

Neue Regeln für die öffentliche Auftragsvergabe: Die BVergG-Novelle 2012

Die Reformen sind gut, aber sie sind nur ein erster Schritt

Die Bundesvergabegesetz-Novelle 2012 ist beschlossen. Spätestens ab März stehen öffentlichen Auftraggebern neue und erweiterte Möglichkeiten zur effizienteren und flexibleren Gestaltung der Auftragsvergabe zur Verfügung, wie etwa der Rückgriff auf kürzere Angebotsfristen, vereinfachte Eignungsprüfungen, grenzüberschreitende zentrale Beschaffungsstellen oder neue/erweiterte Direktvergabemöglichkeiten.

Johannes Stalzer

Knapp fünf Monate nach Veröffentlichung des ersten Begutachtungsentwurfs wurde am 15. November 2011 – neben der Verlängerung der SchwellenwerteVO – (auch) die Novelle zum Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG-Novelle 2012) im Ministerrat beschlossen. Die im Vergleich zum Erstentwurf „abgeschlankte“ Novelle (weder die uneingeschränkte Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens mit

setzt, ist mit einem Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2012 noch im März 2012 zu rechnen, sodass öffentliche Auftraggeber von den entsprechenden vergaberechtlichen Erleichterungen aller Voraussicht nach noch im ersten Quartal 2012 profitieren können. Nachfolgend werden die wesentlichsten Neuerungen der BVergG-Novelle 2012 und deren praktische Anwendung und Auswirkungen – insbesondere aus Sicht der kommunalen Beschaffungspraxis – aufgezeigt.

velle 2012 erhebliche Erleichterungen für Auftraggeber mit sich. Hierzu im Einzelnen:

Einholung von (Vergleichs-) Angeboten auch bei Direktvergaben zulässig

Bei der (formlosen) Direktvergabe ist es künftig Auftraggebern erlaubt, vor Auftragsvergabe verbindliche Vergleichsangebote einzuholen. Auch wenn es bereits bisher oft der gelebten Praxis entsprochen hat, vor einer Direktvergabe Vergleichsangebote zur Markterkundung einzuholen, so war dies rechtlich mit erheblichen Risiken behaftet. Nach der bisherigen (und derzeit noch aktuellen) Rechtslage führt die Einholung verbindlicher (Vergleichs-) Angebote unter Umständen zur Einstufung des Vergabeprozesses als formales

Die Zustimmung der Länder gemäß Art 14b B-VG vorausgesetzt, ist mit einem Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2012 noch im März 2012 zu rechnen.

Bekanntmachung, noch die Herabsetzung der Schwellenwerte für das im kommunalen Bereich sehr beliebte nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung wurden umgesetzt) enthält auch einige (positive) Überraschungen: So wurden etwa zur Freude öffentlicher Auftraggeber die Schwellenwerte für Bauaufträge bei der Wahl des nicht offenen Verfahrens auf 300.000 Euro sowie für die Wahl der Direktvergabe mit Bekanntmachung auf 500.000 Euro angehoben. Die Zustimmung der Länder gemäß Art 14b B-VG vorausge-



Johannes Stalzer ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei Weber & Co. Rechtsanwälte

Neuerungen: Erleichterungen für Auftraggeber

► Erleichterungen bei Direktvergaben

Gerade im Bereich sogenannter „Bagatellaufträge“, also Auftragsvergaben mit einem Wert unter 50.000 Euro (während der Geltung der SchwellenwerteVO unter 100.000 Euro), in dem die Durchführung eines formalisierteren Vergabeverfahrens mit unverhältnismäßig hohen Verwaltungslasten auf Auftraggeber wie auch auf Bieterseite verbunden ist, bringt die BVergG-No-

Verfahren (etwa einem Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung) und damit zur verpflichtenden Anwendung der formellen Verfahrensregeln, zumal die Direktvergabe derzeit definitionsgemäß nur zur Einholung von unverbindlichen Preisangeboten berechtigt (vgl. § 25 Abs 10 BVergG).



