

# Erneuerung oder bloß **FEINTUNING?**

**Geht es nach der EU-Kommission, soll das VERGABERECHT effizienter, ökologischer und sozialer werden. Die EuGH-Rechtsprechung bringt ebenfalls frischen Wind.** TEXT: STEPHANIE DIRNBACHER UND CHRISTINE KARY

**D**ie EU-Kommission plant eine Modernisierung des Vergaberechts. Um alle Probleme und Verbesserungsvorschläge auf den Tisch zu bringen, hat sie ein Grünbuch vorgelegt, das zu mehr als hundert Themenbereichen einen Konsultationsprozess in Gang setzen soll. Ob dabei letztlich eine Rundumerneuerung des europäischen Vergaberegimes oder ein bloßes Feintuning herauskommen wird, ist noch unklar.

**Ökologisch & sozial.** Stephan Denk, Rechtsanwalt bei Freshfields

Bruckhaus Deringer, erkennt zwei Stoßrichtungen bei den Reformbestrebungen: Zum einen soll das Vergaberecht durch Ankurbelung des Wettbewerbs effizienter werden – ein Gedanke, der nicht unbedingt neu ist. Zum anderen soll die Strategie „Europa 2020“, die die Wirtschaft in der EU auf das nächste Jahrzehnt vorbereiten will, in das Vergaberecht einfließen und bewirken, dass ökologische und soziale Aspekte auch bei öffentlichen Auftragsvergaben berücksichtigt werden. Konkret könnte das laut Denk zu einer Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber führen, im

Rahmen ihrer Beschaffungen einen bestimmten Anteil an nachhaltigen Wirtschaftsgütern einzukaufen. Dem Vergaberecht könnte somit ein gewisser Steuerungseffekt zukommen. Rechtsanwalt Hermann Hansmann von PHH Rechtsanwälte findet diese Zielrichtung grundsätzlich positiv. Er gibt jedoch zu bedenken, dass die Verankerung nachhaltiger Kriterien in öffentlichen Ausschreibungen letztlich das Vergabeverfahren wieder komplexer machen würde. Und das sei etwas, was man sowohl auf EU- als auch auf nationaler Ebene verhindern will.

»



## home advantage in central europe

**home advantage in central europe.** Seit mehr als einem Jahrzehnt begleiten wir unsere Mandanten bei ihrem Engagement und ihren Investitionen in Zentral- und Osteuropa. Dort sind wir mit eigenen Büros und rund 300 Juristen in 12 Ländern bestens etabliert und erfüllen die Anforderung von lokalem Know-how, internationaler Erfahrung und hoher Qualität.

[www.schoenherr.eu](http://www.schoenherr.eu)

**schoenherr**

BULGARIEN | EUROPÄISCHE UNION | KROATIEN | ÖSTERREICH | POLEN | RUMÄNIEN | SERBIEN | SLOWAKEI | SLOWENIEN | TScheCHIEN | UKRAINE | UNGARN



» Ein weiterer wichtiger Punkt, der im Grünbuch thematisiert wird, sind Vertragsänderungen bei öffentlichen Aufträgen (siehe auch Artikel Seite 14). „Gerade bei längerfristigen Verträgen erfolgen oft Vertragsanpassungen“, weiß Denk. Wann solche Anpassungen eine neue Ausschreibung erforderlich machen, ist derzeit auf EU-Ebene nicht eindeutig geregelt. Eine künftige Richtlinie könnte diesbezüglich Abhilfe schaffen. Ebenso wird diskutiert, ob Sektorauftraggeber aus dem Vergaberegime entlassen werden sollen. Dabei handelt es sich um Unternehmen in netzgebundenen Wirtschaftszweigen, wie zum Beispiel Wasser-, Energie- oder

Verkehrsversorgung. Diese Unternehmen fallen nur aufgrund ihrer Tätigkeit unter das Vergaberegime und sind zum Teil Privatunternehmen, die im echten Wettbewerb stehen. Daher stellt sich die Frage, ob für sie überhaupt Vergabevorschriften notwendig sind.

Der öffentliche Konsultationsprozess zu diesen und anderen Themen läuft noch bis 18. April 2011. Bis dahin kann jeder, der sich an der Diskussion beteiligen möchte, eine Stellungnahme abgeben. Bis die Vorschläge letztlich in eine Richtlinie gegossen werden, wird aber noch einige Zeit vergehen.

