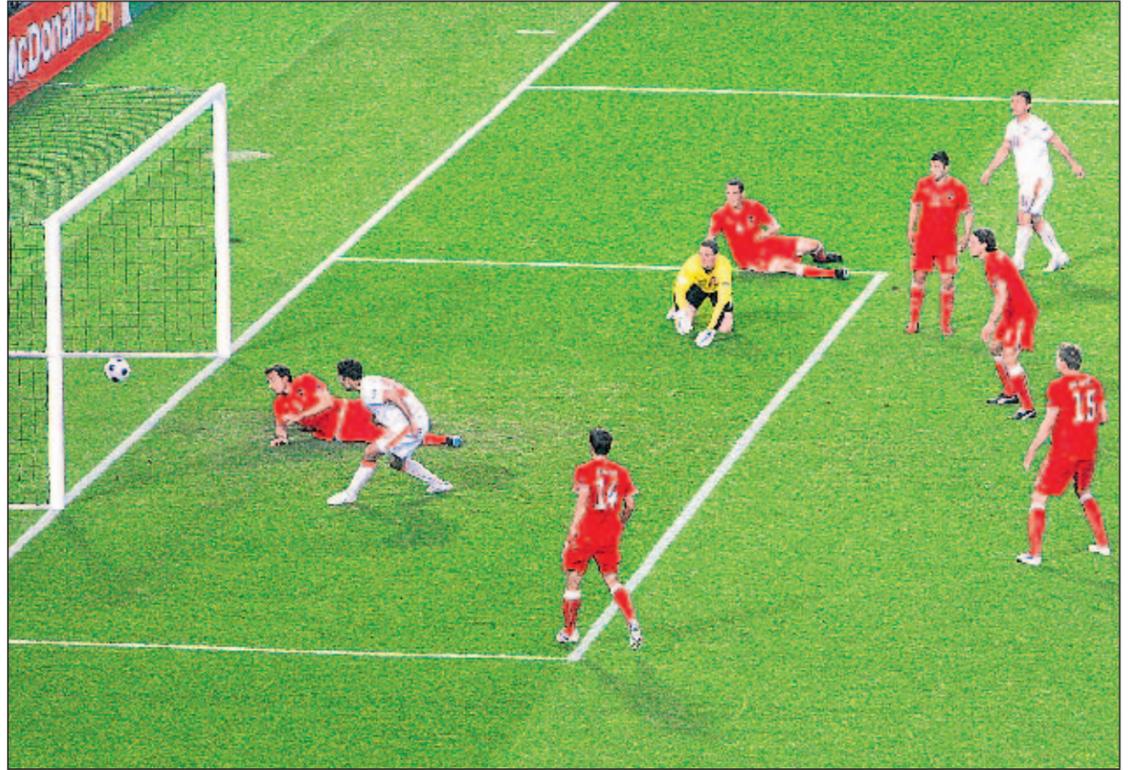
Direktvergaben waren somit stets ein „Schlupfloch“ in der Vergabepaxis. War der Vertrag einmal geschlossen, gab es dagegen die

längste Zeit keine Abhilfe. Der Verstoß gegen das Vergaberecht blieb ohne Sanktion. In Österreich wurde zwar mit dem Bundesvergabegesetz 2006 die Möglichkeit eingeführt, Direktvergaben durch die Vergabekontrollbehörden für nichtig erklären zu lassen; allerdings nur bei offenkundiger Unzulässigkeit. Die Bestimmung war daher totes Recht.

Nun hat nicht nur der Europäische Gerichtshof (Rs C-503/04 vom 18. 7. 2007) betont, dass Verträge nach einer unzulässigen Direktvergabe aufzuheben sind, insbesondere wenn es sich um langfristige Verträge handelt. Eine entsprechende Verpflichtung wurde auch in die Ende 2007 erlassene neue Rechtsmittelrichtlinie 2007/66/EG aufgenommen, um Direktvergaben zu verhindern und den übergangenen Bietern Rechtsschutz zu gewähren. Die Umsetzung hat bis spätestens 20. 12. 2009 zu erfolgen.

