

VERGABELEITFADEN

für Programmstellen und Projektträger in EU-Strukturfondsprogrammen



5. Auflage, Jänner 2014

Einleitende Bemerkungen

Dieser Leitfaden richtet sich an **österreichische Projektträger und programmverantwortliche Stellen**. Er soll eine **Hilfestellung für die Vergabe** von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen im Rahmen von EU-Strukturfondsprogrammen und -projekten in der Periode 2007 bis 2013 darstellen und insbesondere auch als Arbeitsbehelf für die Durchführung der **First Level Control** dienen.

Beim Vergaberecht handelt es sich um eine umfassende und komplexe Materie, die in einer dynamischen Entwicklung steht. Der vorliegende Leitfaden wurde im Lichte der Erfahrungen der Autoren mit der Auftragsvergabe in EU-Strukturfondsprogrammen und -projekten erstellt und soll dazu beitragen, den oben genannten Adressaten einen groben Überblick über das Vergaberecht zu verschaffen. Deshalb wurden einzelne, für die EU-Strukturfondsprogramme besonders relevante Themen herausgegriffen und in Grundzügen dargestellt. Der Leitfaden erhebt somit **keinen Anspruch auf Vollständigkeit**.

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass im konkreten Fall das Studium des Gesetzes- bzw. Verordnungstextes (unter der Adresse www.ris.bka.gv.at abrufbar) bzw. allenfalls auch einschlägiger Literatur und Judikatur unerlässlich ist. Um die Rechtmäßigkeit der Auftragsvergabe sicherzustellen, wird die **Beziehung einer Rechtsberatung empfohlen**.

Trotz sorgfältiger Erstellung und Aktualisierung des Leitfadens und seines Anhangs sind **Fehler nicht auszuschließen**. Für die Richtigkeit der Ausführungen wird keine Gewähr geleistet und eine Haftung der Verfasser ist ausdrücklich ausgeschlossen.

Autoren:

Christina Bauer, Amt der Salzburger Landesregierung

Markus Gneiß, Amt der Oberösterreichischen Landesregierung

Genia Gluhak, Amt der Steiermärkischen Landesregierung

Francois-Edouard Pailleron, Amt der Niederösterreichischen Landesregierung

Unter Verwendung der Graphiken von ERNST & YOUNG für die Abbildungen in Kapiteln 3.1. und 3.3.

Jänner 2014

INHALTSVERZEICHNIS

1. Rechtsgrundlagen, Anwendungsbereich, Auftragsarten	4
1.1. Rechtsgrundlagen	4
1.2. Anwendungsbereich des Vergaberechts.....	4
1.2.1. Regelung des Vergaberechts	4
1.2.2. Vorgaben der EU-Strukturfondsprogramme	5
1.3. Auftragsarten	6
2. Grundsätze des Vergaberechts und der EU-Strukturfondsprogramme	7
2.1. Vergaberechtliche Grundsätze	7
2.2. Förderrechtliche Grundsätze	8
2.2.1. Grundsatz der Rechtmäßigkeit	8
2.2.2. Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit	8
3. Beschaffungsvorgang	9
3.1. Grundsätzliche Überlegungen im Vorfeld der Beschaffung	9
3.2. Schwellenwerte und Auftragswertberechnung.....	10
3.2.1. Schwellenwerte	10
3.2.2. Auftragswertberechnung	10
3.3. Wesentliche Verfahrensarten	11
3.3.1. Offenes Verfahren	12
3.3.2. Nicht offenes Verfahren	13
3.3.3. Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung	13
3.3.4. Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung	13
3.3.5. Verhandlungsverfahren	13
3.3.6. Direktvergabe	14
3.3.7. Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung	16
3.4. Wesentliche Schritte in den einzelnen Vergabeverfahren.....	18
3.5. Auftragsänderung/-erweiterung und Zusatzaufträge nach Verfahrensabschluss	20
4. Dokumentation des Beschaffungsvorganges	20
5. Ausnahmen vom Geltungsbereich des BVergG.....	21
6. Die häufigsten Fehler in der Auftragsvergabe	22
7. Rechtsfolgen bei festgestellten Vergabebefehlern	23
8. Arbeitshilfen.....	24
9. Abschließende Bemerkungen.....	25

1. Rechtsgrundlagen, Anwendungsbereich, Auftragsarten

1.1. Rechtsgrundlagen

Nach Artikel 9 Abs. 5 und Artikel 60 lit a der Verordnung (EG) Nr. 1083/2006 ist sicherzustellen, dass die EU-Strukturfondsprogramme wie auch die daraus geförderten Projekte im Einklang mit den Vorschriften des europäischen und des nationalen Rechts des jeweiligen Mitgliedstaats stehen, dazu zählt auch das Vergaberecht.

Auf europarechtlicher Ebene wird das öffentliche Auftragswesen durch die Bestimmungen des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)¹ sowie durch Richtlinien und Verordnungen normiert. In Österreich ist das Vergaberecht einheitlich im Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) und den dazu erlassenen Verordnungen auf Bundes- und Länderebene (z.B. Publikationsmedienverordnungen des Bundes und der Länder, Schwellenwertverordnung des Bundeskanzlers) geregelt. Der vergabespezifische Rechtsschutz ist aufgrund der Kompetenzverteilung durch Landesgesetze und ein Bundesgesetz geregelt.

1.2. Anwendungsbereich des Vergaberechts

1.2.1. Regelung des Vergaberechts

Das BVergG gilt für alle "**öffentlichen Auftraggeber**", das sind:

- Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Gemeinden, Gemeindeverbände),
- öffentliche Einrichtungen (siehe dazu unten),
- Verbände, die aus einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern bestehen.

Öffentliche Einrichtungen,² die das BVergG anzuwenden haben, sind Einrichtungen, die

1. zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen, *und*
2. zumindest teilrechtsfähig sind *und*
3. *entweder*
 - überwiegend durch eine Gebietskörperschaft oder eine andere öffentliche Einrichtung iSd BVergG überwiegend finanziert werden *oder*
 - hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese Rechtssubjekte unterliegen *oder*
 - deren Verwaltungs-, Aufsichts- und Leitungsorgane mehrheitlich aus Mitgliedern bestehen, die von einer Gebietskörperschaft oder anderen öffentlichen Einrichtung ernannt worden sind.

Unter "im Allgemeininteresse" liegenden Aufgaben ist ein gewisser Kernbereich von Aufgaben zu verstehen, die der Staat traditionellerweise im Interesse des Gemeinwohles besorgt (etwa Errichtung und Betrieb eines Krankenhauses, Abholung und Behandlung von Haus-

¹ z.B. Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit.

² Manche EU-Strukturfondsprogramme wie etwa das Alpenraum-Programm stellen für die Abgrenzung zwischen "öffentlichen" und "privaten" Projektpartnern auf die Definition der öffentlichen Einrichtung durch das Vergaberecht ab. Daher wird als Hilfestellung für die Programmstellen und Projektträger an dieser Stelle näher auf diese Definition eingegangen.

müll, Errichtung und Betrieb einer öffentlichen Kläranlage). Generell kann man davon ausgehen, dass ein Handeln in hoheitlicher Rechtsform der Verwirklichung eines Allgemeininteresses dient. Handelt der Staat hingegen in privatrechtlichen Formen, ist vom Vorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe dann auszugehen, wenn eine spezifische, von der Zwecksetzung des Konkurrenten unterscheidbare, originär staatliche Aufgabensetzung vorliegt, die sich etwa in einer gesetzlichen Aufgabenzuweisung manifestieren kann.

Ob die Aufgabenerfüllung "nicht gewerblicher Art" ist, kann nur aufgrund einer Gesamtbeurteilung im Einzelfall beurteilt werden. Nimmt die Einrichtung unter gleichen Bedingungen wie private Wirtschaftstreibende am allgemeinen Wirtschaftsleben teil und trägt sich auch das wirtschaftliche Risiko ihres Handelns (Insolvenzrisiko), liegt jedenfalls eine gewerbliche Tätigkeit vor. Die Tatsache, dass keine Gewinnerzielungsabsicht besteht, kann ein Indiz für das Vorliegen einer Aufgabe "nicht gewerblicher Art" sein, auch die Möglichkeit einer Liquidation aus Gründen des öffentlichen Interesses.

Teilrechtsfähigkeit bedeutet, dass die Einrichtung in der Lage sein muss, zumindest eingeschränkt Träger von Rechten und Pflichten zu sein (z.B. Verträge abzuschließen).

Als "Finanzierung" sind nur solche Zuwendungen anzusehen, die nicht im wirtschaftlichen Wettbewerb durch die Einrichtung erwirtschaftet wurden. Ob dieser Mitteltransfer auf direktem oder indirektem Weg stattfindet, ist irrelevant. Eine überwiegende Finanzierung liegt dann vor, wenn mehr als 50% aller Mittel der Einrichtung das oben genannte Kriterium der "Finanzierung" erfüllen.

Eine Leitungsaufsicht ist insbesondere dann anzunehmen, wenn die öffentliche Hand auf die Leitung der Einrichtung und somit auf deren Entscheidung über einen öffentlichen Auftrag tatsächlich Einfluss nehmen kann (etwa durch Aufsichtsrechte, Kontroll- und Untersuchungsbefugnisse, Befugnis der öffentlichen Hand, die Auflösung der Einrichtung zu verfügen oder die Leitungsorgane der Einrichtung des Amtes zu entheben, etc.).

