



Vergaberechtswidrige Einkaufsgemeinschaften

Die Versuche im öffentlichen Gesundheitswesen, durch das grenzüberschreitende Bündeln des Einkaufs Kosten zu senken, können allzu leicht gegen die Bestimmungen des österreichischen Vergaberechts verstoßen.

Manfred Essletzbichler
Harald Kinsky

Verstärkt durch die aktuelle Budgetkrise in vielen europäischen Ländern ist das Thema Kosteneinsparung zur Entlastung der Staatshaushalte allgegenwärtig. Auch die mit öffentlichen Versorgungsaufgaben betrauten ausgelagerten Rechtsträger im Spitals- und Gesundheitswesen sind auf der Suche nach Lösungen, um die laufenden Kosten für die Beschaffungen zu senken. Etwa wird versucht, Kosteneinsparungen dadurch zu erzielen, dass auf Auftraggeber- bzw. Nachfragerseite die Bedarfsmengen gebündelt werden. Derzeit versucht ein österreichischer Sozialversicherungsträger zum zweiten Mal, einer deutschen Einkaufsgemeinschaft beizutreten, um mit deren Hilfe mehr Preisdruck auf potenzielle Lieferanten zu erzeugen.

Ein solcher Versuch einer grenzüberschreitenden Einkaufspolitik erscheint zwar auf den ersten Blick im Sinne des EU-Vergaberechts, ist aber in Bezug auf die österreichische Rechtslage aus mehreren Gründen problematisch:

Der direkte Abruf aus von deut-

schen Einkaufsgemeinschaften in der Vergangenheit abgeschlossenen Rahmenverträgen widerspricht der Ausschreibungsverpflichtung der österreichischen Sozialversicherungsträger als öffentliche Auftraggeber nach dem heimischen Bundesvergabegesetz. Selbst wenn die deutsche Einkaufsgemeinschaft bei Abschluss der Rahmenverträge seinerzeit deutsches Vergaberecht eingehalten hat, kann eine „historische“ Ausschreibung, an der man nicht als Auftraggeber beteiligt war, nicht eine gesetzliche Ausschreibungsverpflichtung erfüllen.

Überspitzt formuliert, könnte dann auch einem zehn Jahre alten Rahmenvertrag, der z. B. von einem spanischen Einkaufsverband seinerzeit ausgeschrieben wurde, beigetreten werden. Bieter wären dann regelmäßig in Unkenntnis ihres späteren Vertragspartners und seiner Bonität; eine solche Situation kann denklogisch nicht vergaberechtskonform sein.

Aber selbst wenn der österreichische Auftraggeber keine Beschaffung auf Basis solcher „Altverträge“ durchführt und nur an zukünftigen Ausschreibungen (neuen Vertragsabschlüssen) der

(deutschen) Einkaufsgemeinschaft teilnehmen will, bestehen große vergaberechtliche Hürden.

Öffentliche Auftraggeber anderer Mitgliedstaaten haben grundsätzlich unter Beachtung deren nationalen Vergaberechts auszusuchen. Deutsche Einkaufsgemeinschaften haben demnach auch deutsches (und nicht österreichisches) Vergaberecht einzuhalten. Da die Vergaberichtlinie 2004/18/EG – wie grundsätzlich alle EU-Richtlinien – einer Umsetzung in nationales Recht bedarf und bewusst nur Mindeststandards regelt, entstehen durchaus deutliche Regelungsunterschiede in den einzelnen Mitgliedstaaten.

Kein Forum-Shopping

Österreichische Sozialversicherungsträger sind an das Bundesvergabegesetz gebunden. Ein „Ausweichen“ in das Vergaberecht anderer EU-Mitgliedstaaten untergräbt auch den im Bundesvergabegesetz verankerten Rechtsschutz. Österreichische Vergabekontrollbehörden sind eben nur dann zuständig, wenn das Bundesvergabegesetz anzuwenden ist. Dadurch wäre auch einem „Forum-Shopping“ – das Ausweichen in das Vergaberecht anderer Mitgliedstaaten mit schlechter funktionierendem Vergaberechtschutz – Tür und Tor geöffnet.

Das bedeutet, dass auch eine deutsche Einkaufsgemeinschaft, so sie für einen österreichischen Auftraggeber als „Beschaffer“ tätig werden will, österreichisches Vergaberecht anzuwenden hat. Dies stellt in der Praxis eine große Hürde dar. So enthalten sogar das deutsche und österreichische Vergaberecht einander widersprechende Bestimmungen.

