

# EURO ADVISER

## PROCUREMENT IN MOTION

April 2004

Aktuelle Informationen aus Rechtsprechung und Gesetzgebung für unsere Mandanten

### ■ ■ ■ Unser Thema    Europäisches Vergaberecht: neuer Rechtsrahmen für die öffentliche und die Sektorenauftragsvergabe

**Am 29. Jänner 2004 hat das Europäische Parlament den im Vermittlungsausschuss erarbeiteten Text für eine einheitliche Richtlinie betreffend die öffentliche Bau-, Liefer- und Dienstleistungsvergabe sowie für eine neue Sektorenrichtlinie angenommen. Die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten haben 21 Monate Zeit, die nicht unerheblichen Neuerungen in nationales Recht umzusetzen. Im Folgenden werden die wichtigsten Neuerungen des neuen Rechtsrahmens erläutert.**

Rainer Roniger und Florian Neumayr

#### Einheitliche Richtlinie für die öffentliche Auftragsvergabe

Bereits seit den frühen 90er-Jahren, verstärkt in den letzten Jahren, wurden Forderungen nach Vereinfachung, Modernisierung und Konsolidierung der EG-Vergaberichtlinien laut. Die neue Vergaberichtlinie<sup>1</sup> kodifiziert die bislang auf drei Richtlinien verteilten Regelungen sowie Vergaberechtsprechung des EuGH in 84 zumeist sehr umfangreichen Artikeln und 12 Anhängen. Nicht einbezogen in die Reform wurde die Rechtsmittelrichtlinie. Zudem bringt die Richtlinie einige wesentliche Neuerungen mit sich, die jedenfalls teilweise zur Modernisierung des Vergaberechts beitragen (siehe im Einzelnen unten).

#### Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich des sekundären EG-Vergaberechts hat sich kaum geändert. Die neue Vergaberichtlinie regelt die Vergabe von Bau-, Baukonzessions-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch öffentliche Auftraggeber oberhalb bestimmter Schwellenwerte. Dienstleistungskonzessionen wurden zwar erstmalig (in Anlehnung an die bereits bestehende Definition für Baukonzessionen) im sekundären Gemeinschaftsrecht definiert. Sie sind jedoch ausdrücklich vom Anwendungsbereich spezifischer Vergaberegeln ausgenommen. Lieferkonzessionen finden nach wie vor überhaupt keine ausdrückliche Erwähnung.

Bemerkenswert ist jedoch die Klarstellung im zweiten Erwägungsgrund der neuen Richtlinie, wonach - in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH zu Art 12 EG (Nicht-Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) und den Grundfreiheiten<sup>2</sup> - jede Vergabe „auf Rechnung“ der öffentlichen Hand insbesondere den Prinzipien der Gleichbehandlung und Transparenz genügen muss. Dies hat etwa zur Folge, dass grundsätzlich auch unterhalb der Schwellenwerte oder bei Dienstleistungskonzessionsvergaben nicht-diskriminierende Zuschlagskriterien festzulegen sind, ein Mindestmaß an Publizität zu gewährleisten ist, etc.<sup>3</sup>

Die neuen Schwellenwerte, oberhalb derer die in der Richtlinie vorgesehenen Vergabeverfahren durchzuführen sind, betragen 6.242.000 EUR für öffentliche Bauaufträge (bisher 5 Mio. ECU bzw 5 Mio. SZR im Falle sog. „zentraler Beschaffungsstellen“<sup>4</sup>) und für Liefer- sowie Dienstleistungsaufträge 249.000 EUR bzw 162.000 EUR bei Vergaben durch zentrale Beschaffungsstellen

(bisher 200.000 ECU bzw 130.000 SZR). Damit dürfte sich die Diskussion um die vor allem in Deutschland oft als „Zweiteilung des Vergaberechts“ bezeichnete stark unterschiedliche Regelungsdichte ober- und unterhalb der Schwellenwerte weiter verschärfen.

Hinsichtlich der oftmals ebenfalls als „zentrale Beschaffungsstellen“ bezeichneten gemeinsamen Beschaffungsgesellschaften, wie sie etwa in Österreich bereits in Form der Bundesbeschaffung GmbH bestehen, stellt die Richtlinie klar, dass öffentliche Auftraggeber diese einsetzen können, sofern dies durch den betreffenden nationalen Gesetzgeber zugelassen wird.