Unwirksame Verträge

Die Richtlinie verfügt, dass die Vergabekontrollbehörden Verträge für unwirksam erklären müssen, wenn diese ohne die Veröffentlichung der vorgeschriebenen Bekanntmachung vergeben wurden. Das Gemeinschaftsrecht kennt weder die Beschränkung auf Vergaben, an denen nur ein Unternehmer beteiligt war, noch das Erfordernis der offenkundigen Unzulässigkeit. Damit wird der Rechts-



Eine neue EU-Richtlinie soll den Rechtsschutz von Opfern bei unfair vergebenen öffentlichen Aufträgen verbessern. Davon können die Opfer schiedsrichterlicher Fehlentscheidungen nur träumen. F.: Getty Images/Bongarts

schutz bei Direktvergaben wesentlich ausgeweitet. Angreifbar werden erstmals auch Verhandlungs- und nichtoffene Verfahren, an denen zwar mehrere Bieter beteiligt sind, bei denen aber die erforderliche Bekanntmachung unterlassen wurde, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorlagen.

Für Bieter ist die Sanktionierung mangelnder Transparenz durch Unwirksamklärung des Vertrags ein Fortschritt; für öffentliche Auftraggeber eine Belastung, weil die Vertragsaufhebung bis (mindestens) sechs Monate nach Abschluss beantragt werden kann und bis dahin Rechtsunsicherheit besteht.

Was die Rechtsfolgen der Un-

wirksamkeit angeht, überlässt die Richtlinie diese Frage den Mitgliedstaaten: rückwirkende Aufhebung aller vertraglicher Verpflichtungen oder Beschränkung der Aufhebung auf die Verpflichtungen, die noch zu erfüllen sind. Praktisch ist dies sowohl für den Auftraggeber als auch den Auftragnehmer von großer Bedeutung: Müssen sie „nur“ damit rechnen, dass die Vertragsabwicklung gestoppt wird oder sind bereits ausgetauschte Leistungen rückzustellen? Letzteres erweist sich als schwierig: Bei Dienstleistungen ist eine Rückabwicklung ohnehin denkunmöglich und bei Bauaufträgen in den meisten Fällen wohl mit

einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden. Einzig bei Lieferaufträgen wäre eine Rückabwicklungspflicht umsetzbar. Um Ungleichbehandlungen zwischen den einzelnen Auftragsarten zu vermeiden, sollte auf die Rückabwicklung gänzlich verzichtet werden.

Einzige Ausnahme: Bei zwingenden Gründen – vor allem im Allgemeininteresse – erlaubt die Richtlinie ausnahmsweise, die Wirkung des Vertrags zu erhalten. Wirtschaftliche Interessen zählen hier grundsätzlich nicht dazu.

*Dr. Bernhard Müller ist Rechtsanwalt bei Dorda Brugger Jordis. bernhard.mueller@dbj.at

Würden Sie es tun?



Wie sind Sie, und wer passt zu Ihnen?

Jeder Mensch ist anders. Und doch finden immer wieder Menschen zusammen, die offenbar ganz besonders gut miteinander können. Menschen, bei denen es einfach passt.

Das speziell entwickelte Prinzip von derStandard.at/ZuZweit beruht auf der Erfahrung aus über 30 Jahren Partnerschaftsforschung. Herzstück ist ein wissenschaftliches Verfahren, mit

dem zunächst jene Facetten der Persönlichkeit ermittelt werden, die für eine harmonische Beziehung ausschlaggebend sind.

Ausgehend von diesem Persönlichkeitsprofil werden Ihnen genau jene Partner vorgeschlagen, mit denen Sie eine stimmige Mischung aus Gemeinsamkeiten und Gegensätzen verbindet.

Alles natürlich streng anonym.



Gewerbeberechtigung als Falle

Unternehmer müssen bei Ausschreibungen auf ihre Nebenrechte achten

Bernhard Kall*

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge wird – wie die Praxis zeigt – das Gewerbeamt in zunehmendem Maß zum Stolperstein auf dem Weg zum Erhalt eines öffentlichen Auftrags. Nach dem Bundesvergabegesetz muss jeder Unternehmer die für die Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags erforderliche Gewerbeberechtigung besitzen.