Nunmehr hat der Gesetzgeber von dieser restriktiven Handhabung abgesehen. Mit der neuen Definition des § 25 Abs 10 BVergG wurde klargestellt, dass – nach freier Wahl des Auftraggebers – vor dem formfreien Leistungsbezug entsprechend der gelebten Praxis eines oder mehrere (Vergleichs-)Angebote eingeholt werden können. Freilich bedeutet dies nicht, dass öffentliche Auftraggeber bei der „klassischen“ Direktvergabe vor der formlosen Auftragsvergabe zur Einholung von Vergleichsangeboten verpflichtet sind. Vielmehr obliegt es der freien Entscheidung des Auftraggebers, davon Gebrauch zu machen. Achtung: Auch bei Unterschreiten des Auftragsvolumens von 50.000 Euro (bzw. während der Geltung der SchwellenwerteVO von 100.000 Euro) kann eine Ausschreibungspflicht bestehen, sofern ein potenzielles grenzüberschreitendes Interesse an der Auftragsvergabe besteht. Da zur Beurteilung eines grenzüberschreitenden Interesses einerseits der Auftragswert und andererseits die Nähe zur Staatsgrenze zu berücksichtigen sind, gilt folgende Faustregel: Je näher der Leis-

tungs- oder Nutzungsort an der Staatsgrenze liegt und je spezifischer der Auftragsgegenstand und je höher der Auftragswert ist, desto eher besteht ein grenzüberschreitendes Interesse. In diesem Fall besteht jedoch nach wie vor die Möglichkeit, eine „Direktvergabe mit Bekanntmachung“ (siehe dazu unten) zu wählen.

Neues Verfahren „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“

Neben der oben genannten „klassischen“ Direktvergabe können Auftraggeber künftig zur Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis zu einem geschätzten Auftragswert von 130.000 Euro (im Sektorenbereich bis 200.000 Euro²) sowie bei Bauaufträgen bis zu einem Wert von 500.000 Euro ein vereinfachtes Vergabeverfahren durchführen.

Die sog „Direktvergabe mit Bekanntmachung“ unterscheidet sich von der Direktvergabe im herkömmlichen Sinne im wesentlichen durch erweiterte Transparenzverpflichtungen, zumal vor und nach der Auftragsvergabe gewisse Mindestinformationen bekannt zu machen sind. Vor Einleitung einer „Direktvergabe mit Bekanntmachung“ hat der öffentliche

Auftraggeber zwingend die Wesensmerkmale der Auftragsvergabe (etwa die Bezeichnung des Auftraggebers, Leistungsgegenstand, Erfüllungsort und -zeit) sowie die ausdrückliche Bezeichnung als „Direktvergabe nach Bekanntmachung“ bekanntzumachen. Ebenso muss der Bekanntmachung auch zu entnehmen sein, wo weitere Informationen über die zu vergebende Leistung sowie den Verfahrensablauf verfügbar sind (zB der Homepage des öffentlichen Auftraggebers). Darüber hinaus muss der Auftraggeber Kriterien zur Auswahl der Unternehmer bzw des erfolgreichen Angebots bekannt machen, wobei weder einer Trennung zwischen unternehmens- und angebotsbezogenen Kriterien erfolgen muss (wie bei Eignungs- / Auswahl- und Zuschlagskriterien), noch eine Mindestanzahl von Kriterien festzulegen ist (daher ist auch nur ein einziges Kriterium zulässig). Ansonsten liegt die Gestaltung des Verfahrens – unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens – im Ermessen des Auftraggebers: Er kann das Verfahren

Mit der neuen Definition des § 25 Abs 10 BVergG wurde klargestellt, dass – nach freier Wahl des Auftraggebers – vor dem formfreien Leistungsbezug entsprechend der gelebten Praxis eines oder mehrere (Vergleichs-)Angebote eingeholt werden können.

daher etwa ein- oder zweistufig gestalten, ein Shortlisting durchführen oder auch Verhandlungsgespräche abhalten. Es obliegt auch dem Auftraggeber, ob er nur ein Unternehmen oder mehrere zur Angebotslegung einlädt und anhand welcher Kriterien er diese auswählt (etwa der Reihenfolge des Einlangens, der Preise der Erstangebote etc). Der Auftraggeber ist daher (auch) nicht verpflichtet, mehrere Angebote einzuholen, sondern kann es bei

Neben der „klassischen“ Direktvergabe können Auftraggeber künftig zur Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis zu einem geschätzten Auftragswert von 130.000 Euro (im Sektorenbereich bis 200.000 Euro) sowie bei Bauaufträgen bis zu einem Wert von 500.000 Euro ein vereinfachtes Vergabeverfahren durchführen.