Eine generelle Regelung von „In-House“-Vergaben ist nicht erfolgt. Nach wie vor ist u.E. davon auszugehen, dass bei Vorliegen der Teckal-Kriterien<sup>5</sup> Vergaberecht nicht zur Anwendung kommt. Zwar enthielt der geänderte Kommissionsvorschlag<sup>6</sup> eine ausdrückliche Ausnahme. Aus deren Nichtübernahme kann jedoch u.E. ohne entsprechenden Hinweis im Richtlinien text nicht geschlossen werden, dass „In-House“-Vergaben nunmehr dem Anwendungsbereich des sekundären EG-Vergaberechts unterlägen.<sup>7</sup>

#### Neues Vergabeverfahren

Im Anwendungsbereich der neuen Richtlinie steht Auftraggebern nunmehr zusätzlich zu den bekannten Vergabeverfahren (offenes und nicht offenes Verfahren sowie Verhandlungsverfahren mit und ohne vorheriger Bekanntmachung) der sog. „wettbewerbliche Dialog“ bei objektiv besonders komplexen Vorhaben zur Verfügung.

Ein wettbewerblicher Dialog beginnt mit der Veröffentlichung einer Bekanntmachung, in welcher der Auftraggeber seine „Bedürfnisse und Anforderungen“ formuliert. Anhand der ebenfalls zu veröffentlichen Eignungskriterien werden mindestens drei Unternehmen ausgewählt, mit denen der Auftraggeber in einen umfassenden projektbezogenen Dialog eintritt. Dieser ist durch strikt voneinander getrennte Einzelverhandlungen gekennzeichnet.

Ziel der Verhandlungen ist anders als im Rahmen eines „klassischen“ Verhandlungsverfahrens nicht unmittelbar die Auftragsvergabe, sondern die Ermittlung jener Lösung(en), die den Bedürfnisse des Auftraggebers am besten gerecht werden. Auf diese Lösung(en) hin legen die beteiligten Bieter anschließend ihre Angebote. Der Zuschlag ist dem wirtschaftlich günstigsten Angebot (Unzulässigkeit des Billigstbieterprinzips) zu erteilen.

Haarmann Hügel hat in der Vergangenheit bereits erfolgreich bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens nach Vorbild des wettbewerblichen Dialoges beraten (damals außerhalb des Anwendungsbereiches des österreichischen Bundesvergabegesetzes). Die Praxis beweist, dass es durch diese Ausschreibungstechnik möglich ist, in komplexen Situationen, für die keine altbewährten Lösungen zur Verfügung stehen, zunächst eine Art Ideenwettbewerb unter den interessierten Unternehmen durchzuführen, auf dessen Ergebnis konkrete Modelle verhandelt werden können.

#### Rahmenvereinbarungen und sog. „dynamische Beschaffungssysteme“

Neu ist weiters, dass auch außerhalb der geschützten Sektoren auf Rahmenvereinbarungen (nicht zu verwechseln mit dem Rahmenvertrag im Sinne des Zivilrechts, bei dem grundsätzlich eine Abnahmepflicht des Auftraggebers besteht) sowie auf dynamische Beschaffungssysteme zurückgegriffen werden kann, sofern der nationale Gesetzgeber dies vorsieht. Unterhalb der Schwellenwerte ist die Möglichkeit eine Rahmenvereinbarung zu schließen bereits im Bundesvergabegesetz vorgesehen.

Beide Systeme beruhen darauf, dass in einem „klassischen“ Vergabeverfahren Bieter (vor-)ausgewählt werden und bei konkretem Bedarf ein stark vereinfachtes Verfahren mit den an der Rahmenvereinbarung bzw. dem dynamischen Beschaffungssystem teilnehmenden Unternehmen durchgeführt wird. Während bei Rahmenvereinbarungen eine fixe Anzahl von Unternehmen ausgewählt wird, ist im Falle eines dynamischen Beschaffungssystems ein offenes Verfahren abzuführen, aufgrund dessen all jene zum System zugelassen werden, die ein „unverbindliches Angebot im Einklang

mit den Verdingungsunterlagen“ unterbreitet haben. Während der gesamten, grundsätzlich maximal vierjährigen, Laufzeit des dynamischen Beschaffungssystems ist interessierten Unternehmen die Möglichkeit zu geben, ebenfalls ein derartiges Angebot zu legen, um zugelassen zu werden. Ein weiterer Unterschied zwischen Rahmenvereinbarung und dynamischem Beschaffungssystem besteht darin, dass letzteres ausschließlich unter Verwendung elektronischer Mittel einzurichten ist.