**Haftung ohne Verschulden.** Neben dem Grünbuch hat auch eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) für frischen Wind im Vergaberecht gesorgt. Das europäische Höchstgericht stellte vor Kurzem klar, dass der Schadenersatzanspruch von übergangenen Bietern nicht davon abhängig gemacht werden darf, dass der Auftraggeber schuldhaft gehandelt hat. „Auf dieser Grundlage hat der Oberste Gerichtshof nunmehr ausgesprochen, dass öffentliche Auftraggeber für Vergabeverstöße verschuldensunabhängig haften“, so Bernhard Kall, Willheim Müller Rechtsanwälte. Der Sorg-

„Als öffentlicher Auftraggeber ist man selbst Sachverständiger.“

MANFRED ESSELTZBICHLER,  
WOLF THEISS

faltsmaßstab für öffentliche Auftraggeber und sämtliche Vergabekontrollbehörden werde damit erhöht, gleichzeitig werde es für Bieter „interessanter“, Entscheidungen der Nachprüfungsbehörden mittels VwGH-Beschwerde zu bekämpfen. Denn habe man damit Erfolg, seien danach auch Schadenersatzansprüche leichter durchsetzbar.

Inzwischen gibt es eine weitere EuGH-Entscheidung zum selben Thema, in der manche ein gewisses „Zurückrudern“ und einen Anlass für neuerliche Verunsicherung sehen. Als Voraussetzung für einen Schadenersatzanspruch wird darin ein „hinreichend qualifizierter Verstoß“ des Auftraggebers gefordert.

Ein solcher ist zwar nicht gleichbedeutend mit einem Verschulden im Sinne des österreichischen Schadenersatzrechts. Wohl aber ergibt sich

Der Wettbewerb um öffentliche Aufträge soll durch eine Vergaberechtsreform belebt werden.





Einblicke ins Gebäude des EuGH. Hier fielen knapp hintereinander zwei Entscheidungen zum Schadenersatz für übergangene Bieter, die den Auftraggebern das Leben nicht leichter machen.

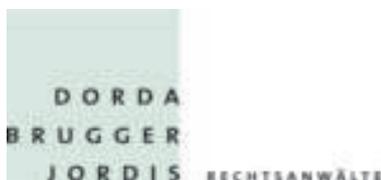
daraus, dass die Vorgangsweise bei der Auftragsvergabe in einem allfälligen späteren Streitfall nicht belanglos ist.

**Hoher Sorgfaltsmaßstab.** Öffentliche Auftraggeber sind jedenfalls gut beraten, im Vergabeverfahren allerhöchste Sorgfalt walten zu lassen, um im Fall des Falles beweisen zu können, dass sie sich im besonderen Maß um die Vermeidung eines möglichen Schadens bemüht haben. Dazu gehört es auch, Entscheidungen der Vergabekontrollbehörde nochmals zu überprüfen. Denn laut Manfred

Essletzlichler, Leiter der Vergaberechtspraxisgruppe bei Wolf Theiss, lassen sich Schadenersatzansprüche nicht einfach mit dem Argument abwehren, dass bloß die Entscheidung der Vergabekontrollbehörde umgesetzt wurde. „Als öffentlicher Auftraggeber ist man selbst Sachverständiger und muss einen erhöhten Sorgfaltsmaßstab einhalten“, betont er. Das kann sehr mühsam werden. Essletzlichler hält es unter Umständen sogar für sinnvoll, externe Gutachter zu beauftragen, um die Richtigkeit einer von Vergabekontrollbehörden bereits kontrollierten Zuschlags-

entscheidung zu überprüfen. Wenn man wirklich alles getan hat, um ein rechtmäßiges Vergabeverfahren zu gewährleisten, wird man sich dem Vorwurf des „hinreichend qualifizierten“ Verstoßes am ehesten entziehen können.

Sollten die heimischen Höchstgerichte allerdings der ersten Entscheidung des EuGH folgen, ohne dieses zusätzliche Kriterium einzubeziehen, ist man selbst dann nicht auf der sicheren Seite und kann trotz mehrfacher Prüfung einer Zuschlagsentscheidung einem übergangenen Bieter schadenersatzpflichtig werden. ■



## Wir schaffen Klarheit.

M&A · Banking & Finance · Dispute Resolution · Immobilien · Arbeitsrecht · IT/IP

*Dorda Brugger Jordis provides 'an excellent service of unique quality'. This eminent team is capable of advising on a broad range of issues.*

The Legal 500, 2010 edition



# „Nicht jede Bietergemeinschaft ist böse“



## Gemeinsam statt einsam im Kampf um ÖFFENTLICHE AUFTRÄGE: Bietergemeinschaften können aussichtsreich sein, das Kartellrecht setzt ihnen aber Grenzen.