Die wichtigsten Änderungen und Neuerungen der BVergG-Novelle 2012 im Überblick

Direktvergabe „neu“	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Zulässigkeit von verbindlichen Vergleichsangeboten ▶ „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ bis 130.00 bzw 500.000 Euro
Eignungsprüfung „neu“	<ul style="list-style-type: none"> ▶ Zulässigkeit zehnjähriger Referenzzeiträume im USB ▶ Entfall der zwingenden schriftlichen Aufklärung im USB ▶ Entfall zwingender Eignungsnachweise im USB
Fristen	Fristverkürzungen bei der Beschaffung von Standardleistungen
Zentrale Beschaffungsstellen	Zulässigkeit grenzüberschreitender zentraler Beschaffungsstellen
Schadenersatz neu	Schadenersatz bei „hinreichend qualifiziertem Verstoß“
Vergabevermerk	Entfall der zwingende Erstellung von Vergabevermerken im USB

einem Angebot belassen. Unmittelbar nach Zuschlagserteilung (somit nach Auftragserteilung) ist der Auftraggeber verpflichtet, jene Unternehmen, die sich um eine Teilnahme am Vergabeverfahren beworben oder ein Angebot gelegt haben, über den Ausgang des Verfahrens, dh über den Namen des Zuschlagsempfängers und den Gesamtpreis, zu informieren. Damit geht einher, dass die Zuschlagsentscheidung von unterlegenen Bie-

nahmefristen bei Vorliegen besonderer Umstände (wie etwa besondere Dringlichkeit) zu verkürzen, können Auftraggeber künftig auch bei der Beschaffung von sog „Standardleistungen“ die Teilnahme- und Angebotsfristen unter das vorgeschriebene Mindestmaß verkürzen. Als Standardleistungen sind in diesem Zusammenhang Produkte zu verstehen, die ohne weitere Anpassungen bezogen werden können und in Serienproduktion in größerer Stückzahl gefertigt werden (etwa Toilettenpapier, Standardsoftware etc).

Unter Berücksichtigung der relevanten Umstände des Einzelfalls (den Bewerbern und Bieterinnen soll jedenfalls ausreichend

Zeit für die Erstellung des Teilnahmeantrags oder des Angebots bleiben), erscheinen daher bei Standardlieferungen Teilnahme- und Angebotsfristen von einer Woche durchaus denkbar. Allerdings gilt dies nur für Lieferleistungen, nicht hingegen bei Bau- und Dienstleistungen, da der Gesetzgeber davon ausgeht, dass ein vergleichbarer Standardisierungsgrad hierbei nicht erreicht werden kann.

Vor Inanspruchnahme einer entsprechenden Fristverkürzung sollten Auftraggeber daher im Einzelfall prüfen, ob es sich tatsächlich um standardisierte Lieferungen ioS handelt und entsprechend dokumentieren, dass keinerlei Adaption der Ware erforderlich ist.

► Neuerungen im Eignungsregime

Zwingende Eignungsnachweise nur mehr im Oberschwellenbereich

Nach bisheriger Rechtslage mussten auch im Unterschwellenbereich die entsprechenden (Eignungs-)Nachweise vom Zuschlagsempfänger zwingend eingefordert werden, sofern bestimmte Schwellenwerte (120.00 bzw 250.000 Euro bei Bauaufträgen und 80.000 bzw 150.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen) erreicht wurden. Gemäß der BVergG-Novelle 2012 ist die zwingende

Vorlage von Eignungsnachweisen künftig nur im Oberschwellenbereich geboten. Bei Auftragsvergaben bis zu einem Wert von 200.000 Euro (bei Liefer- und Dienstleistungen) bzw fünf Millionen Euro (bei Bauaufträgen) liegt es daher im Ermessen der Auftraggeber, entsprechende Nachweise vom Zuschlagsempfänger zu verlangen (§ 70 Abs 3 BVergG).