#### e-Procurement

Die neue Vergaberichtlinie versucht generell, dem sog. „e-Procurement“ weiten Raum zu geben. Eine Vielzahl von Bestimmungen ermöglicht ausdrücklich den Einsatz elektronischer Mittel im Vergabeverfahren. Insbesondere sieht die neue Richtlinie vor, dass der nationale Gesetzgeber die Durchführung elektronischer Auktionen ermöglichen kann. Elektronische Auktionen können dabei ausschließlich in den von der Vergaberichtlinie bezeichneten Fällen und nur dann herangezogen werden, wenn die Auftragspezifikationen „hinreichend präzise“ festlegbar sind und die Durchführung vorher angekündigt wurde.

Ausgangspunkt einer elektronischen Auktion ist die Einreichung von Angeboten, die vom Auftraggeber entsprechend den zuvor bekannt gemachten Zuschlagskriterien gewertet werden. Jene Bieter, die ein zulässiges Angebot gelegt haben, werden sodann eingeladen, an der eigentlichen elektronischen Auktion teilzunehmen. Während dieser Auktion können die Bieter ihre Angebote preislich („ich erbringe die selbe Leistung für weniger Geld“) oder wertmäßig („ich erbringe mehr Leistung für das selbe Geld“) nachbessern. Alle Bieter sind laufend über ihren jeweiligen Rang im Verhältnis zu den anderen Bietern zu unterrichten. Der zu Auktionsschluss Billigst- bzw. Bestbieter erhält den Zuschlag.

Zweifellos stimulieren - eine hinreichende Anzahl von Interessenten vorausgesetzt - elektronische Auktionen den Wettbewerb und bieten daher bei gleichzeitig gegebener hoher Transparenz aus Sicht des Auftraggebers die Möglichkeit, Hochwertiges sehr günstig zu beschaffen. Angesichts des damit verbundenen Aufwandes (insbesondere Schaffung der technischen Voraussetzungen, etc.) bleibt jedoch abzuwarten, wie viele Auftraggeber tatsächlich auf elektronische Auktionen zurückgreifen werden.

#### „Vergabefremde“ Kriterien

Nach der neuen Richtlinie können in Fortführung der einschlägigen EuGH-Judikatur<sup>8</sup> insbesondere auch ökologische Zuschlagskriterien vorgesehen werden, sofern ein Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Leistung besteht. Greift der Auftraggeber nicht auf das Billigstbieterprinzip zurück, droht das Bestbieterprinzip damit noch intransparenter zu werden bzw. - positiv formuliert - wird dieses Prinzip um weitere Facetten bereichert. Vielleicht in dem Versuch, dies etwas auszugleichen, stellt die neue Vergaberichtlinie ausdrücklich klar, dass die Zuschlagskriterien grundsätzlich in ihrer relativen Gewichtung zueinander anzugeben sind.

Während bei den Zuschlagskriterien zumindest ein Bezug zum Auftragsgegenstand gefordert wird, sieht die neue Vergaberichtlinie vor, dass öffentliche Auftraggeber „zusätzliche Bedingungen für die Ausführung“ vorschreiben können, bei denen es sich „insbesondere“ um soziale und umweltbezogene Aspekte handeln kann. Weiters ist etwa vorgesehen, dass die Zulassung zu einem Vergabeverfahren an die Beschäftigung von Personen mit Behinderungen geknüpft werden kann. Zudem stellt die Vergaberichtlinie klar, dass Auftragnehmer nicht nur nationalen sondern auch lokalen Vorschriften betreffend Steuern, Umweltschutz, Arbeitnehmerschutz und Arbeitsbedingungen unterworfen werden können. Die Nichtbeachtung dieser Bedingungen kann zum Ausschluss des betreffenden Angebots führen.<sup>9</sup>

Die öffentliche Hand kann damit Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, in denen ein geringeres Niveau im Hinblick auf soziale und Umweltschutzaspekte besteht, Wettbewerbsvorteile nehmen und damit letztlich im eigenen Land ansässige Unternehmen bevorzugen. Der in der Vergaberichtlinie enthaltene Hinweis, dass derartige Bedingungen mit Gemeinschaftsrecht vereinbar sein müssen, dürfte nur in sehr beschränktem Umfang als Diskriminierungsgrenze

fungieren, zumal auch im primären Gemeinschaftsrecht Zielsetzungen sozialer und umweltpolitischer Art verankert sind.