Unter der Bestellung der Mehrheit der Verwaltungs-, Aufsichts- und Leitungsorgane der Einrichtung ist die Nominierung von mehr als der Hälfte der Mitglieder dieser Gremien durch die öffentliche Hand zu verstehen.

1.2.2. Vorgaben der EU-Strukturfondsprogramme

Im Sinne des Grundsatzes des sparsamen und effizienten Einsatzes der öffentlichen (Förder)Gelder **schreiben manche EU-Strukturfondsprogramme** in ihren Förderfähigkeitsregeln und Förderverträgen **vor, dass auch private Projektträger zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet** werden. Die Erfahrung aus der Praxis zeigt, dass viele vermeintlich "private" Projektträger ohnehin "Einrichtungen öffentlichen Rechts" im Sinne des BVergG sind (z.B. ein in der Rechtsform einer GmbH betriebenes Unternehmen, das Mehrheitlich im Landeseigentum steht) und somit dem Vergaberegime unterliegen. Sofern die EU-Strukturfondsprogramme jedoch tatsächlich auch Projektträger zur Anwendung des Vergaberechts verpflichten, die ihm ex lege nicht unterlägen (z.B. Unternehmen, die im privaten Eigentum stehen), wird empfohlen, vor der geplanten Auftragsvergabe mit der zuständigen Förderstelle Kontakt aufzunehmen, um Art und Ausmaß der Unterworfenheit unter das Vergaberegime abzuklären.

1.3. Auftragsarten

Das BVergG definiert die einzelnen Auftragsarten und enthält Abgrenzungsregeln für den Fall, dass ein Auftrag Elemente verschiedener Auftragsarten enthält (§§ 5 ff).

Lieferaufträge sind Aufträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren ist.

Bauaufträge sind Aufträge, deren Vertragsgegenstand die Ausführung und/oder Planung von Bauvorhaben in Zusammenhang mit einer der in Anhang I BVergG genannten Tätigkeiten, die Ausführung eines Bauwerkes oder die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, ist.

Dienstleistungsaufträge sind Aufträge, die nicht unter die Kategorie Bau- oder Lieferauftrag fallen und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen sind, die in den Anhängen III (sog. "prioritäre Dienstleistungen") und IV (sog. "nicht prioritäre Dienstleistungen") zum BVergG angeführt werden. Prioritäre Dienstleistungen sind z.B. Datenverarbeitung und verbundene Dienste wie etwa Softwareprogrammierung, Erstellung und Wartung einer Website, Werbedienstleistungen, Unternehmensberatung und verbundene Dienste wie etwa Projektmanagementdienste, Forschungs- und Entwicklungsleistungen. Nicht prioritäre Dienstleistungen sind etwa Rechtsberatungsleistungen. Für nicht prioritäre Dienstleistungen gilt ein weniger strenges Vergaberegime, d.h. nur einzelne Bestimmungen des BVergG, da hier von einem geringeren Potential für grenzübergreifende Geschäfte ausgegangen wird. Es sind jedoch auch bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen die Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung und des freien, fairen und lautereren Wettbewerbs einzuhalten. Die exakte Einordnung einer Dienstleistung als prioritäre oder nicht prioritäre hat der Auftraggeber unter Heranziehung eines Katalogsystems vorzunehmen.³

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang die Definition der sog. "geistigen Dienstleistungen". Dies sind Dienstleistungen, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht. Für derartige Leistungen ist ihrer Art nach zwar eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung möglich. Als geistige Dienstleistungen können daher etwa gelten: Planungs- und Forschungsleistungen, Softwareentwicklung, Werbekonzepte.

³ Die CPC-Nomenklatur ist unter folgendem Link abrufbar: http://simap.europa.eu/codes-and-nomenclatures/cpc/index_de.htm

2. Grundsätze des Vergaberechts und der EU-Strukturfondsprogramme

2.1. Vergaberechtliche Grundsätze

Der Auftraggeber hat folgende vergaberechtliche Grundsätze (siehe die Aufzählung in § 19 BVergG) unabhängig vom Auftragswert bei jeder Auftragsvergabe zu beachten:

- Grundsatz der Gleichbehandlung (z.B. dürfen nicht bestimmte Informationen bestimmten Bietern vorbehalten werden),
- Diskriminierungsverbot (inländische Bieter dürfen nicht bevorzugt werden),
- Gebot der Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten (Waren-, Dienstleistungs-, Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit),
- Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs (z.B. eine Leistung darf nicht so beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen),
- Auftragsvergabe nur an geeignete Unternehmer (es ist zu prüfen, ob der Unternehmer über die erforderliche Befugnis, wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit verfügt),
- Transparenzgebot (siehe dazu gleich unten).

Von besonderer Relevanz für Auftragsvergaben in EU-Strukturfondsprogrammen ist das **Transparenzgebot**, das hier deshalb näher erläutert werden soll. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) ist bei Beschaffungen, die für Wirtschaftsteilnehmer eines anderen Mitgliedstaates von Interesse sein könnten (sog. "Binnenmarktrelevanz") der Grundsatz der Transparenz einzuhalten. Dadurch besteht die Verpflichtung zur Sicherstellung einer angemessenen Bekanntmachung der Auftragsvergabe – etwa auch im Rahmen der Direktvergabe, die per se keine Bekanntmachung der Auftragsvergabe vorsieht –, sodass der Auftrag auf Grundlage eines echten Wettbewerbs vergeben wird. Bei der Bekanntmachung zur Wahrung des Transparenzgebotes muss es sich nicht um eine Bekanntmachung im Sinne des BVergG handeln. Als geeignete Bekanntmachungsmedien kommen somit auch das Internet (bei einzelnen Programmen besteht die Möglichkeit der Veröffentlichung über die Programm-Homepage), lokale Medien, Ausschreibungsblätter, etc. in Betracht. Dabei ist das Grundprinzip "je interessanter der Auftrag für potentielle Bieter, desto weiter sollte er bekannt gemacht werden" zu beachten.⁴

Der Auftraggeber hat selbst zu beurteilen, ob der Auftrag Binnenmarktrelevanz hat. Dies ist zu bejahen, wenn "ein Auftrag möglicherweise für Wirtschaftsteilnehmer in anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein könnte". Dabei ist eine Einzelfallprüfung unter Berücksichtigung des Auftragsgegenstands, des geschätzten Auftragswerts, der Besonderheiten des betreffenden Sektors sowie der geographischen Lage des Orts der Leistungserbringung durchzuführen.⁵ In der Rechtssache C-220/06 entschied der EuGH, dass bereits bei einem Auftragswert von mehr als 12.020,42 € (jährlicher Auftragswert bei unbestimmter Vertragslaufzeit) das Transparenzprinzip zu beachten ist.

⁴ vgl. Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen <http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:179:0002:0007:DE:PDF>

⁵ vgl. auch Urteil des Gerichts vom 20.05.2010, T-258/06.

In Österreich wurde aufgrund dessen nun mit 1. April 2012 das neue Verfahren „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ gemäß § 41a BVergG 2006 einführt. Näheres unten unter Punkt 3.3.

2.2. Förderrechtliche Grundsätze

2.2.1. Grundsatz der Rechtmäßigkeit

Ausgaben der Projektträger sind nur dann förderfähig, wenn ihnen eine rechtmäßige Förderentscheidung (Fördervertrag, Bescheid) zu Grunde liegt und die Förderungsbedingungen mit dem Begünstigten rechtswirksam vereinbart wurden (Überbindung der Förderfähigkeitsregeln). Zudem muss die Durchführung des Vorhabens entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Rechtsvorschriften erfolgen.