Diese Regelungen erleichtern und beschleunigen insbesondere bei Unternehmen, bei denen die Eignung hinreichend bekannt ist, die Auftragsvergabe. Dennoch sind Auftraggeber gut beraten, bei Zweifel an der Eignung die entsprechenden Nachweise zu fordern, weil andernfalls die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung droht. Daher sind auch Bieter weiterhin angehalten, die entsprechenden Nachweise stets „in der Schublade“ zu haben. Dies gilt auch für Subunternehmer, die – dank der Klarstellung in § 83 Abs 3 BVergG – nunmehr ebenso wie Bieter ausdrücklich befugt sind, die Eignung durch eine entsprechende Eigenerklärung darzulegen.

Zehnjähriger Referenzzeitraum

Künftig können Auftraggeber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Referenzen innerhalb der vergangenen zehn Jahre (anstatt bisher drei Jahre bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und fünf Jahre bei Bauaufträgen) fordern, sofern dies durch den Leistungsgegenstand sinnvoll und gerechtfertigt scheint (§ 75 Abs 8 BVergG). Vor dem Hintergrund, dass die strikte Limitierung der Referenzzeiträume im Lichte des konkreten Beschaffungsgegenstandes tlw zu einem unsachgemäßen und damit auch für Auftraggeber unbefriedigenden Ergebnis geführt hat, wird mit der nunmehrigen Regelung Auftraggebern im Unterschwellenbereich ein weiteres Instrument zur Verfügung ge-

Gerade im Bereich sogenannter „Bagatellaufträge“, in dem die Durchführung eines formalisierten Vergabeverfahrens mit unverhältnismäßig hohen Verwaltungslasten verbunden ist, bringt die BVergG-Novelle 2012 erhebliche Erleichterungen für Auftraggeber mit sich.

Vor Inanspruchnahme einer entsprechenden Fristverkürzung sollten Auftraggeber im Einzelfall prüfen, ob es sich tatsächlich um standardisierte Lieferungen handelt.

tern nicht bekämpft werden kann. Ebenso wenig können Unternehmer die Nicht-Zulassung zur Teilnahme oder Nicht-Einladung zur Angebotslegung bekämpfen, da nur (i) die Wahl der Verfahrensart und (ii) die Bekanntmachung gesondert anfechtbar sind. Dem (eingeschränkten) Rechtsschutzsystem folgend, kann eine allfällige Rechtswidrigkeit des Zuschlags somit nur mehr ex post mittels Feststellungsantrag festgestellt werden.

Trotz Verlängerung der Schwellenwerte-VO ist davon auszugehen, dass die Direktvergabe nach Bekanntmachung ein beliebtes Beschaffungsinstrument für kommunale Auftraggeber sein wird. Gemeinden haben dadurch die Möglichkeit, ohne nennenswerte Verwaltungslasten rasch geeignete Unternehmen direkt anzusprechen und somit die Wirtschaft regional zu fördern. Aufgrund der erhöhten Transparenz und der (wenn auch eingeschränkten) Anfechtungsmöglichkeiten sind Auftraggeber jedenfalls gut beraten, eine genaue Prüfung der erforderlichen Voraussetzungen zu veranlassen und der Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingung besondere Beachtung zu schenken.

► Verkürzte Fristen bei Standardleistungen

Neben der bisherigen Möglichkeit, die in §§ 64 f BVergG determinierten Angebots- und Teil-



Für Unternehmen geht man derzeit von einer Reduktion der Verwaltungskosten in Höhe von mehr als 3,5 Milliarden Euro aus. Die entsprechenden Einsparungen der öffentlichen Hand lassen sich derzeit noch nicht beziffern.

stellt, um insbesondere bei Bauleistungen oder Anschaffungen, die regelmäßig einen Lebenszyklus von über drei Jahren haben (wie etwa medizinische Geräte), entsprechende Referenzzeiträume festzulegen. Auch hier gilt jedoch der allgemeine Grundsatz, dass die Anforderungen und Nachweise durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein müssen und Auftraggebern kein freies Ermessen zukommt.