Im Übrigen unterliegt schon die Auswahl der ausländischen Einkaufsgemeinschaften meist einer Ausschreibungsverpflichtung. Nur Einkäufe von sogenannten „zentralen Beschaffungsstellen“ sind nicht öffentlich auszuschreiben. Zentrale Beschaffungsstellen sind entsprechend der gesetzlichen Definition im Bundesvergabegesetz öffentliche Auftraggeber; ausländische Einkaufsgemeinschaften sind aber nicht als öffentliche Auftraggeber nach dem österreichischen Bundesvergabegesetz zu qualifizieren. Die (österreichischen) öffentli-

chen Auftraggeber werden sich zu all diesen Fragen und Problemen noch Gedanken machen müssen. Eine Flucht aus Österreichs Vergaberecht unter Ausbeutung des nationalen Rechtsschutzes kann mit bloßem Verweis auf die Einhaltung der Bestimmungen der EU-Vergaberichtlinien jedenfalls nicht gerechtfertigt werden.

MAG. MANFRED ESSELTZBICHLER ist Rechtsanwalt und Partner, **MMAG. HARALD KINSKY** ist Rechtsanwaltsanwarter der Praxisgruppe Regulatory & Procurement von Wolf Theiss in Wien. manfred.essletzbichler@wolftheiss.com

EU könnte Verwaltungsgerichte

VwGH sieht Rechtsschutz nicht ausreichend umgesetzt

Robert Keisler

Jede Person, deren durch das Recht der Union garantierte Rechte oder Freiheiten verletzt worden sind, hat das Recht, bei einem Gericht einen wirksamen Rechtsbehelf einzulegen. Diese Gerichtsgarantie ist seit ihrem Inkrafttreten mit dem Vertrag von Lissabon – Artikel 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC). Die GRC lehnt sich an die Grundrechte der Europäischen Menschenrechtskonvention an, erweitert diese aber in einigen Bereichen deutlich. Es muss sich, so Art. 47 GRC, um ein unabhängiges, unparteiisches und durch Gesetz errichtetes Gericht handeln, das in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt.

Art. 47 GRC führt zu neuen Herausforderungen für das österreichische Rechtssystem. Nach wie vor entscheiden in zahlreichen Rechtsgebieten in letzter Instanz keine Gerichte, die mit umfassenden Kontrollrechten ausgestattet sind, wie z. B. Unabhängige Verwaltungssenate, sondern Verwaltungsbehörden oder sonstige Einrichtungen (z. B. Bundesminister, Finanzmarktaufsicht).

Deren Entscheidungen unterliegen zwar der Prüfung durch den VwGH, seine Kontrolle beschränkt sich aber im Wesentlichen auf rechtliche Aspekte. Ein Beweisverfahren, wie z. B. die Einholung eines Gutachtens durch den Gerichtshof, ist nicht vorgesehen. Dies wiederum hat insofern beträchtliche Konsequenzen, als der VwGH grosso modo an die Feststellungen der Behörde gebunden ist.

Brisante Entscheidungen

Zwei Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofs vom 30. 9. 2010 (VwGH 2010/03/0051, 0055; 2009/03/0067, 0072) bergen einiges an Brisanz. Es ging um die Frage, ob die Kontrollmöglichkeit des VwGH gegen Genehmigungsbescheide des Infrastrukturministeriums (BMVIT) im Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren (UVP) den Rechtsschutz-Anforderungen nach der UVP-Richtlinie entspricht.

Der VwGH verneinte dies aufgrund seiner eingeschränkten Kontrollrechte auf Tatsachenebene und konstruierte einen im UVP-Gesetz in diesen Angelegenheiten gar nicht vorgesehenen Instanzenzug an den Unabhängigen Umweltsenat. Der VwGH hegt in den beiden Entscheidungen Zweifel, ob Art. 47 GRC nicht ganz generell verlangt, dass ein Gericht mit umfassenden Kontrollbefugnissen anrufbar sein muss.

Size does **not** matter!

Bei Interesse an unseren Newslettern zu bau- und vergaberechtlichen Themen: office@wmlaw.at



Die Alternative im Wirtschaftsrecht
www.wmlaw.at

Unser Bau- und Vergaberechtsteam:

■ **DDr. Katharina Müller** (k.mueller@wmlaw.at)
■ **Dr. Bernhard Kall** (b.kall@wmlaw.at)

innovative legal services / legal solutions

willheim müller
rechtsanwälte

Nur
5 Minuten
täglich

Das neue Steuerportal
jetzt gratis testen!
www.steuersportal.at

MANZ

SteuerExpress