

Die Bundesvergabegesetznovelle 2012

Dr. Bernhard Kall

Das Bundeskanzleramt hat am 02.08.2011 die Bundesvergabegesetznovelle 2011 in Begutachtung gegeben. Ziel dieser Gesetzesinitiative ist eine Neuregelung des Unterschwellenbereiches sowie eine Nachfolgeregelung für die derzeit geltende und bis 31.12.2011 befristete Schwellenwertverordnung. Zwischenzeitlich wurde die Schwellenwertverordnung um ein weiteres Jahr bis Ende 2012 verlängert. Weiters hat die Bundesregierung eine neue Bundesvergabegesetznovelle 2012 vorgelegt. Die Bundesvergabegesetznovelle 2011 wurde daher nicht beschlossen, sondern wird von der Bundesvergabegesetznovelle 2012 kassiert. Aus derzeitiger Sicht ist davon auszugehen, dass die Bundesvergabegesetznovelle 2012 im März 2012 in Kraft treten wird.

Direktvergabe nur mehr bis € 50.000,- möglich, allerdings Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bis € 500.000,- zulässig

Die Bundesvergabegesetznovelle 2012 sieht unter anderem vor, dass die Direktvergabe öffentlicher Aufträge nach einem „Auslaufen“ der bis Ende 2012 verlängerten Schwellenwertverordnung nur mehr bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 50.000,- (im Sektorenbereich bis € 75.000,-) möglich sein soll. Als quasi Ersatz für die bisherige Schwellenwertregelung soll es in Zukunft die Möglichkeit geben, Aufträge im Wege einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zu vergeben. Eine Direktvergabe

mit vorheriger Bekanntmachung ist bei Bauaufträgen bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 500.000,- möglich (bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen beträgt der maximale Auftragswert € 130.000,-.) Im Sektorenbereich wurde als neue Vergabeart die Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb eingeführt, die bei Bauaufträgen bis zu einem Auftragswert von € 500.000,- (bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen beträgt der maximale Auftragswert € 130.000,-) zulässig ist.

Mit der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung soll ein neues Verfahren geschaffen werden, das die Vorteile einer möglichst formfreien Vergabe mit der gesetzlich gebotenen Transparenz verbindet. Begründet wird dieser Schritt damit, dass der EuGH in seiner ständigen Rechtsprechung festhält, dass die Grundsätze des Gemeinschaftsrechtes, insbesondere der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Verbot der Diskriminierung, eine Verpflichtung zur Transparenz beinhalten. Das völlige Fehlen einer Ausschreibung steht daher mit den Grundsätzen des Unionsrechts nicht im Einklang. Diese Verpflichtung zur Transparenz, das heißt zur vorherigen Ausschreibung einer geplanten Auftragsvergabe, besteht nach der Judikatur des EuGH auch für wertmäßig kleine Aufträge. Mit der neu vorgesehenen Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung soll dieser Judikatur Rechnung getragen werden. Grundsätzlich ist das Verfahren der Direktvergabe

be mit vorheriger Bekanntmachung für den Auftraggeber frei gestaltbar. Es handelt sich um eine Direktvergabe, die erhöhte Transparenzvorschriften vorsieht, aber dennoch ein weitgehend formfreies Verfahren für kleinere Aufträge darstellen soll.

Der wesentliche Unterschied zur „klassischen“ Direktvergabe liegt darin, dass die beabsichtigte Vergabe eines Auftrages mittels Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung in den vom Bundeskanzler beziehungsweise der jeweiligen Landesregierung festgelegten elektronischen Publikationsmedien bekannt gemacht werden muss. Die Bekanntmachung hat zumindest die Bezeichnung des Auftraggebers, den Gegenstand der Leistung sowie den Erfüllungsort und die Leistungsfrist, einen Hinweis darauf, wo nähere Informationen über die zu vergebende Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf verfügbar sind, sowie ausdrücklich die Bezeichnung als Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung zu enthalten. Der Auftraggeber muss objektive, nicht diskriminierende und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien festlegen, anhand derer die allenfalls vorgesehene Auswahl der Unternehmer für die Angebotslegung erfolgt und anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird. Unabhängig von den Bekanntmachungsvorschriften ist der Auftraggeber weiters verpflichtet, jenen Unternehmen, die sich um eine Teilnahme an der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beworben oder ein Angebot gelegt haben, unverzüglich mitzuteilen, welchem Unternehmer der Zuschlag erteilt wurde. In dieser Mitteilung ist der Gesamtpreis anzugeben. Eine Verpflichtung zur Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung besteht nicht.