2.2.2. Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit

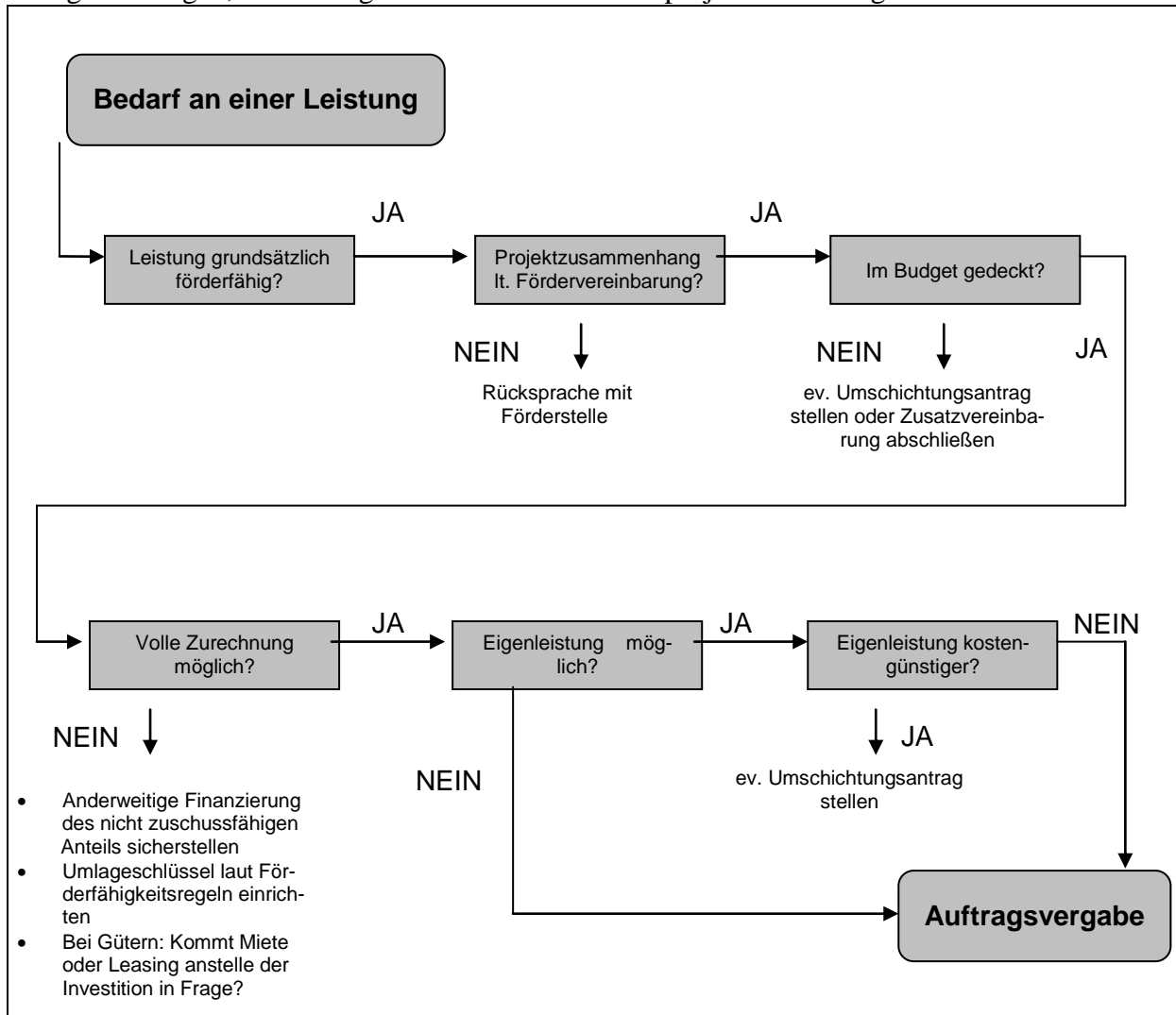
Eine Förderfähigkeit von Projektkosten ist nur dann gegeben, wenn den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Wirksamkeit entsprochen wurde (Art. 27 VO (EG) Nr. 1605/2002) und sie in ihrer Art und Höhe zur Erreichung des Förderzwecks, der im jeweiligen EU-Strukturfondsprogramm und in der Fördervereinbarung angegeben ist, angemessen sind. Viele EU-Strukturfondsprogramme sehen vor, dass unbeschadet der vergaberechtlichen Vorschriften bei der Beschaffung von Gütern und Leistungen die Angemessenheit der Ausgaben in entsprechender Form nachzuweisen ist. Dies kann durch die Einholung von Vergleichsangeboten oder unverbindlichen Preisauskünften erfolgen. Auch z.B. Honorarordnungen oder nachvollziehbare Begründungen können dem Nachweis der Preisangemessenheit dienen. Spätestens bei der Vorlage der betreffenden Rechnungen zum Abruf der EU-Fördergelder ist die Angemessenheit des Preises gegenüber der First Level Control (FLC)-Stelle zu begründen.

Art und Ausmaß der Verpflichtung zum Nachweis der Preisangemessenheit und der entsprechend geforderten Dokumentation variiert von Programm zu Programm. Soweit sie strenger sind, gehen überdies organisationsinterne Vorgaben (z.B. amtsinterne Vorschrift, wonach bei einem niedrigeren als dem vom jeweiligen EU-Strukturfondsprogramm genannten Auftragswert unverbindliche Preisauskünfte einzuholen sind) den Regeln der EU-Strukturfondsprogramme vor. Es empfiehlt sich daher, diesen Aspekt rechtzeitig mit der Förder- bzw. FLC-Stelle abzuklären.

3. Beschaffungsvorgang

3.1. Grundsätzliche Überlegungen im Vorfeld der Beschaffung

Im Vorfeld der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen hat eine Bedarfserhebung zu erfolgen, die im Zuge von EU-Strukturfondsprojekten wie folgt ablaufen sollte:



ACHTUNG: Die Beantwortung der in der obigen Abbildung gestellten Fragen wie auch die Abwicklung des gesamten Beschaffungsvorganges muss gegenüber den zuständigen Förder- bzw. FLC-Stelle dokumentiert werden können.

3.2. Schwellenwerte und Auftragswertberechnung

Je nach Art der zu beschaffenden Leistung und der Höhe des geschätzten Auftragswertes sind unterschiedliche Vergabeverfahren anzuwenden.

3.2.1. Schwellenwerte

Ganz allgemein lässt sich im Vergaberecht zwischen der Vergabe von Aufträgen im **Unterschwellenbereich** und im **Oberschwellenbereich** unterscheiden. Ob der Auftraggeber die Bestimmungen des Ober- bzw. des Unterschwellenbereichs anzuwenden hat, ist vom Auftragswert abhängig. Unterschiede zwischen dem Unter- und Oberschwellenbereich gibt es insbesondere im Bereich der Bekanntmachung (vgl. Pkt 3.4.), bei den dem jeweiligen Auftraggeber zur Verfügung stehenden Verfahrensarten (vgl. Pkt 3.3.) sowie den einzuhaltenden Fristen im Vergabeverfahren (siehe Ablaufdarstellung auf Seite 17).

Als ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich gilt jenes, bei dem der geschätzte Auftragswert (exkl. Umsatzsteuer) mindestens die nachstehenden Schwellenwerte⁶ erreicht:

Art der Beschaffung	Schwellenwert (gültig seit 01.01.2014) ⁷
Baufträge	5,186.000 Mio €
Lieferaufträge	207.000 €
Dienstleistungsaufträge	207.000 €

3.2.2. Auftragswertberechnung

Die Auftragswertberechnung hat zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens zu erfolgen. Der geschätzte Auftragswert ist der Gesamtbetrag der vom Auftraggeber voraussichtlich zu bezahlen ist (ohne Umsatzsteuer!). Der geschätzte Auftragswert hat Auswirkungen auf das jeweils zulässige Vergabeverfahren. **ACHTUNG:** Die Wahl des korrekten Vergabeverfahrens durch die beschaffenden Programmstellen und Projektträger wird in den EU-Strukturfondsprogrammen genau geprüft. Es wird daher dringend empfohlen, die Auftragswertschätzung sorgfältig durchzuführen und entsprechend zu dokumentieren.

Primärer Maßstab für die Höhe des geschätzten Auftragswertes ist jener Wert, den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegments und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Sache veranschlagen würde.⁸ Ist der Auftraggeber dazu nicht im Stande, so hat er entsprechend sachkundige Dritte beizuziehen (vgl. § 13 ff BVergG).

⁶ Die Schwellenwerte werden regelmäßig durch EU-Verordnungen festgelegt.

⁷ Bis zum 31.12.2013 galten folgende Schwellenwerte: 200.000 € für Liefer- und Dienstleistungsaufträge, 5 Mio € für Bauaufträge.

⁸ vgl. Entscheidungen des Bundesvergabeamt (BVA) vom 4.12.1997, F-10/97-14; BVA vom 26.9.2001, N-96/01-8; BVA 18.6.2003, 07N-48/03-51.

Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften des BVergG zu umgehen! Demnach ist auch eine Stückelung von zusammengehörenden Aufträgen unzulässig. Auch wenn ein Auftragnehmer gleichartige Leistungen an mehrere Projektpartner liefert, sind deren Auftragswerte grundsätzlich zusammenzurechnen.

Eine getrennte Vergabe kann jedoch ausnahmsweise in örtlicher oder zeitlicher Hinsicht, nach Menge und Art der Leistung oder im Hinblick auf Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebezweige oder Fachrichtungen erfolgen. Für die Gesamt- oder getrennte Vergabe von Leistungen sind wirtschaftliche oder technische Gesichtspunkte maßgebend. **ACHTUNG:** Auch dieser Aspekt der getrennten oder gemeinsamen Auftragsvergabe wird in den EU-Strukturfondsprogrammen genau geprüft. Es wird daher dringend empfohlen, die Gründe für die gewählte Vorgangsweise hinreichend zu dokumentieren.

3.3. Wesentliche Verfahrensarten

Nachfolgend werden die in der Praxis der EU-Strukturfondsprogramme häufigsten Verfahrensarten im Ober – und Unterschwellenbereich dargestellt (die Aufzählung ist nicht abschließend).

Im **Oberschwellenbereich** (Auftragswert bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen über 200.000 €; bei Bauaufträgen über 5 Mio €) können grundsätzlich folgende Verfahrensarten für die Auftragsvergabe herangezogen werden:

- Offenes Verfahren
- Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung

Beide Verfahren unterliegen keinen Wertgrenzen und können immer angewandt werden.

- Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung
- Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

Die Verhandlungsverfahren können nur unter bestimmten Umständen (vgl. §§ 28 ff BVergG) zur Anwendung kommen und die Wahl des Vergabeverfahrens ist gegenüber den Förder- bzw. FLC-Stellen daher genau zu begründen und zu dokumentieren.

Im **Unterschwellenbereich** lassen sich folgende Vergabeverfahren unterscheiden:

- Offenes Verfahren
- Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung
- Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung

Die drei Verfahren können für Liefer- und Dienstleistungsaufträge immer angewandt werden, bei Bauaufträgen bis zu einem Auftragswert von 1.000.000,-€.

- Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung
bei Bauaufträgen: bis 1.000.000,- €
bei Liefer- u. Dienstleistungsaufträgen: bis 100.000,- €

- Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung
 bei Bauaufträgen: bis 100.000,- €
 bei Liefer- u. Dienstleistungsaufträgen: bis 100.000,- €

- Direktvergabe
 bis 100.000,- €

- Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung
 bei Bauaufträgen: bis 500.000,- €
 bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis 130.000,- €

Die oben angeführten, höheren Wertgrenzen gelten aufgrund der Schwellenwertverordnung 2012 idgF nur vorübergehend und zwar für alle Vergabeverfahren, die zwischen 30.04.2009 und 31.12.2014 "eingeleitet" wurden bzw. werden. Ein Vergabeverfahren gilt nach den Gesetzesmaterialien dann als "eingeleitet", wenn die Bekanntmachung abgesendet wird oder – bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung – wenn eine den Beginn des Vergabeverfahrens dokumentierende vergaberelevante Handlung des Auftraggebers dessen Sphäre verlässt. Letzteres ist etwa das Setzen der ersten außenwirksamen Handlung des Auftraggebers in Form der Kontaktaufnahme mit Unternehmern, die der Auftraggeber für die Teilnahme am Vergabeverfahren gewinnen will. Hingegen sind erste informelle Erkundigungen des Auftraggebers bei Unternehmern, organisationsinterne Handlungen (Einsetzen eines Projektteams, Planung des Ablaufes eines Verfahrens udgln) noch keine Schritte, die als verfahrenseinleitende Handlungen zu qualifizieren sind. Der Zeitpunkt der "Einleitung" eines Verfahrens wird an den Eintritt von äußeren Ereignissen geknüpft, um die objektive Nachprüfbarkeit des Zeitpunktes sicherzustellen.

Im Nachfolgenden werden die Charakteristika der oben angeführten Verfahrensarten erläutert:

3.3.1. Offenes Verfahren

Das offene Verfahren ist das Regelverfahren aller Vergabeverfahren, dessen Wahl sowohl im Unter- als auch im Oberschwellenbereich uneingeschränkt möglich ist. Der Auftraggeber hat eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufzufordern. Es ist charakteristisch, dass jedes beliebige Unternehmen am Verfahren teilnehmen kann und nicht von vornherein Beschränkungen auferlegt werden dürfen. Die Anzahl und die Namen der Unternehmer, die ein Angebot legen, sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten. Die Angebotsöffnung muss an einem vorab festgesetzten Ort zu einem festgelegten Zeitpunkt erfolgen (die Bieter sind berechtigt, daran teilzunehmen). Wesentlich ist, dass der Auftraggeber nicht mit den Bietern über eine Angebotsänderung verhandeln darf. Der Bieter ist nach Ende der Angebotsfrist bis zur Zuschlagserteilung an sein Angebot gebunden und kann dies nicht mehr inhaltlich verändern.

3.3.2. Nicht offenes Verfahren

Auch für das nicht offene Verfahren sind die formale Angebotsöffnung und das absolute Verhandlungsverbot unbedingt zu beachten. Grundsätzlich lassen sich zwei verschiedene Arten des nicht offenen Verfahrens unterscheiden:

3.3.3. Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung

Beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung fordert der Auftraggeber eine nicht festgesetzte Anzahl von Unternehmern öffentlich zur Abgabe von Teilnahmeanträgen auf (Phase 1). Bereits in der Bekanntmachung muss der Auftraggeber bestimmen, wie viele Bewerber zur Angebotslegung eingeladen werden (Phase 2). Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und darf nicht unter fünf (im Unterschwellenbereich drei) liegen. Falls nach der Eignungsprüfung (siehe Pkt. 3.4.) die vorgesehene Teilnehmerzahl überschritten wird, wählt der Auftraggeber die Bewerber, die zur Angebotslegung eingeladen werden sollen, anhand von sog. "Auswahlkriterien" aus. Dabei handelt es sich um unternehmensbezogene Kriterien, mit denen die Qualität der Bewerber bzw. Bieter ermittelt wird. Ein Auswahlkriterium sind etwa Referenzprojekte des Unternehmens, d.h. dem zu vergebenden Auftrag ähnliche Leistungen, die das Unternehmen bereits erbracht hat.

3.3.4. Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung

Beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung wird direkt eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmern zur Angebotslegung eingeladen. Die Eignungsvoraussetzungen sind vom Auftraggeber vorab zu prüfen und festzuhalten. Die Anzahl der ausgewählten Unternehmer zur Angebotslegung darf nicht unter fünf liegen.

3.3.5. Verhandlungsverfahren

ACHTUNG: Als Ausnahmeverfahren des BVerG darf das Verhandlungsverfahren nur in bestimmten Fällen herangezogen werden. Die Wahl dieses Verfahrens ist daher sorgfältig zu begründen.

Allerdings ist bei der Vergabe von geistigen Dienstleistungen gemäß § 30 Abs. 1 Z. 3 BVerG 2006 das Verhandlungsverfahren das Verfahren der Wahl. Denn bei dieser Art von Dienstleistung ist es typischerweise nicht möglich einen genauen Leistungskatalog zu erstellen, sondern vielmehr einen Ziel- und Aufgabenkatalog. Die Verhandlungen dienen dazu, die eingelangten Angebote vergleichbar zu machen.

Das wesentliche Charakteristikum des Verhandlungsverfahrens ist, dass der Auftraggeber mit den Bietern über den gesamten Auftragsinhalt verhandeln darf. Es ist dem Auftraggeber überlassen, wie viele Verhandlungsrunden durchgeführt werden. Dabei kommt den Grundsätzen des fairen und lautereren Wettbewerbs und des Diskriminierungsverbotes eine besondere Bedeutung zu. So darf der Auftraggeber auch die – in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten – Zuschlagskriterien nach der Angebotslegung der Bieter und während der Verhandlungsphase nicht mehr ändern.

Wie beim nicht offenen Verfahren lässt sich auch beim Verhandlungsverfahren zwischen dem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung und dem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung unterscheiden.

- **Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung**

Nachdem eine nicht festgesetzte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Teilnahmeanträgen eingeladen wurde (Phase 1), werden ausgewählte Bewerber zur Angebotslegung aufgefordert (Phase 2). Die festgelegte Anzahl muss einen echten Wettbewerb gewährleisten und darf nicht unter drei liegen. Falls nach der Eignungsprüfung die vorgesehene Teilnehmerzahl überschritten wird, wählt der Auftraggeber die Bewerber, die zur Angebotslegung eingeladen werden sollen, anhand von Auswahlkriterien aus.

- **Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung**

Anders als beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung wird beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung eine beschränkte Anzahl von geeigneten (dies ist im Vorfeld zu prüfen) Unternehmern zur Abgabe von Angeboten aufgefordert. Die Anzahl der Unternehmer darf grundsätzlich nicht unter drei liegen.

3.3.6. Direktvergabe

Bei einer Direktvergabe wird eine Leistung **formfrei** unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen. Der Auftrag ist an einen geeigneten Unternehmer zu vergeben, wobei die Auftragsvergabe nicht den strengen Formalkriterien des BVergG unterliegt (z.B. keine Einhaltung von Fristen, Nachverhandlungen über Inhalt und Preis der eingeholten Vergleichsangebote und/oder unverbindlichen Preisauskünfte möglich).