TEXT: STEPHANIE DIRNBACHER

**K**omplexe Ausschreibungen, hohe Mindestanforderungen und juristische Formalitäten – die Teilnahme an einem öffentlichen Vergabeverfahren ist kein Zuckerschlecken. Es kann daher oft sinnvoll sein, sich mit anderen Unternehmen zu einer Bietergemeinschaft zusammenzutun und sich gemeinsam um den Auftrag zu bewerben. Der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft hat allerdings auch seine Tücken und kann unter Umständen sogar Strafen nach sich ziehen – dann nämlich, wenn er gegen das Kartellrecht verstößt.

In einer aktuellen Entscheidung des Bundesvergabeamts (BVA) wurde in Österreich erstmals eine Bietergemeinschaft wegen wettbewerbswidriger Abreden ausgeschlossen. Bei einer Ausschreibung für flussbauliche Maßnahmen an der Donau hatten sich vier Unternehmen, die in den vergangenen fünf Jahren mehr als 99 Prozent aller einschlägigen Arbei-

ten für den Auftraggeber abgewickelt hatten, gemeinsam um das Projekt beworben, obwohl die Bildung dieser Bietergemeinschaft laut BVA „zur Abgabe eines Angebots nicht unbedingt erforderlich gewesen wäre“. Die Unternehmen hätten auch in einem kleineren Zusammenschluss zu zweit oder dritt mit Zukauf von Leistungen von Dritten ein ausreichendes Angebot abgeben können, was den Wettbewerb letztlich weniger beeinträchtigt hätte, fand das BVA und hob die Zuschlagsentscheidung auf.

Laut dem Vergaberechtsanwalt Matthias Öhler, Kanzlei Schramm Öhler Rechtsanwälte, wird die Entscheidung vor allem den Baubereich treffen. Denn gerade hier gebe es relativ wenige „große Spieler“, die sich oft zu Bietergemeinschaften zusammenschließen, „obwohl es gar nicht nötig ist“. Solche Zusammenschlüsse sind wettbewerbsverzerrend und damit rechtswidrig, wenn die Mitglieder der Bietergemeinschaft gemeinsam einen hohen Marktanteil haben und durch ihren Zusammenschluss den Markt einschränken, weil damit nur wenige oder gar keine potenziellen Konkurrenten übrigbleiben.

„Die Bieter müssen von sich aus prüfen, ob sie durch den Zusammenschluss über Marktmacht verfügen. Ist das der Fall, müssen sie von der Gründung einer Bietergemeinschaft

Abstand nehmen“, stellt Öhler klar. Diese Entscheidung ist nicht immer einfach, da man zur Beurteilung des Marktanteils erst einmal den Markt nach örtlichen und inhaltlichen Kriterien abgrenzen muss. So kann etwa der Zusammenschluss mehrerer kleiner lokaler Unternehmen in einem europaweiten Ausschreibungsverfahren völlig harmlos sein, während er in einem Vergabeverfahren einer Gemeinde den Mitgliedern Marktmacht verschafft.

**Spiel mit dem Feuer.** Nimmt eine Bietergemeinschaft trotz starker Marktstellung an der Ausschreibung teil, riskiert sie, ausgeschlossen zu werden. Den Auftraggeber trifft nämlich die Pflicht, Angebote von Bietergemeinschaften, die wettbewerbswidrige Abreden getroffen haben, auszuschließen. Doch auch wenn der Auftraggeber dieser Pflicht nicht nachkommt und die Bietergemeinschaft den Zuschlag für das Projekt bekommt, kann die Zuschlagsentscheidung in einem Nachprüfungsverfahren wegen Wettbewerbsverstößes noch für nichtig erklärt werden. Dann war der ganze Aufwand für die Teilnahme an der Ausschreibung umsonst.

