



Dritte Halbzeit vor Gericht

Leiberltausch, böse Fouls und Suspendierung: Das Leben als Kicker wirft viele Rechtsfragen auf. [EPA/Gerry Penny] Seite 33



Schutz vor bösen Überraschungen

Neues Unternehmensrecht verlangt mehr Information zu außerbilanziellen Vorgängen. [Reuters] Wirtschaft & Steuern S. 34

Wien als Mäzen: „Weil es uns wichtig ist“

CALATRAVA AM WIENERBERG. Die Gemeinde Wien dürfte sich über die Grundsätze korrekter öffentlicher Auftragsvergabe hinwegsetzen. Und sagt noch dazu, dass es ohnehin nur einen Scheinwettbewerb gäbe. – Eine Erregung.

VON HERMANN WENUSCH

WIEN. Pressemeldungen zufolge hat der Planungsausschuss des Wiener Gemeinderats den Grundsatzbeschluss gefasst, mit dem spanischen Stararchitekten Santiago Calatrava in ein „Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung“ zu treten, das die Planung eines Fußgänger- und Radfahrersteigs über die Triesterstraße am Wienerberg, direkt südlich des dort befindlichen Hamburgerrestaurant betrifft. Mit dem entsprechenden Gemeinderatsbeschluss ist angeblich noch im Juni zu rechnen.

Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung insbesondere mit nur einem Bieter widerspricht den Prinzipien des Vergaberechts völlig und ist nur ganz ausnahmsweise zulässig: nur wenn gar kein anderer Weg möglich ist, das Ziel zu erreichen. Gemäß § 30 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG) ist bei einem Dienstleistungsauftrag – und darum geht bei Planungsleistungen eines Architekten – ein Verhandlungsverfahren ohne vorheriger Bekanntmachung mit nur einem Bieter vor allem dann zulässig, wenn aus technischen oder künstlerischen Gründen oder auf Grund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten (Urheberrecht, Patentschutz) nur von einem einzigen, ganz bestimmten Unternehmer ausgeführt werden kann (Ausschließlichkeitsrechte bleiben hier außer Betracht).

Soweit ersichtlich, fehlt Rechtsprechung des EuGH – das Vergaberecht muss dem EU-Recht entsprechen – zur Frage, wann künstlerische Gründe vorliegen, die ein Abgehen vom prinzipiell anzustrebenden „freien Wettbewerb bei Gleichbehandlung aller Bewerber“ (so der erklärte Zweck des Gesetzes) rechtfertigen. Entschieden sind Fälle, wo „technische Gründe“ herangezogen wurden. Tenor: Die bloße Behauptung, die Arbeiten seien komplex und schwierig, genügt nicht als Beweis dafür, dass sie nur von einem einzigen Unternehmen ausgeführt werden können. Obwohl Technik und Kunst sicher nicht ohne Weiteres zu vergleichen sind, fällt auf, dass das einzige Argument Wiens für das gewählte Vorgehen die apo-



diktische Aussage einer Sprecherin von Planungsstadtrat Rudolf Schicker ist: „Uns ist es wichtig, dass wir einen Calatrava in Wien haben.“

Das ist natürlich ein Hohn für den Gesetzgeber des BVerG, ist doch in den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage zu lesen: „Künstlerische Gründe (...) liegen etwa dann vor, wenn eine Einrichtung ein Kunstwerk in Auftrag gegeben hat, später jedoch ein zweites Kunstwerk in Auftrag geben will, um gewissermaßen ein ‚Paar‘ zu erhalten“. Da es bei der südlichen Stadteinfahrt unter den architektonischen Perlen (Limonadeabfüllwerk, Tankstelle, Autohaus und eben das erwähnte Hamburgerrestaurant) kein anderes von Calatrava geplantes Bauwerk gibt, fällt dieses Argument wohl weg.

„Tor zu Wien“

Tatsächlich gibt es überhaupt kein Argument, dass ein bestimmter Architekt ein „Tor zu Wien“ (so die Bezeichnung der Stadtpolitik für das Vorhaben) plant – ja es ist nicht

einmal gesagt, dass ein bestimmtes künstlerisches Tor zu Wien notwendig ist, was zu dem grundsätzlichen Problem führt, dass die Zeit für ein Verhandlungsverfahren, in dem es um eine konkrete Planung gehen muss, vielleicht noch gar nicht gekommen ist. Ein solches wurde nämlich nicht geschaffen, um eine Lösung „von Null weg“ gemeinsam zu erarbeiten. Das BVerG spricht ausdrücklich davon, dass bei der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit einem Bieter mit diesem zwar über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt werden darf, dass aber das „beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln“ ist. Es muss also bereits ein gewisser Rahmen bestehen. Ist dies nicht der Fall, so ist es als den Grundsätzen des EU-Vergaberechts widersprechend unzulässig, sich quasi auf Gedeih und Verderb einem Bieter auszuliefern. Vielmehr muss stattdessen ein Wettbewerb (§§ 153 ff BVerG) durchgeführt werden. Dabei müs-

sen nach einer Bekanntmachung zumindest drei in Frage kommende Teilnehmer geladen werden, und die Ausnahmeregelung für „technische oder künstlerische Gründe“ (§ 30/2 BVerG) steht nicht zur Verfügung.