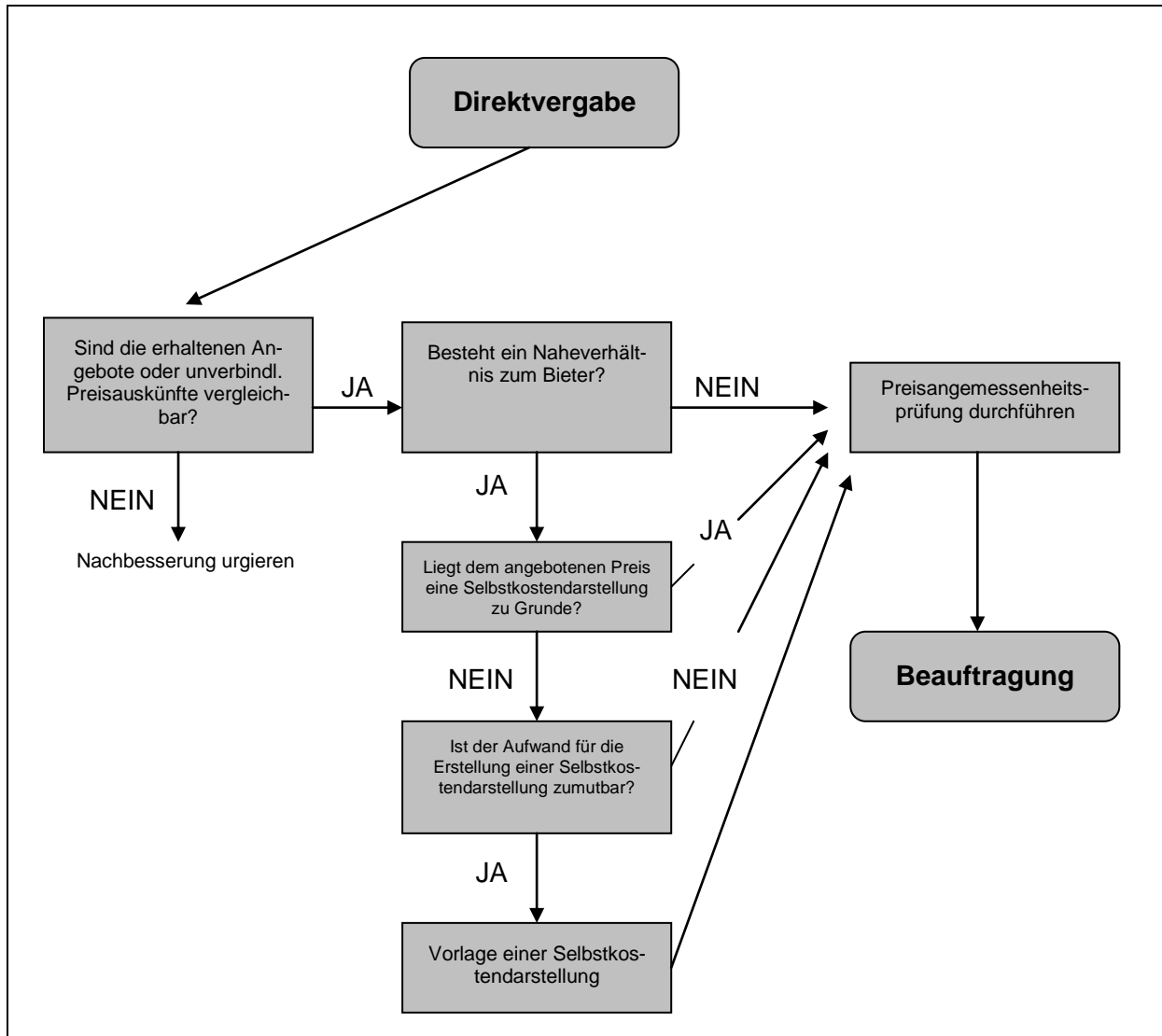
Gemäß der Schwellenwertverordnung 2012 idgF ist eine Direktvergabe bis zu einem Auftragswert von 100.000 € bei allen Auftragsvergaben, die zwischen 30.04.2009 und 31.12.2014 eingeleitet wurden bzw. werden, möglich (ansonsten gilt die gesetzliche Wertgrenze von 50.000 €).

Da auch im Rahmen der Direktvergabe dem Grundsatz der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprochen werden muss (vgl. Pkt. 2.2.), ist die Angemessenheit der Ausgaben nach den Vorgaben einiger EU-Strukturfondsprogramme mittels eingeholter Vergleichsangebote und/oder unverbindlicher Preisauskünfte nachzuweisen (diese sind den FLC-Stellen auch vorzulegen).

In diesem Zusammenhang soll auch die Regelung der meisten EU-Strukturfondsprogramme erwähnt werden, wonach bei **Beauftragung von Rechtsträgern, die formal verschieden, aber personell oder funktionell mit dem Auftraggeber verflochten sind** (z.B. Identität der Eigentümer oder Vereinsorgane, Mutter- und Tochterunternehmen, „In-house-Vergabe“ bei öffentlichen Begünstigten), wenn kein Vergabeverfahren zur Feststellung der Preisangemessenheit durchgeführt wurde, die verrechneten Kosten für die Erbringung der Leistung lediglich in der Höhe der nachgewiesenen Selbstkosten ohne Aufschläge kofinanzierungsfähig sind⁹.

⁹ Siehe Artikel 7 „Subsidiäre nationale Regeln für die Förderfähigkeit von Ausgaben mit Kofinanzierung aus dem Europäischen Fonds für regionale Entwicklung (EFRE) in Österreich (Version 2.0, Stand 09/2010)

In der Praxis der EU-Strukturfondsprogramme kann bei derartigen Verflechtungen zumeist von einer sog. In-House-Vergabe im Sinne des Vergaberechts ausgegangen werden, d.h. die Auftragsvergabe unterliegt nicht dem Vergaberegime und kann formfrei und direkt erfolgen (siehe auch Punkt 5). Im Nachstehenden ist ein Ablaufschema zu den entsprechenden Überlegungen im Rahmen einer Direktvergabe dargestellt, das die hier aufgezeigten Aspekte berücksichtigt.



3.3.7. Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung

Besteht an einem Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse, so steht das völlige Fehlen einer Ausschreibung mit den Grundsätzen des Unionsrechts nicht im Einklang (zB Grundsatz der Transparenz). Aus diesem Grund gibt es seit 1. April 2012 ein neues Verfahren: Die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung.

Als Schwellenwerte werden hier € 130.000,- bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und € 500.000,- bei Bauaufträgen genannt. Abs 1 enthält eine taxative Aufzählung der Bestimmungen, die bei einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung anzuwenden sind. Abgesehen davon ist das Verfahren frei gestaltbar.

Das Verfahren kann einstufig oder zweistufig gestaltet werden, indem mit den Bietern verhandelt oder im Laufe des Verfahrens die Anzahl der Bieter reduziert wird. Eingeschränkt wird dieses Ermessen des Auftraggebers durch die Verpflichtung in Abs 4, wonach der Auftraggeber bereits zu Beginn festlegen muss, nach welchen Kriterien er den oder die Unternehmer auswählt von denen er ein Angebot einholt und nach welchem oder welchen Kriterien er das erfolgreiche Angebot bestimmt. Die Kriterien sind den interessierten Unternehmern vorab bekannt zu geben.

Einstufiges Verfahren: Der Auftraggeber verfügt bereits in der Bekanntmachung bzw. in den Unterlagen, dass Angebote eingeholt werden und anhand dieser dem Billigsten/Besten der Zuschlag erteilt wird.

Zweistufiges Verfahren: Der Auftraggeber kann zunächst nach der Bekanntmachung einen oder mehrere Unternehmer auswählen (etwa auf Grund von Referenzen oder etwa auch "die ersten fünf") und erst in einem zweiten Schritt Angebote einholen.

Wichtig ist, dass alle wesentlichen Festlegungen und Vorgänge im Vergabeverfahren schriftlich festzuhalten sind, da es relativ wenige formale Vorgaben für dieses Verfahren gibt.

Unverzüglich nach Zuschlagserteilung hat der Auftraggeber den Unternehmern, die sich um eine Teilnahme am Verfahren beworben oder ein Angebot gelegt haben, mitzuteilen, welchem Unternehmer der Zuschlag erteilt wurde. Dabei muss der Gesamtpreis (Auftragssumme ohne Umsatzsteuer) mitgeteilt werden.

Wie bei der "klassischen" Direktvergabe gilt auch hier ein eingeschränkter Rechtsschutz. Es kann lediglich die Entscheidung hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens und die Bekanntmachung angefochten werden.

Bei Auftragsvergabe im Rahmen von EU-Strukturfondsprogrammen wird häufig vorgeschrieben, dass auch im Bereich der Direktvergabe die Prüfung der Preisangemessenheit zu dokumentieren ist. Derartige Verpflichtungen bleiben von der vorliegenden Bestimmung unberührt.

Die Darstellung auf der nächsten Seite soll einen Überblick über die wesentlichen Schritte in den einzelnen Vergabeverfahren geben, die im Anschluss kurz erläutert werden.