Wird eine ausgeschriebene Leistung etwa als Baumeisterarbeiten bezeichnet, gehen Unternehmer davon aus, dass sie über die Gewerbeberechtigung verfügen. In der Praxis weicht der ausgeschriebene Leistungsumfang aber oft von der Zeichnung ab und umfasst auch Leistungen, für die eine zusätzliche Gewerbeberechtigung benötigt wird.

Böses Erwachen

Vor allem klein- und mittelständische Unternehmen, die nicht über die entsprechenden Personalressourcen verfügen, um die Ausschreibung im Angebotsstadium im Detail zu prüfen, übersehen dies oft bei Angebotslegung. Im Zuge von Vergabennachprüfungsverfahren kommt dann das böse Erwachen, wenn von Mitbewerbern unter Berufung auf die fehlende Gewerbeberechtigung für Teilleistungen das Ausscheiden des Angebots beantragt wird.

Für betroffene Unternehmer ist dies oft unverständlich, da sie aus fachlicher Sicht zur Erbringung dieser geringfügigen Leistung durchaus fähig sind. Auf den

ersten Blick aufgrund des streng formalen Vergaberichts eine krasse Fehleinschätzung. Auf den zweiten Blick stellt sich aber in bestimmten Fällen heraus, dass es sich gar nicht um eine Fehleinschätzung handelt, sondern Unternehmer nur nicht ausreichend über ihre Rechte Bescheid wissen, vor allem darüber nicht, welche Leistungen sie nach dem Gewerbeamt als Nebenleistung zu einer bestehenden Gewerbeberechtigung ausführen dürfen.

Lüftungsanlage

Nach dem in § 32 Abs 1 Z 1 Gewerbeordnung (GewO) geregelten Nebenrecht von Gewerbetreibenden dürfen Gewerbetreibende in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerke erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Dies wurde auch jüngst in einer Entscheidung des Bundesvergabeamtes bestätigt (N/0077-BVA/13/2007-40 vom 3. 10. 2007): Ausschrieben war eine Tunnelanlieferung, wobei vom Leistungsumfang unter anderem auch die Neuerrichtung einer Tunnellüftungsanlage umfasst war, für die aus gewerblicher Sicht die Gewerbeberechtigung für Lüftungstechnik erforderlich ist. Fraglich war, ob die Neuerrichtung der Tunnellüftungsanlage, die nur eine von vielen Teilleistungen des Auftrags darstellte, eine geringfügige Leistung im Sinne des § 32 Abs 1 Z 1 GewO darstellt oder nicht.

Konkret betrug der wertmäßige Anteil der Tunnellüftungsanlage an der ge-

samten ausgeschriebenen elektrotechnischen und maschinellen Anlage 7,52 Prozent. Das BVA ging in dieser Entscheidung davon aus, dass bei einem solchen Anteil nicht mehr von einer geringfügigen Leistung im Sinne des § 32 Abs 1 Z 1 GewO gesprochen werden kann, sodass ein Unternehmer entweder die entsprechende Gewerbeberechtigung benötigt oder einen Subunternehmer namhaft machen muss, andernfalls sein Angebot auszuschneiden ist.

Bemerkenswert ist, dass das BVA erstmals klargestellt hat, bei welchem Anteil der geringfügigen Nebenleistung im Verhältnis zur Gesamtleistung von einer geringfügigen Nebenleistung im Sinne des § 32 Abs 1 Z 1 GewO auszugehen ist. Bei den 7,52 Prozent handelt es sich um keine starre Grenze, auch zukünftig wird je nach konkretem Einzelfall zu entscheiden sein. Dennoch gibt es damit einen Richtwert, an den sich Unternehmer zukünftig orientieren können.

Rechtssicherheit

Die Entscheidung des BVA schafft somit eine gewisse Rechtssicherheit, die zu begrüßen ist. Dennoch bleibt es für Unternehmer auf dem Weg zum Erhalt eines öffentlichen Auftrags unerlässlich, sich bereits im Angebotsstadium insbesondere auch mit gewerblichen Fragen auseinanderzusetzen.

*Dr. Bernhard Kall, Willheim Müller Rechtsanwälte. b.kall@wmlaw.at