Bank Burgenland, Bahnhof-City

Die ganze Angelegenheit erinnert an den Fall des Verkaufs der Bank Burgenland (über dessen zwangsläufiges Ergebnis der Autor bereits vor zwei Jahren publizierte) und der Bahnhof-City (zu dessen zwangsläufigem Ergebnis sich der Autor nicht öffentlich äußerte, weil dies einfach sonnenklar war), um nur zwei öffentlich bekannt gewordene zu nennen. Immer wieder ist zu konstatieren, dass öffentliche Stellen sich über das Vergaberecht hinwegsetzen, wobei dies natürlich immer durch Gutachten Dritter bestätigt wird. Dies ist offensichtlich ein Zeichen der Zeit, wo schon Bund einerseits und Länder andererseits Gutachter bemühen, um Kompetenzkonflikte zu lösen –

weiter soll auf dieses auch vom Rechnungshof beanstandete Phänomen der Beschäftigung externer Gutachter hier allerdings nicht weiter eingegangen werden.

Es überrascht aber die Plumpheit bzw. Unverfrorenheit: Man habe sich, so ist der Pressemeldung zu entnehmen, zum gewählten Vorgehen entschieden, um nicht einen „Scheinwettbewerb“ durchzuführen. Mit anderen Worten: Würde die Stadt das gesetzlich erforderliche Verfahren abführen, so wäre dies ohnehin eine Farce – daher kann man sich das ganze Tam-Tam gleich sparen! Obwohl nicht nur das BVerG ein Procedere für Vergaben der öffentlichen Hand vorseht und das verfassungsrechtliche Sachlichkeitsgebot bestimmte Vergabegrundsätze vorschreibt, sondern auch die Bundesverfassung Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der staatlichen Verwaltung fordert, scheint sich Wien als Kunstmäzen zu sehen.

Ing. DDr. Hermann Wenusch ist Rechtsanwalt in Wien.

AUF EINEN BLICK

■ Ein Zuwenig

an öffentlicher Ausschreibung orten Experten – wie übrigens auch die Kammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten – bei der geplanten Vergabe eines Brückenprojekts am Wienerberg an den spanischen Stararchitekten Santiago Calatrava.

■ Ein Zuviel

an öffentlicher Ausschreibung hat eine Nachrichtenagentur im Streit mit der Republik Österreich gefordert, als diese einen bestehenden Vertrag mit der APA modifizierte. Wie der Europäische Gerichtshof in einem Vorabentscheidungsverfahren entschied, war unter diesen Umständen keine Neuausschreibung erforderlich.

Vertragsanpassung ohne Neuausschreibung

Der EuGH sichert öffentlichen Auftraggebern bei bestehenden Verträgen die nötige Flexibilität.

VON JOHANNES SCHRAMM UND SEBASTIAN FEUCHTMÜLLER

WIEN. Öffentliche Auftraggeber müssen nach erfolgter Vergabe gelegentlich laufende Verträge an geänderte äußere Umstände wie technische Weiterentwicklungen anpassen oder einzelne Vertragspunkte neu verhandeln. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) gibt erstmals Leitlinien, wann nachträgliche inhaltliche Änderungen in vergaberechtlich relevanten Verträgen zulässig sind oder aber eine Neuausschreibung erfordern.

Gegenstand des Vorabentscheidungsverfahrens war ein Vertrag aus 1994 zwischen der Republik Ös-

terreich und der Austria Presse Agentur (APA) über Nachrichtenagenturleistungen. Nachträglich wurden eine APA-Tochter in die Leistungserbringung eingebunden, Rabatte beim Entgelt erhöht und ein dreijähriger Kündigungsverzicht vereinbart. Die presstext Nachrichtenagentur sah darin unzulässige Neuvergaben und focht die Vorgänge beim Bundesvergabeamt an. Der EuGH erklärte sämtliche Änderungen für zulässig (C-454/06).

Im Detail hat der EuGH letzte Woche folgende allgemeine Aussagen getroffen:

► Nur wesentliche Vertragsänderungen begründen eine Neuausschreibungspflicht. Wesentlichkeit ist

dann gegeben, wenn sich der potenzielle Bieterkreis verändert oder die geänderte Vertragsbedingung ursprünglich die Annahme eines anderen Angebotes erlaubt hätte.

► Eine Änderung in der Person des Vertragspartners ist zulässig, wenn sie auf einer internen Neuorganisation beruht.

► Auch die Hauptleistungspflichten können geringfügig angepasst werden, wenn sich die Änderung objektiv erklären lässt.

► Änderungen zum Nachteil des Auftragnehmers sieht der EuGH ganz grundsätzlich als zulässig, weil sich das „wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages“ zu Gunsten des Auftraggebers entwickelt.

► Unzulässig sind hingegen Vorgänge, die zu einer Wettbewerbsverzerrung zum Nachteil potenzieller Bieter führen oder den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Leistungen erweitern.

Der EuGH räumt öffentlichen Auftraggebern mit Augenmaß jene Flexibilität ein, die sie benötigen. Für Dienstleistungskonzessionen vertritt die EU-Kommission in einer aktuellen Mitteilung einen noch weiteren Bereich für Vertragsänderungen.

Dr. Schramm M.B.L.-HSG ist Rechtsanwalt und Partner, Mag. Feuchtmüller ist Rechtsanwaltsanwältin bei Schramm Öhler Rechtsanwälte in Wien; am Verfahren auf Seiten der APA beteiligt.