#### Neue Sektorenrichtlinie

Auch die neue Sektorenrichtlinie<sup>10</sup> bringt nicht unerhebliche Neuerungen mit sich. Zunächst wurden im Sektorenbereich ebenfalls die Schwellenwerte angehoben, und zwar für Bauaufträge auf 6.242.000 EUR (bisher 5 Mio. ECU bzw 5 Mio. SZR im Falle zentraler Beschaffungsstellen) und bei Liefer- sowie Dienstleistungsaufträgen auf 499.000 EUR (bisher grundsätzlich 400.000 ECU).

Die neue Sektorenrichtlinie nimmt den Telekommunikationssektor gänzlich vom EG-Sektorenvergaberecht aus. Als neuer Sektor unterliegt jedoch nunmehr das Postwesen dem Vergaberecht. Weiters ist zu beachten, dass jene Anbieter von Telekommunikationsdienstleistungen, die auch öffentliche Auftraggeber (und nicht nur Sektorenauftraggeber) sind, nunmehr bei Auftragsvergaben unter Umständen strengere Vorschriften, nämlich die für „klassische“ Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge geltenden, beachten müssen.

Hinsichtlich der übrigen Neuerungen kann auf die Erörterung der neuen Vergaberichtlinie für den öffentlichen Bereich verwiesen werden.

#### Neue CPV-Codes

Am 16. Dezember 2003 hat die Kommission eine neue CPV-Verordnung erlassen.<sup>11</sup> Die darin festgelegten Codes und Bezeichnungen sind grundsätzlich bei Leistungsbeschreibungen durch Vergaberecht unterliegende Auftraggeber zu verwenden.

Das Klassifikationssystem umfasst einen Hauptteil und einen vergleichsweise kurzen Zusatzteil. Die durch den Hauptteil festgelegten Codes bestehen aus neun Ziffern, wobei die neunte Ziffer von den übrigen durch einen Bindestrich getrennt ist und lediglich eine Prüfziffer darstellt.

Beispiel: 45232142-9. Die ersten beiden Ziffern geben Auskunft über die sog. „Abteilung“ - 45 steht etwa für „Bauarbeiten“. Die dritte Ziffer gibt Auskunft über die sog. „Gruppe“ innerhalb der betreffenden Abteilung - die Gruppe 2 innerhalb der Abteilung 45 steht für „Komplett- oder Teilbauleistungen im Hochbau sowie Tiefbauarbeiten“. Die vierte Ziffer verweist auf die sog. „Klasse“ - bei der Klasse 3 handelt es sich um „Bauarbeiten für Rohrleitungen, Fernmelde- und Stromleitungen, für Autobahnen, Straßen, Flugplätze und Eisenbahnen; Nivellierungsarbeiten“. Die fünfte Ziffer bezeichnet schließlich die sog. „Kategorie“ - Kategorie 2 steht dabei für „Bauarbeiten und zugehörige Arbeiten für Rohrleitungen und Kabelnetze“. Die letzten drei Ziffern dienen dem Auftraggeber dazu, gegebenenfalls die ausgeschriebene Leistung noch näher zu präzisieren - im gewählten Beispiel fragt der Auftraggeber Bauarbeiten hinsichtlich einer „Wärmeübertragungsanlage“ nach.

Der Zusatzteil ermöglicht eine ergänzende Beschreibung des Auftragsgegenstandes. Die ergänzenden Codes sind fünfstellig, wobei die erste Stelle ein Buchstabe ist, der auf einen sog. „Abschnitt“ verweist, und die letzte Stelle wiederum eine durch einen Bindestrich getrennte Prüfziffer darstellt.

Beispiel: Y033-3. Dieser ergänzende Code weist darauf hin, dass ein „schlüsselfertiges Projekt“ nachgefragt wird.

#### Conclusio

Der neue Rechtsrahmen verlangt jedenfalls grundlegende Novellierungen der Vergabeverfahrensregeln in den Mitgliedstaaten. Im Sektorenbereich ist darüber hinaus mit dem Postwesen ein gänzlich neuer Sektor den Vergaberegeln zu unterwerfen und die Telekommunikationsindustrie aus dem Sektorenvergaberecht entlassen. Abzuwarten bleibt, inwieweit die Vergabep Praxis die neuen Möglichkeiten insbesondere des wettbewerblichen Dialogs, von Rahmenvereinbarungen, dynamischen Beschaffungssystemen und e-Procurement wahrnehmen wird.