Ablaufdarstellung für Vergabeverfahren nach dem BVerG 2006

Direktvergabe	Aufforderung zur Übermittlung unverbindlicher Preisauskünfte bzw. eines Angebotes							Unverb. Preisauskunft/Ang ebot								Auftrag vergeben
Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung	Bekanntmachung mittels Kriterien							Angebot								Auftrag vergeben, Mitbieter informieren

Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung	Aufforderung zur Angebotslegung				allfällige Eignungsprüfung		Ausschreibungsunterlage versenden	Angebotsfrist	Angebot	Interne Öffnung	Angebotsprüfung	Verhandlungen	Bestbieterermittlung	Mitteilung der Zuschlagsentscheidung	Stillhaltefrist	Zuschlag erteilen
<i>Fristen</i>								angemessen							OSB 10/15 T USB 7 T	

Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung	Bekanntmachung schalten	Teilnahmefrist	Bewerbungsunterlage versenden	Teilnahmeantrag	Eignungsprüfung	Auswahlentscheidung	Ausschreibungsunterlage versenden	Angebotsfrist	Angebot	Interne Öffnung	Angebotsprüfung	Verhandlungen	Bestbieterermittlung	Mitteilung der Zuschlagsentscheidung	Stillhaltefrist	Zuschlag erteilen
<i>Fristen</i>			OSB 10/37 T USB 7/14 T					angemessen							OSB 10/15 T USB 7 T	

Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung	Aufforderung zur Angebotslegung				allfällige Eignungsprüfung		Ausschreibungsunterlage versenden	Angebotsfrist	Angebot	Öffentliche Angebotsöffnung	Angebotsprüfung	Verhandlungsverbot!!	Bestbieterermittlung	Mitteilung der Zuschlagsentscheidung	Stillhaltefrist	Zuschlag erteilen
<i>Fristen</i>								USB 7/22 T							USB 7 T	

Nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung	Bekanntmachung schalten	Teilnahmefrist	Bewerbungsunterlage versenden	Teilnahmeantrag	Eignungsprüfung	Auswahlentscheidung	Ausschreibungsunterlage versenden	Angebotsfrist	Angebot	Öffentliche Angebotsöffnung	Angebotsprüfung	Verhandlungsverbot!!	Bestbieterermittlung	Mitteilung der Zuschlagsentscheidung	Stillhaltefrist	Zuschlag erteilen
<i>Fristen</i>			OSB 10/37 T USB 7/14 T					OSB 10/40 T USB 7/22 T							OSB 10/15 T USB 7 T	

Offenes Verfahren	Bekanntmachung schalten						Ausschreibungsunterlage versenden	Angebotsfrist	Angebot	Öffentliche Angebotsöffnung	Angebotsprüfung	Verhandlungsverbot!!	Bestbieterermittlung	Mitteilung der Zuschlagsentscheidung	Stillhaltefrist	Zuschlag erteilen
<i>Fristen</i>								OSB 10/52 T USB 7/22 T							OSB 10/15 T USB 7 T	

<i>Legende:</i>		Auftraggeber		beide		OSB = Oberschwellenbereich	T = Tage
		Bieter		Frist		USB = Unterschwellenbereich	

3.4. Wesentliche Schritte in den einzelnen Vergabeverfahren

Unabhängig von der Wahl des Vergabeverfahrens läuft jede Verfahrensart nach einer ähnlichen Grundstruktur ab. Die wesentlichen Schritte in den einzelnen Vergabeverfahren werden im Folgenden kurz dargestellt.

Bekanntmachung

Grundsätzlich sind Auftragsvergaben nach dem BVergG entsprechend bekanntzumachen. Im Oberschwellenbereich ist neben der nationalen Bekanntmachung auch eine EU-weite Bekanntmachung erforderlich. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgt in der elektronischen Datenbank "Tender Electronics Daily" (TED). Im Unterschwellenbereich muss die Bekanntmachung entsprechend der anzuwendenden Publikationsmedienverordnung (des Bundeskanzlers oder der jeweiligen Landesregierung; je nach Vollzugsbereich) nur national erfolgen. In den Anhängen VIII bis XV zum BVergG ist der Mindestinhalt der Bekanntmachung festgelegt.

Eignungsprüfung

Jegliche Vergabe von öffentlichen Aufträgen darf nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer erfolgen. Je nach Vergabeverfahren hat die Eignung der Unternehmer zu unterschiedlichen Zeitpunkten vorzuliegen bzw. geprüft zu werden (siehe § 69 BVergG). Zur Eignungsprüfung hat der Auftraggeber sog. Eignungskriterien festzulegen, das sind die auf den Leistungsgegenstand abgestimmten, nicht diskriminierenden Mindestanforderungen an die Bewerber oder Bieter. Zur Erleichterung des Verfahrens wurde die Möglichkeit geschaffen, dass sich der Auftraggeber zunächst eine Eigenerklärung vorlegen lassen kann. Eine Eigenerklärung reicht bei der Angebotserstellung aus, wobei vom Bieter, der den Zuschlag (im Oberschwellenbereich) erhalten soll, die Eignungsnachweise vor Zuschlagsentscheidung eingefordert werden. Im gesamten Unterschwellenbereich kann auf die Nachforderung des Eignungsnachweises verzichtet werden. Das BVergG regelt, welche Eignungsnachweise der Auftraggeber verlangen kann (z.B. Gewerbeschein, Firmenbuchauszug, Strafregisterbescheinigung, Bilanzen, Beschreibung der technischen Ausrüstung, Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts) bzw. ob und wann von der Einforderung dieser Nachweise abgesehen werden kann (vgl. §§ 70 ff BVergG).

Ausschreibungsunterlagen

In den Ausschreibungsunterlagen legt der Auftraggeber fest, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen beziehen möchte. Im Wesentlichen bestehen die Ausschreibungsunterlagen aus einer Leistungsbeschreibung und den vertraglichen Grundlagen für den Leistungsvertrag.

Der Auftraggeber kann zwei Arten der Leistungsbeschreibung wählen. In der konstruktiven Leistungsbeschreibung werden die einzelnen Teilleistungen in einem Leistungsverzeichnis aufgegliedert. Kann der Auftraggeber nur das zu erwartende Ziel eines Auftrags (wie z.B. bei geistigen Dienstleistungen) definieren, so besteht die Möglichkeit einer funktionalen Leistungsbeschreibung, wonach die Leistung als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- und Funktionsanforderungen beschrieben wird.

In den vertraglichen Grundlagen für den Leistungsvertrag können Regelungen, die für einen zivilrechtlichen Vertrag zur Anwendung kommen, festgelegt werden (z.B. Erfüllungszeitraum, Pönale, Vorauszahlungen etc.).

Zudem sind in den Ausschreibungsunterlagen Angaben über die Zulässigkeit von Alternativangeboten und Subunternehmerleistungen zu treffen. Wesentlich sind auch Informationen

hinsichtlich der geltenden verfahrensspezifischen Fristen (Angebotsfrist, Teilnahmefrist, Zuschlagsfrist), das Zuschlagsprinzip (Best- oder Billigstbieterprinzip) und der Zuschlagskriterien.

ACHTUNG: Der Auftraggeber ist an die Ausschreibungsunterlagen gebunden und darf grundsätzlich nicht davon abweichen.

Angebot

Auf Basis der Ausschreibung können interessierte Unternehmen Angebote an den Auftraggeber übermitteln. Grundsätzlich haben sie sich dabei genau an die Ausschreibungsunterlagen zu halten (Ausnahmen bestehen nur im Verhandlungsverfahren und bei Legung eines Alternativangebots). Angebote müssen formal frei von Zahlen- und Rechenfehlern und so ausgefertigt sein, dass Veränderungen bemerkbar oder nachweisbar wären. Aus inhaltlicher Sicht müssen Angebote insbesondere den Namen und Geschäftssitz des Bieters, die Bekanntgabe allfälliger Subunternehmer (samt entsprechender Eignungsnachweise), Preisangaben und das Datum mit rechtsgültiger Unterfertigung aufweisen (vgl. § 108 BVergG).

Öffnung der Angebote und Angebotsprüfung

Die Öffnung der Angebote erfolgt beim offenen und nicht offenen Verfahren sehr formalisiert. Sie hat an einem festgesetzten Ort und zu einer festgesetzten Zeit (unmittelbar nach Ende der Angebotsfrist) durch eine Kommission zu erfolgen, die aus mindestens zwei sachkundigen Vertretern des Auftraggebers besteht. Die Bieter haben das Recht, anwesend zu sein. Gewisse Angaben sind vom Auftraggeber vorzulesen und in einer Niederschrift festzuhalten.

Beim Verhandlungsverfahren erfolgt die Öffnung der Angebote formfrei und sie ist für die Bieter nicht zugänglich (aufgrund der Geheimhaltungspflicht für die anschließenden Verhandlungen).

Der Auftraggeber hat die Preisangemessenheit der eingelangten Angebote zu überprüfen. Bestehen Zweifel über die Preisangemessenheit, so ist vom Bieter Aufklärung über die Positionen des Angebots zu verlangen. Die Behebung allfälliger Angebotsmängel durch den Bieter ist nach der Angebotsfrist nur mehr eingeschränkt möglich und nur dann, wenn dies nicht zu einer Veränderung der Wettbewerbsstellung führt (mangels gesetzlicher Vorgaben ist eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen). Über die Prüfung der Angebote ist eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

Zuschlag

Im Zuschlagsverfahren wird jener Bieter ermittelt, dem der Zuschlag erteilt werden soll. Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden anderer Angebote¹⁰ übrig geblieben sind, ist der Zuschlag gemäß den Angaben in den Ausschreibungsunterlagen dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot (Bestbieterprinzip) oder dem Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstbieterprinzip) zu erteilen.

Beim Bestbieterprinzip erfolgt die Zuschlagsentscheidung auf Basis von nicht diskriminierenden, mit dem Auftrag zusammenhängenden Zuschlagskriterien (z.B. Qualität, Preis, Kundendienst und technische Hilfe, Erfahrung des eingesetzten Personals) sowie den bekanntgegebenen Bewertungsmethoden. Die Gewichtung der Zuschlagskriterien ist bereits in der Ausschreibungsunterlage bekannt zu machen.

¹⁰ z.B. aufgrund von Formalvorschriften (zu späte Einreichung, Legung eines nicht zulässigen Alternativangebots, fehlende rechtsgültige Unterfertigung,...)