Darüber hinaus drohen den Mitgliedern der Bietergemeinschaft Geldbußen von der Bundeswettbewerbsbehörde und sogar strafrechtliche



Konsequenzen in Form einer Haftstrafe von bis zu drei Jahren. Laut Michael Breitenfeld, Rechtsanwalt und Vergaberechtspezialist bei Siemer – Siegl – Füreder & Partner, deutet einiges darauf hin, dass es künftig zu einer Verschärfung bei der Verfolgung wettbewerbswidriger Absprachen im Vergabeverfahren kommen wird. Denn solche Absprachen werden von den Nachprüfungsbehörden vermehrt thematisiert.

Dennoch verwarnt sich Breitenfeld dagegen, Bietergemeinschaften zu „kriminalisieren“. „Nicht jede ist böse“, betont er, vor allem dann nicht, wenn sie sachlich begründbar ist. Viele Klein- und Mittelunternehmen (KMU) etwa können oft die Mindestvoraussetzungen für ein Vergabeprojekt, wie zum Beispiel den Mindestumsatz oder die Produktionskapazitäten, allein nicht erfüllen und müssten daher von einer Bewerbung Abstand nehmen. Der Zusammenschluss zu einer Bietergemeinschaft stellt sich daher für sie als äußerst attraktive Option dar, um überhaupt am Vergabeverfahren teilnehmen zu können.

Doch auch für größere Unternehmen kann ein Zusammenschluss mit einem Partner sinnvoll sein, wenn sie

beispielsweise für einen Teil des Projekts keine Gewerbeberechtigung haben. „Bei Bauprojekten kann es sein, dass manchen Bauunternehmen die Befugnis für den Blitzschutz fehlt. Wenn man diese nicht hat, sie aber in den Ausschreibungsunterlagen gefordert ist, ist man draußen“, schildert Breitenfeld.

Die Bietergemeinschaft schafft hier Abhilfe, die Befugnisse und Umsätze aller Mitglieder werden zusammengerechnet. Jedes Mitglied muss lediglich die Berechtigung für den von ihm konkret zu erbringenden Leistungsteil nachweisen. Die Konsequenz: Unternehmen, die allein nicht zum Zug gekommen wären, können nun an der Ausschreibung teilnehmen. „Bietergemeinschaften können also den Wettbewerb auch erhöhen“, stellt Breitenfeld fest.

**Haftung schreckt ab.** In der Regel ist die Gründung einer solchen Kooperation nicht schwierig. In den Ausschreibungsunterlagen findet man meistens entsprechende Formulare dazu.

In diesen Unterlagen kann aber auch die Zahl der Mitglieder einer Bietergemeinschaft eingeschränkt oder ein Zusammenschluss überhaupt unter-

sagt werden. „Solche Einschränkungen sind jedoch nur aus sachlichen Gründen zulässig“, betont Breitenfeld.

Jedenfalls sollte, wer sich mit anderen Unternehmen auf ein



Gemeinschaftsprojekt einlässt, seine Partner gut kennen. Denn in einer Bietergemeinschaft gilt solidarische Haftung, frei nach dem Motto „einer für alle, alle für einen“. „Wenn ein Partner Mist baut, haften die anderen dafür“, warnt Öhler. Er empfiehlt daher den Mitgliedern einer Bietergemeinschaft, Versicherungen abzuschließen, um die Haftungsrisiken zu vermindern. Klein- und Mittelunternehmen, die von der solidarischen Haftung abgeschreckt sind, können als Alternative eine Beteiligung am Vergabeverfahren als Subunternehmer andenken. ■

## EIN GUTER ANWALT BRAUCHT DEN RICHTIGEN DURCHBLICK

Die Anwälte in unseren 70 Büros weltweit wissen, wie wichtig es ist, stets mit dem richtigen Durchblick in der Vielfalt der verschiedenen Kulturen, Sprachen und lokalen Märkte zu agieren. Unseren Klienten ist es wichtig, dass wir ihre Unternehmensvisionen verstehen und sie in der Umsetzung ihrer unternehmerischen Ziele mit optimalen rechtlichen Lösungen unterstützen, wo auch immer sie geschäftlich aktiv sind.

Und was unseren Klienten wichtig ist, ist auch uns wichtig.

[www.dlapiper.com](http://www.dlapiper.com)

EVERYTHING MATTERS



DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH ist Teil von DLA Piper, einer weltweit tätigen Anwaltskanzlei, die durch eigenständige Rechtsträger agiert. Die Kanzlei umfasst mehr als 3.500 Juristen und 70 Büros in 29 Ländern.

