

*Klienten-Information 3/2014****VERGABERECHT******Neue Vergaberichtlinie – Umsetzung bis April 2016 – Teil I***

Mit 28.03.2014 wurde die neue EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe im Amtsblatt der EU veröffentlicht. Ziel der Überarbeitung der aus dem Jahr 2004 stammenden „alten“ Richtlinie war die Vereinfachung sowie die praxisgerechte Gestaltung der „Spielregeln“. Die „neue“ Richtlinie ist spätestens bis zum 18.04.2016 in nationales Recht (durch Reform der österreichischen Vergabevorschriften) umzusetzen.

Der Vollständigkeit halber sei hier erwähnt, dass auch eine „neue“ Vergabe-Richtlinie für den Sektorenbereich sowie im Sinne der Rechtssicherheit und der Wettbewerbsstärkung eine eigene Richtlinie für Konzessionsvergaben verabschiedet wurden.

Die wesentlichen Neuerungen der klassischen Vergabe-Richtlinie, die wir Ihnen in zwei Teilen vorstellen wollen, betreffen folgende Aspekte:

Vereinfachung der Verfahren zugunsten der Unternehmen:**Verringerung des Aufwands für Bieter**

Bislang mussten Bieter ihre Eignung und ihre finanzielle und technische Leistungsfähigkeit bereits in der Anfangsphase eines Vergabeverfahrens durch umfangreiche Unterlagen nachweisen. Dies soll in Zukunft entfallen. Mittels eines einheitlichen europäischen Auftragsdokuments (ein Standardformular) sollen in Zukunft Eignung und Leistungsfähigkeit im Rahmen einer Eigenerklärung belegt werden. Ausschließlich der erfolgreiche Bieter soll in der Folge sämtliche Nachweise beibringen. Entweder erbringt er die geforderten Nachweise selbst, oder gibt in dem vom ihm ausgefüllten einheitlichen europäischen Auftragsdokument nationale Datenbanken an, denen die geforderten Informationen zu entnehmen sind.

Begründung bei Gesamtvergabe

Die losweise Vergabe von Aufträgen, dh die Vergabe nach Gewerken, kommt wesensgemäß kleineren Unternehmen zu Gute. In Zukunft soll die losweise Vergabe die Regel sein und muss eine Gesamtvergabe, und damit das Abgehen von dieser Regel, hinreichend begründet werden. Derartige Gründe könnten sein: Wettbewerbsbeschränkungen, technische Erschwerung oder Kostenerhöhung durch dadurch bedingte Koordinierung der verschiedenen Auftragnehmer.

Erleichterter Zugang für KMU zu öffentlichen Aufträgen

Bislang war oftmals ein KO-Kriterium, dass öffentliche Auftraggeber selbst bei geringem Auftragsvolumen hohe Umsatzzahlen als Teilnahmevoraussetzung festgelegt hatten. Mit der „neuen“ Richtlinie soll der forderbare Jahresumsatz grundsätzlich mit dem Doppelten des Auftragswerts limitiert werden. Abweichungen von diesem Grundsatz sind zu begründen. Als Begründung könnte ein besonderes Risiko der Auftragsdurchführung und deren Erforderlichkeit für die Ausführung weiterer Aufträge herangezogen werden.

Direktzahlungen an Subunternehmer

Auf Wunsch des Subunternehmers und sofern es die Art des Auftrags erlaubt können fällige Zahlungen im Zusammenhang mit den für den Hauptauftragnehmer erbrachten Leistungen und Lieferungen direkt an den Subunternehmer geleistet werden. Die diesbezüglichen Zahlungsbedingungen sind in den Auftragsunterlagen zu regeln. Gleiches gilt für die Voraussetzungen für Einwände des Hauptauftragnehmers gegen ungerechtfertigte Zahlungen.

Auftragsänderungen während der Laufzeit

In Anlehnung an die EuGH-Rechtsprechung werden in der Richtlinie nunmehr auch jene Bedingungen ergänzt, unter welchen Änderungen von Aufträgen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig sind. Diese sind zB:

- Unwesentlichkeit der Änderung (Wesentliche Änderungen liegen beispielsweise vor, wenn sich der Bieterkreis, das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages zugunsten des Auftragnehmers verändert, der Umfang des Auftrages erheblich ausgeweitet wird, oder ein neuer Auftragnehmer den ursprünglichen Auftragnehmer ersetzt).

- Präziser Vorbehalt der Auftragsänderung oder Optionen bereits in den ursprünglichen Auftragsunterlagen, wobei der Gesamtcharakter des Auftrags unverändert bleiben muss;
- Unvorhersehbarkeit der die Änderung auslösenden Umstände, Beibehaltung des Gesamtcharakters des Auftrages sowie Preiserhöhung um maximal 50 Prozent des ursprünglichen Auftragswerts.