Die Zuschlagsentscheidung ist allen Bietern nachweislich mitzuteilen. Grundsätzlich sind darin den verbliebenen Bietern das Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung des Angebots, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Die Zuschlagsentscheidung bewirkt noch keine Auftragsvergabe. Sie ist bloß eine Wissensklärung des Auftraggebers, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Auf die Zuschlagsentscheidung folgt eine strikt einzuhaltende 10/15- bzw. 7-tägige Stillhaltefrist. Im Oberschwellenbereich beträgt die Stillhaltefrist 15 Tage und sie reduziert sich bei Übermittlung der Zuschlagsentscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax auf 10 Tage. Im Unterschwellenbereich dauert die Stillhaltefrist 7 Tage. Erst nach Ablauf der Stillhaltefrist kann der Auftraggeber dem erfolgreichen Bieter den Zuschlag tatsächlich erteilen.

Widerruf

In der Regel endet ein Vergabeverfahren durch den Zuschlag. In besonderen Fällen kann es jedoch auch zu einem Widerruf der Ausschreibung kommen. Wie bei der Zuschlagserteilung hat ein Widerruf zweistufig zu erfolgen. Primär ergeht eine Widerrufsentscheidung an die Unternehmer. Nach der Einhaltung der Stillhaltefrist darf die Widerrufserklärung (endgültiger Widerruf) erfolgen. Dabei unterscheidet man zwingende¹¹ und nicht zwingende¹² Widerrufsgründe.

3.5. Auftragsänderung/-erweiterung und Zusatzaufträge nach Verfahrensabschluss

Eine **Auftragsänderung/ -erweiterung** nach Zuschlagserteilung ist nicht beliebig zulässig. Grundsätzlich stehen "wesentliche" Änderungen nicht im Einklang mit dem Vergaberecht. Die Änderung kann als wesentlich angesehen werden, wenn sie Bedingungen einführt, welche die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten (z.B. Änderung der Person des Auftragnehmers, des Leistungsumfanges, Erhöhung des Auftragswerts). Keine wesentliche Änderung ist hingegen eine Reduzierung der Leistung in Verbindung mit dem Auftragswert.¹³ Eine wesentliche Vertragsänderung ist als neue Vergabe zu beurteilen und nach den einschlägigen Bestimmungen zu behandeln.

Auch **Zusatzaufträge** sind grundsätzlich als neue Vergabe zu beurteilen.

4. Dokumentation des Beschaffungsvorganges

Das Vergaberecht verpflichtet nur in bestimmten Fällen zur Erstellung eines Vergabevermerks (§ 136 BVergG). Hingegen verlangen die meisten EU-Strukturfondsprogramme für jeden Beschaffungsvorgang eine entsprechende Dokumentation. Im Rahmen der Direktvergabe ist in manchen EU-Strukturfondsprogrammen auch die Prüfung der Preisangemessenheit des Auftrags in entsprechender Form (vgl. Pkt. 2.2.) nachzuweisen.

Es empfiehlt sich, bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens mit der zuständigen Förder- bzw. FLC-Stelle Kontakt aufzunehmen, um Art, Umfang und Form (z.B. eigene Formulare)

¹¹ z.B. wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

¹² z.B. wenn nur ein Angebot eingelangt ist oder dafür sachliche Gründe bestehen.

¹³ Entscheidung des EuGH vom 19.06.2008, Rs C-454/06

der nach dem jeweiligen EU-Strukturfondsprogramm geforderten Dokumentation abzuklären. Die entsprechenden Unterlagen sind der FLC-Stelle mit den Abrechnungen vorzulegen.

5. Ausnahmen vom Geltungsbereich des BVergG

In § 10 des BVergG sind Ausnahmen aus dem Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes geregelt. Nachfolgend sollen die wesentlichen Ausnahmebestimmungen erwähnt werden. **ACHTUNG:** Die Ausnahmebestimmungen greifen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen und dies ist unter Beiziehung eines Rechtsexperten zu klären und entsprechend sorgfältig zu dokumentieren. Auch wenn das BVergG nicht zur Anwendung kommt, so gelten doch die förderrechtlichen Grundsätze der sparsamen, wirksamen und wirtschaftlichen Mittelverwendung (vgl. 2.2.) und ist dies entsprechend nachzuweisen:

- In-House-Vergaben

Auftragsvergaben, bei denen ein besonderes Naheverhältnis zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer besteht, sind vom BVergG ausgenommen. Voraussetzung ist, dass der potentielle Auftragnehmer vom Auftraggeber "beherrscht" wird und der Auftragnehmer seine Leistungen im Wesentlichen für den Auftraggeber erbringt (Indiz: ca. 90% des Umsatzes). Die "Beherrschung" des potentiellen Auftragnehmers ist dann anzunehmen, wenn der Auftraggeber über den potentiellen Auftragnehmer eine Aufsicht wie über eine eigene Dienststelle ausübt. Die "Beherrschung" kann auch auf Eigentümerebene erfolgen, wobei jede Beteiligung eines privaten Dritten am potentiellen Auftragnehmer die Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung jedoch ausschließt.

ACHTUNG: Die Förderfähigkeitsregeln der meisten EU-Strukturfondsprogramme normieren, dass bei Geschäften zwischen formal verschiedenen, aber personell oder funktionell verflochtenen Rechtsträgern oder zwischen Personen, die in einem persönlichen oder beruflichen Nahverhältnis stehen (dabei handelt es sich meist um In-House-Verhältnisse im Sinne des Vergaberechts) die verrechneten Kosten nur in Höhe der nachgewiesenen Selbstkosten (ohne Gewinnaufschläge) zuschussfähig sind. Bei Auftragsvergaben in solchen Naheverhältnissen sind die Kalkulation der Selbstkosten (inkl. Unterlagen zu den einfließenden Kosten) bzw. der Nachweis der Kostengünstigkeit im Vergleich zu einer externen Beauftragung aufzubewahren bzw. zu erbringen.

- Arbeitsverträge

Als Arbeitsvertrag ist ein Vertragsverhältnis zu verstehen, das eine zeitlich befristete, vergütete Leistungserbringung in einem Abhängigkeits- bzw. Unterordnungsverhältnis zu einem Dritten (dem Arbeitgeber) zum Inhalt hat. Kann der Dienstnehmer Zeit und Ort der Leistungserbringung grundsätzlich frei bestimmen und ist nicht in eine hierarchische Organisation des Dienstgebers in Unterordnung unter weisungsberechtigte Vorgesetzte eingebunden, liegt kein Arbeitsverhältnis im Sinne des Ausnahmetatbestands vor. In diesen Fällen sind die Bestimmungen des BVergG zu beachten und der Auftrag ist in dem dafür vorgesehenen Vergabeverfahren zu vergeben.

- Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen

Grundsätzlich fallen Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen in den Anwendungsbereich des BVergG (Auftragsforschung). Nicht vom Vergaberecht erfasst sind jedoch v.a. Forschungs- und Entwicklungsaufträge, die im Bereich der Grundlagenforschung, aus allgemeinen politischen und wirtschaftlichen Zielsetzungen erfolgen und bei denen kein ausschließliches Nutzungs- und Benutzungsrecht zugunsten des Auftraggebers besteht.

Wenn gewährleistet ist, dass die Ergebnisse der Forschungs- und Entwicklungsdienstleistung allen Interessierten frei zugänglich sind *oder* der Auftragnehmer einen Teil der Kosten selbst trägt, kann unter Umständen von der Ausnahmebestimmung Gebrauch gemacht werden.

6. Die häufigsten Fehler in der Auftragsvergabe

Die bisherigen Erfahrungen in der Umsetzung von EU-geförderten Projekten haben folgende häufige Fehler im Vergabeverfahren gezeigt. Es wird daher empfohlen, bei der Vorbereitung und Abwicklung von Auftragsvergaben nachfolgende Aspekte mit besonderer Sorgfalt zu behandeln:

- ✓ Unzulässige freihändige Auftragsvergabe ohne die vorgeschriebene vorangehende Bekanntmachung,
- ✓ Bekanntmachung der Auftragsvergabe nur auf nationaler oder regionaler Ebene statt EU-weite Bekanntmachung,
- ✓ Unklare Ausschreibungsunterlagen, aus denen die Erwartungen des Auftraggebers an die zu beschaffende Leistung und das Angebot nicht präzise hervorgehen,
- ✓ Unangemessen kurze Frist zur Legung eines Angebotes (in allen Fällen, in denen das Gesetz keine Mindestfristen vorsieht, gilt der Grundsatz: je komplexer eine Leistung, desto länger sollte die Angebotsfrist sein),
- ✓ Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung aus dringlichen Gründen ohne Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (zB Dringlichkeit ist nicht gegeben, wenn ein Projekt im Zeitplan im Verzug ist; das Vergaberecht stellt vielmehr auf Gründe ab, die nicht im Einflussbereich des Auftraggebers liegen wie etwa Naturkatastrophen, die rasches Handeln erfordern),
- ✓ Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer aus technischen Gründen oder wegen Ausschließlichkeitsrechten ohne Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen (z.B. ist es nicht hinreichend zu argumentieren, dass nur der eine Unternehmer dazu in der Lage ist, eine Leistung zu erbringen, weil es in der EU viele geeignete Unternehmen gibt, die den Auftrag erfüllen können, die der Auftraggeber aber vielleicht nicht kennt; zulässigerweise kann das Verfahren aber etwa gewählt werden, wenn eine spezifische Lösung angeschafft werden soll, auf die das Unternehmen ein Patentrecht hat),
- ✓ Vermischung von Auswahl- und Zuschlagskriterien (Auswahlkriterien dienen der Beurteilung der Unternehmen im zweistufigen Verfahren, Zuschlagskriterien beziehen sich auf das Angebot und dienen der Beurteilung desselben); einen Bieter im Einladungsverfahren wegen mangelnder Referenzen auszuschneiden, ist eine beispielsweise eine Vermischung der genannten Kriterien,
- ✓ Diskriminierende Kriterien (z.B. Einforderung des Sitzes des Unternehmens am Ort des Auftraggebers; Produktbeschreibung, die nur auf ein ganz bestimmtes Produkt zutrifft)
- ✓ Unzulässige Splittung eines Auftrages um die Anwendung von Wertgrenzen zu umgehen,
- ✓ Wesentliche Änderungen in Art, Umfang und Inhalt des Auftrages, die eine neuerliche Auftragsvergabe bedingen würden,
- ✓ Folgeaufträge ohne eigene Ausschreibung zu Konditionen aus dem ursprünglichen Auftrag,
- ✓ Angebotseinholung immer vom selben Bieterkreis.