Wie diese neue Vergabeart in der Vergabepaxis gehandhabt werden wird, ist fraglich. Of-

fensichtlich will der Gesetzgeber, dass eine Präqualifikation erfolgt. Gleichzeitig muss der Auftraggeber aber auch Kriterien festlegen, anhand derer das erfolgreiche Angebot bestimmt wird. Als Zuschlagskriterien sieht das BVerG das Billigst- und das Bestbieterprinzip vor. Wenn der Auftraggeber auf das Billigst- und das Bestbieterprinzip zurückgreifen muss, würde dies dem Sinn und Zweck einer Direktvergabe widersprechen. Bei einer Direktvergabe soll es dem Auftraggeber ja vorbehalten bleiben, wem er den Auftrag erteilt. Müsste der Auftraggeber festlegen, dass er den Auftrag an den Billigst- oder Bestbieter erteilt, so würde die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung letztendlich im Wesentlichen einem offenen Verfahren entsprechen. Die Einführung der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung hätte in diesem Fall keinen Sinn. Unterstellt man dem Gesetzgeber, dass dies nicht so gewollt sein kann, hat bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung im Vergleich zur klassischen Direktvergabe lediglich eine Bekanntmachung und eine Präqualifikation zu erfolgen. Anschließend kann sich der Auftraggeber aussuchen, an wen er von den präqualifizierten Unternehmen den Auftrag erteilt. Ob dieses Ergebnis vom Gesetzgeber gewollt ist, ist zwar ebenfalls fraglich, allerdings spricht das Wesen einer Direktvergabe für diese Auslegung des Gesetzesentwurfes. Auch die Definition der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung spricht für diese Auslegung. § 25 Abs. 11 BVerG 2012 lautet nämlich wie folgt: Bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung wird, nachdem einer unbeschränkten Anzahl von Unternehmen die beabsichtigte Vergabe eines Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrages bekannt gemacht wurde, und nach Einholung von einem oder mehreren Angeboten, eine Leistung formfrei von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen. Auftraggeber können da-

her zukünftig mit einer minimalen Erhöhung ihres Verwaltungsaufwandes Bauaufträge bis € 500.000,- sowie Liefer- und Dienstleistungsaufträge bis € 130.000,- freihändig vergeben.

Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bei Bauaufträgen bis € 300.000,- möglich

Eine weitere Änderung durch die BundesvergabeGesetzNovelle betrifft den Schwellenwert für das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Die insbesondere für kleinere Aufträge sehr viele Vorteile bietende Vergabe von Aufträgen im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung, welche aufgrund der verlängerten Schwellenwertverordnung nunmehr temporär bis 31.12.2012 für Bauaufträge bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 1.000.000,- und für Liefer- und Dienstleistungsaufträge bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 100.000,- möglich ist, wird durch die Novelle eingeschränkt. Das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung soll zukünftig bei Bauaufträgen bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 300.000,- und bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen wie vor der Schwellenwertverordnung bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 80.000,- möglich sein.

Maßnahmen zur Reduktion des Verwaltungsaufwandes

Vor dem Hintergrund der Reduktion des Verwaltungsaufwandes sieht die BundesvergabeGesetzNovelle vor, dass der Auftraggeber die Vorlage der Eignungsnachweise erst bei Aufträgen im Oberschwellenbereich zwingend einfordern muss. Hier ergibt sich für Auftraggeber im Rahmen der Angebotsprüfung jedenfalls eine Erleichterung, da im Unterschwellenbereich die Eignungsnachweise nicht mehr angefordert werden müssen. Wei-

ters soll im Lichte der angestrebten Entbürokratisierung des gesamten Unterschwellenbereichs von einer verbindlichen schriftlichen Aufklärung im Zuge der vertieften Angebotsprüfung bzw. bei Mangelhaftigkeit des Angebots abgesehen werden. Zu berücksichtigen ist, dass dies nicht so weit gehen darf, dass der Auftraggeber im Unterschwellenbereich von jeglicher Aufklärungspflicht befreit wird. Es ist allerdings nicht eine formale Vorgehensweise erforderlich. Es liegt viel mehr im Ermessen des Auftraggebers, in welcher Art und Weise er Aufklärung durch den Bieter verlangt. Bei größeren Bauaufträgen im Unterschwellenbereich ist jedoch anzuraten, die Aufklärung durch den Bieter zumindest schriftlich zu dokumentieren.

Nicht unerwähnt soll bleiben, dass infolge eines Urteils des EuGH der darauffolgenden Entscheidung des OGH aus dem Jahr 2010, wonach Auftraggeber verschuldensunabhängig für Vergabeverstöße haften, das BundesvergabeGesetz dahingehend geändert werden soll, dass der übergangene Bieter bei einem hinreichend qualifizierten Verstoß des Auftraggebers Anspruch auf Schadenersatz hat.

Fazit

Mit der BundesvergabeGesetzNovelle 2012, die aus derzeitiger Sicht im März 2012 in Kraft treten soll, werden punktuell Änderungen vorgenommen, die wirklich großen Änderungen, die notwendig wären, um die Unzufriedenheit der Unternehmer und Auftraggeber mit dem derzeit geltenden BundesvergabeGesetz zu mindern, fehlen allerdings. Die wesentlichste Änderung betrifft die Einführung der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, mit der – zumindest lässt sich dies aus der derzeit vorliegenden Regierungsvorlage ableiten – letztendlich eine relativ formfreie Direktvergabe von Bauaufträgen bis € 500.000,- ermöglicht wird.