Vereinfachung der Verfahren zugunsten der öffentlichen Auftraggeber:

Änderungen bei einzelnen Verfahrensarten

- Die Gestaltung des **Offenen Verfahrens** hinsichtlich der Abfolge der Prüfungsschritte soll in Zukunft dem Auftraggeber vorbehalten sein. In bestimmten Fällen soll der Auftraggeber beschließen dürfen, zuerst die Angebotsprüfung und erst im Anschluss daran die Prüfung der Ausschlussgründe sowie der Auswahlkriterien durchzuführen.
- Beim **Verhandlungsverfahren** wurde ein leichter Zugang implementiert. War das Verhandlungsverfahren bislang immer strenge Ausnahme bzw nur im Unterschwellenbereich zugänglich, soll hinkünftig die Wahl des Verhandlungsverfahrens erleichtert werden. So soll das Verhandlungsverfahren bereits zur Verfügung stehen, wenn der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann. Dies gilt insbesondere in jenen Fällen, in welchen nicht damit zu rechnen ist, dass offene oder nicht offene Verfahren ohne Verhandlungen zu einem zufriedenstellenden Ergebnis führen.
- Der **wettbewerbliche Dialog** wurde im Hinblick auf seine Anwendungsmöglichkeiten dem Verhandlungsverfahren gleichgestellt. Darüber hinaus verfolgt die Änderung des Richtlinien textes die Vereinfachung und praxisnahe Gestaltung dieser Verfahrensart.
- Neu ist die sogenannte „**Innovationspartnerschaft**“. Hierbei handelt es sich um ein Vergabeverfahren, welches dem Verhandlungsverfahren „nachgebaut“ ist. Inhalt dieses Beschaffungsverfahrens ist jedoch die Kombination von Entwicklungsleistungen im Vorfeld und nach erfolgreicher Entwicklung der Kauf der entwickelten innovativen Waren, Dienstleistungen oder Bauleistungen; jedoch stets unter der Voraussetzung, dass für solche innovativen Leistungen

und Lieferungen die vereinbarten Leistungs- und Kostenniveaus eingehalten werden.

Förderung der Rationalität und Flexibilität im Rahmen der Vergabeverfahren:

- Zum Zweck der Beschleunigung und rationellen Gestaltung von Vergabeverfahren, werden nunmehr die **Fristen** für die Einreichung der Teilnahme- und Angebotsunterlagen **verkürzt**. Darüber hinaus wird in diesem Sinne die Prüfung der Eignungsnachweise im Anfangsstadium des Vergabeverfahrens auf ein Standardformular eingeschränkt und erfolgt die ausführliche Prüfung der **Eignungsnachweise** erst nach Eruiierung des erfolgreichen Bieters vor Erteilung des Zuschlags.
- Auftraggeber sollen hinkünftig berechtigt sein, den Nachweis von speziellen **Gütezeichen** zum Zweck des Nachweises der Einhaltung der einschlägigen ökologischen, sozialen oder sonstigen Normen (zB Umweltfreundlichkeit oder Fairer Handel) zu verlangen.
- Ferner sollen Auftraggeber berechtigt sein, einzelne Bieter von Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie mit diesen Bietern in der Vergangenheit bereits **schlechte Erfahrungen** im Rahmen der Durchführung eines Auftrages (erhebliche oder dauerhafte Mängel) gemacht haben.

Der zweite Teil dieser Zusammenfassung folgt in einer der nächsten Klienten-Informationen.

Mag. Katja Schreibmayer

WETTBEWERBSRECHT

Zugabe eines hochwertigen Smartphones oder Tablett-Computers zu einem langfristig gebundenen Finanzprodukt laut OGH zulässig

Im dem der Entscheidung des OGH zugrundeliegenden Sachverhalt war ein langfristig gebundenes Finanzprodukt, mit einem hochwertigen Smartphone oder einem Tablett-Computer als Zugabe gekoppelt. Das Finanzprodukt konnte man erst nach einem persönlichen Beratungsgespräch erwerben. Dieses Gespräch musste man durch Registrierung im Internet oder telefonisch vereinbaren. Der OGH sprach aus, dass schon diese, dem Erwerb unmittelbar vorgeschaltete Verbraucherentscheidung, sich als Interessent zu registrieren und zu einem Gespräch einladen zu lassen, in die

Beurteilung der Unlauterkeit der beanstandeten Ankündigung einzubeziehen sei. Es sei aber nicht zu erkennen, dass das Koppelungsangebot beim durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher, der eine dem Anlass angemessene hohe Aufmerksamkeit aufwendet, so attraktiv sei, dass es geeignet sei, beim Verbraucher jede rationale Entscheidung auszuschalten. Es sei nämlich nicht unlauter, einen Verbraucher durch Zugabe zu veranlassen, sich mit dem eigenen Angebot näher zu beschäftigen.

Der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher werde sich bei der gebotenen hohen Aufmerksamkeit auch nicht durch die Ankündigung unter Zeitdruck setzen lassen, dass „schon hunderte Bestellungen“ vorliegen, sondern dies als übliche reklamehafte Wendung verstehen, die den Absatz des beworbenen Produkts fördern solle.

OGH, 25.03.2014, 4 Ob 28/14t

Mag. Julia Eckhart

Für weiterführende Fragen zu diesen Themen stehen wir, insbesondere die Autoren, Mag. Katja Schreibmayer und Mag. Julia Eckhart, gerne zur Verfügung.

Ihr PMSP- Team

PMSP

PIATY MÜLLER-MEZIN
SCHOELLER RECHTSANWÄLTE GMBH

Dieser Beitrag enthält lediglich allgemeine Informationen und kann eine professionelle einzelfallbezogene Beratung nicht ersetzen. Dieser Beitrag kann ohne eine solche auf den Einzelfall eingehende, fachkundig qualifizierte Beratung auch nicht als Entscheidungsgrundlage für Maßnahmen betrachtet werden, welche Konsequenzen für Ihre Geschäftstätigkeit und Gebarung haben. Eine Haftung für allfällige Schäden ist sohin ausdrücklich ausgeschlossen.