7. Rechtsfolgen bei festgestellten Vergabefehlern

Bei festgestellten Fehlern in der Auftragsvergabe ist zu unterscheiden zwischen den Rechtsfolgen, die das Vergaberecht daran knüpft und den förderrechtlichen Folgewirkungen in den EU-Strukturfondsprogrammen. Im Bereich des Vergaberechts kann es insbesondere zu Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren kommen, die von Mitbewerbern eingeleitet werden. Im Bereich der EU-Strukturfondsprogramme kommt es darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Fehler in der Auftragsvergabe festgestellt wird. Geschieht dies im Zuge der First Level Control, so werden die entsprechenden Kosten nicht als förderwürdig anerkannt und entsteht kein Anrecht auf die anteiligen EU-Fördergelder. Wird der Vergabefehler nach der First Level Control und somit nach Anerkennung und allenfalls schon Auszahlung der entsprechenden EU-Fördergelder festgestellt (etwa durch die Finanzkontrolle der zweiten Ebene – sog. "Second Level Control") so kann es zu Finanzkorrekturen kommen. Die Europäische Kommission hat Leitlinien für solche Finanzkorrekturen erlassen (siehe das Dokument COCOF 07/0037/03¹⁴) und schlägt dort u.a. die nachstehend genannten Korrektursätze vor (die nachfolgende Darstellung ist nicht abschließend). Durch Finanzkorrekturen soll eine Situation wiederhergestellt werden, bei der sämtliche zur Kofinanzierung durch die Strukturfonds erklärten Ausgaben mit den einschlägigen EU- und nationalen Vorschriften übereinstimmen. Die Höhe der Finanzkorrektur wird mit dem Betrag festgesetzt, mit dem im betreffenden Fall der jeweilige Strukturfonds zu Unrecht belastet wurde.

- im Oberschwellenbereich: vorgeschlagene Korrektur*
 - Verstoß gegen die Bekanntmachungsvorschriften 25-100 %
 - Zusatzaufträge ohne Beachtung des Vergaberechts 25-100 %
 - Unvollständige Angabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien 5-25 %
 - Unzureichende/diskriminierende Festlegung des Auftragsgegenstandes 5-25 %
 - Verhandlungen in laufenden Vergabeverfahren 5-25 %

- im Unterschwellenbereich
 - kein ausreichendes Maß an Bekanntmachung und Transparenz 25 %
 - Anwendung unzulässiger Eignungs- oder Zuschlagskriterien 5-10 %
 - Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung 5-10 %

* vom Wert des entsprechenden Auftrages

14

http://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/guidelines/financial_correction/correction_2007_de.pdf

8. Arbeitshilfen

Es wurde davon Abstand genommen, Muster für Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung zu stellen, weil diese je nach Art und Umfang des Auftrages sehr unterschiedlich aussehen können (der Inhalt der Ausschreibungsunterlagen ist in §§ 78 ff BVergG geregelt). Für Auftragsvergaben, die eine Bekanntmachung bzw. Erarbeitung komplexerer Ausschreibungsunterlagen bedingen, ist ohnehin die Beiziehung eines Rechtsexperten zu empfehlen. Für einzelne, einfachere Vergabeschritte werden im Anhang zum vorliegenden Leitfaden (siehe entsprechendes Word-Dokument) Muster zur Verfügung gestellt, um den Auftraggebern in EU-Strukturfondsprojekten und -programmen die Arbeit zu erleichtern. Im Folgenden ist dargestellt, für welche Schritte im jeweiligen Vergabeverfahren Muster verfügbar sind.

- Offenes Verfahren:
 - Verzeichnis der eingelangten Angebote (Muster 1)
 - Niederschrift über die Öffnung der Angebote (Muster 2)
 - Niederschrift über die Eignungsprüfung (Muster 3)
 - Bewertungsbogen Angebote (Muster 4)
 - Zuschlagsentscheidung positiv und negativ (Muster 5)
 - Zuschlagserteilung (Muster 6)
 - Vergabevermerk (Muster 7)

- Nicht Offenes Verfahren:
 - Nicht Offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung:
 - Phase 1:
 - Verzeichnis der eingelangten Teilnahmeanträge (Muster 8)
 - Niederschrift über die Eignungsprüfung (Muster 3)
 - Bewertungsbogen Teilnahmeanträge (Muster 9)
 - Schreiben Bewerberauswahl positiv und negativ (Muster 10)
 - Phase 2:
 - Verzeichnis der eingelangten Angebote (Muster 1)
 - Niederschrift über die Öffnung der Angebote (Muster 2)
 - Niederschrift über die Eignungsprüfung (Muster 3)
 - Bewertungsbogen Angebote (Muster 4)
 - Zuschlagsentscheidung positiv und negativ (Muster 5)
 - Zuschlagserteilung (Muster 6)
 - Vergabevermerk (Muster 7)
 - Nicht Offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung:
 - Verzeichnis der eingelangten Angebote (Muster 1)
 - Niederschrift über die Öffnung der Angebote (Muster 2)
 - Bewertungsbogen Angebote (Muster 4)
 - Zuschlagsentscheidung positiv und negativ (Muster 5)
 - Zuschlagserteilung (Muster 6)
 - Vergabevermerk (Muster 7)

- Verhandlungsverfahren:
 - Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung:
 - Phase 1:

- Verzeichnis der eingelangten Teilnahmeanträge (Muster 8)
- Niederschrift über die Eignungsprüfung (Muster 3)
- Bewertungsbogen Teilnahmeanträge (Muster 9)
- Schreiben Bewerberauswahl positiv und negativ (Muster 10)

Phase 2:

- Verzeichnis der eingelangten Angebote (Muster 1)
 - Niederschrift Verhandlungsgespräch (Muster 11)
 - Bewertungsbogen Angebote (Muster 4)
 - Zuschlagsentscheidung positiv und negativ (Muster 5)
 - Zuschlagserteilung (Muster 6)
 - Vergabevermerk (Muster 7)
- Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung:
 - Verzeichnis der eingelangten Angebote (Muster 1)
 - Niederschrift über die Eignungsprüfung (Muster 3)
 - Niederschrift über das Verhandlungsgespräch (Muster 11)
 - Bewertungsbogen Angebote (Muster 4)
 - Zuschlagsentscheidung positiv und negativ (Muster 5)
 - Zuschlagserteilung (Muster 6)
 - Vergabevermerk (Muster 7)
- Direktvergabe:
 - Einladung zur Abgabe eines Angebotes bzw. einer unverbindlichen Preisauskunft (Muster 12)
 - Öffentliche Bekanntmachung und Einladung zur Abgabe einer unverbindlichen Preisauskunft oder eines Angebotes (Muster 13)
 - Vermerk über eine Direktvergabe (Muster 14)
 - Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung:
 - Bekanntmachung im Publikationsmedium nach § 55 BVergG (Muster 15)
 - Vermerk über eine Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung (Muster 16)

9. Abschließende Bemerkungen

Die Strukturfondsperiode 2007-2013 ist im Auslaufen, an den neuen Programmen der Periode 2014-2020 wird eifrig gearbeitet. Erstmals sind von der Europäischen Kommission selbst auch Vorschläge für Förderfähigkeitsregeln erstellt worden, die sich derzeit noch im Entwurfsstadium befinden. Insbesondere für die Programme des Zieles 3 - Europäische Territoriale Zusammenarbeit – sind es sehr detaillierte Regeln für alle Kostenkategorien (Personalkosten, Reise- und Gemeinkosten, externe Kosten und Investitionskosten).

Aus den Erfahrungen der ablaufenden Periode ergibt sich für die kommende Förderperiode die Entwicklung, insbesondere in Bezug auf die Auftragsvergaben, private Fördernehmer nicht mehr unter das strenge Vergaberegime zu stellen. Die Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit sollen in Hinkunft nur mehr durch aussagekräftige Vergleichsangebote, oder bei geringeren Auftragshöhen durch Internetrecherche, nachzuweisen sein.