## Anmerkungen

- 1 Noch nicht im EG-Amtsblatt veröffentlicht; der Text der Richtlinie ist unter [http://wwwdb.europarl.eu.int/oeil/oeil\\_ViewDNL.ProcViewCTX?lang=2&procid=4357&HighlighType=1&Highlight\\_Text=procurement](http://wwwdb.europarl.eu.int/oeil/oeil_ViewDNL.ProcViewCTX?lang=2&procid=4357&HighlighType=1&Highlight_Text=procurement) abrufbar.
- 2 Vgl. insb. Rs C-324/98 TelAustria, Slg 2000 I-10745, Rn 60 ff (wir haben in diesem Verfahren die Europäische Kommission vertreten) und Rs C-59/00 Bent Moustens, Slg 2001 I-9505, Rn 19 ff.
- 3 Vgl. auch die anhängige Rs C-507/03 Kommission / Irland.
- 4 Das sind jene öffentlichen Auftraggeber, die dem WTO Government Procurement Agreement unterliegen.
- 5 Rs C-107/98 Teckal, Slg 1999 I-8121, insb Rn 50.
- 6 KOM (2002) 236.
- 7 Vgl. auch die Stellungnahme der Kommission zu den Abänderungen des Europäischen Parlaments, KOM (2003) 503.
- 8 Insb Rs C-513/99 Concordia Bus Finland, Slg 2002 I-7213, Rz 54 ff und C-448/01 EVN, (noch nicht in Slg veröffentlicht), Rz 32 ff.
- 9 Vgl. auch Knauff, Die Reform des europäischen Vergaberechts, EuZW 2004, 141.
- 10 Noch nicht im EG-Amtsblatt veröffentlicht; der Text der Richtlinie ist unter [http://wwwdb.europarl.eu.int/oeil/oeil\\_ViewDNL.ProcViewCTX?lang=2&procid=4360&HighlighType=1&Highlight\\_Text=procurement](http://wwwdb.europarl.eu.int/oeil/oeil_ViewDNL.ProcViewCTX?lang=2&procid=4360&HighlighType=1&Highlight_Text=procurement) abrufbar.
- 11 Verordnung (EG) Nr 2151/2003, ABl 2003 Nr L 329, 1.

## ■ ■ ■ Die Autoren

**Dr. Rainer Roniger, LL.M. (LSE)**, Rechtsanwalt, ist Partner von Haarmann Hugel in Wien und Brüssel und Leiter des Kompetenzzentrums für Kartell- & EU-Recht in Brüssel. Schwerpunkte seiner Tätigkeit sind die Beratung von Unternehmen im europäischen und österreichischen Kartell- und Fusionskontrollrecht, die Beratung von Unternehmen und öffentlichen Einrichtungen im Vergabe- und Beihilferecht sowie im allgemeinen Europarecht und die Vertretung in Verfahren vor dem EuGH.

**Kontakt:**

Haarmann Hemmelrath Brüssel

Telefon: (+32-2) 74 01-100

Fax: (+32-2) 74 01-133

E-Mail: [rainer.roniger@haarmannhemmelrath.com](mailto:rainer.roniger@haarmannhemmelrath.com)

Haarmann Hugel Wien

Telefon (+43-1) 2 60 50-205

Fax (+43-1) 2 60 50-208

**Dr. Florian Neumayr, LL.M. (Nottingham)** ist Rechtsanwaltsanwärter bei Haarmann Hugel in Wien. Seine Tätigkeitsschwerpunkte liegen im österreichischen und europäischen Vergabe-, Kartell- sowie Fusionskontrollrecht.

**Kontakt:**

Haarmann Hugel Wien

Telefon (+43-1) 2 60 50-0

Fax (+43-1) 2 60 50-133

E-Mail [florian.neumayr@haarmannhemmelrath.com](mailto:florian.neumayr@haarmannhemmelrath.com)

## ■ ■ ■ Impressum

Haarmann Hemmelrath  
Avenue de Cortenbergh, 118  
B-1000 Brüssel

Haarmann Hugel Rechtsanwälte OEG  
Ares Tower  
Donau-City-Straße 11  
A-1220 Wien

[www.haarmannhugel.com](http://www.haarmannhugel.com)  
[www.haarmannhemmelrath.com](http://www.haarmannhemmelrath.com)

Dieser Newsletter enthält eine Auswahl an Informationen zum Kartell-, Fusionskontroll-, Vertriebs-, Beihilfe-, Vergabe- und allgemeinen Europarecht im Überblick und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit der enthaltenen Informationen wird keine Haftung übernommen.

Der Newsletter „EuroAdviser“ ist ein Service von Haarmann Hemmelrath und Haarmann Hugel an Mandanten und interessierte Dritte. Wenn Sie die Publikation in Zukunft nicht mehr erhalten möchten, senden Sie uns bitte eine Rück-E-Mail an die Adresse, von der Sie die Ausgabe erhalten haben.