► Entbürokratisierung der Aufklärung

Ein Mehr an Flexibilität erhalten Auftraggeber darüber hinaus bei der Angebotsprüfung: Die schon bisher bestehende Möglichkeit, von einer schriftlichen Aufklärung bei Aufträgen mit einem Auftragswert unter 120.000 Euro abzusehen, wird nun auf den gesamten Unterschwellenbereich, somit bis zu 200.000 Euro bei Liefer- und Dienstleistungen sowie fünf Millionen Euro bei Bauaufträgen (jeweils in klassischen Bereich), ausgeweitet.³ Darüber hinaus wird auch bei der vertieften Angebotsprüfung das Schriftlichkeitsgebot entfallen.

Achtung: Mit dem Mehr an Flexibilität ist auch ein Mehr an Verantwortung verbunden. Insbesondere bei der vertieften Angebotsprüfung – bei der es auch um die Preisplausibilität geht – sollte daher mE aus Beweisgründung mit mündlichen Aufklärungen vorsichtig umgegangen werden und jedenfalls Gesprächsnotizen gemacht werden. Darüber hinaus gilt natürlich unabhängig von der Aufklärungsform (schriftlich, mündlich etc) nach wie vor die Aufklärungspflicht, sodass etwa ein Ausscheiden eines Angebots grundsätzlich nur nach vorangehender Aufklärung zulässig ist.

► Inanspruchnahme grenzüberschreitender zentraler Beschaffungsstellen

Eine der wohl nachhaltigsten Änderungen, die die BVergG-Novelle 2012 mit sich bringt, ist zukünftig die mögliche Inanspruchnahme grenzüberschreitender zentraler Beschaffungsstellen. Während Mitte des Jahres noch die vermeintliche Beteiligung eines österr Auftraggebers an einer deutschen Einkaufsge-

meinschaft für Anrufung der Vergabekontrollbehörde gesorgt hatte, hat der Gesetzgeber mit dem vorliegenden Entwurf das Kernproblem – nämlich die zwingende Anwendung des österreichischen Vergaberechts – „eliminiert“. Künftig können öffentliche Auftraggeber zentrale Beschaffungsstellen anderer EU-Mitgliedstaaten oder EWR-Vertragsparteien in Anspruch nehmen, sofern das zur Anwendung gelangende materielle Recht (am Sitz der zentralen Beschaffungsstelle) richtlinienkonform ist. Damit können (insbesondere grenznahe) kommunale wie andere Auftraggeber künftig ihren Beschaffungsbedarf auch etwa über deutsche Einkaufsgemeinschaften abdecken, wobei zwischen zwei Modellen zu differenzieren ist: Zum einen dem sog. Großhändlermodell („purchase to resale“), bei dem die zentrale Beschaffungsstelle im eigenen Namen (unter Berücksichtigung des relevanten materiellen Vergaberegimes) einkauft und diese Leistungen in weiterer Folge an den öffentlichen Auftraggeber (weiter)verkauft und zum anderen dem sog. Vollmachtmodell, bei dem die zentrale Beschaffungsstelle im Auftrag und im Namen des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers Leistungen nach Maßgabe des materiellen Vergaberegimes bezieht. Relevant ist dies insbesondere für den Rechtsschutz, da im zweiten Fall (Vollmachtmodell) das österreichische Rechtsschutzregime Anwendung findet, während beim Großhändlermodell das Rechtsschutzsystem des Sitzstaates der zentralen Beschaffungsstelle zur Anwendung kommt.

Gerade im kommunalen Bereich hat diese Möglichkeit besondere Relevanz, zumal österr Gemeinden einerseits durch die grenzüberschreitende Bündelung von Einkaufsmaßnahmen und die entsprechende Abnahmemenge von dadurch bewirkten Preisreduktionen erheblich profitieren können und andererseits dadurch wohl langfristig eine Nivellierung unterschiedlicher Preisniveaus in den Mitgliedstaaten der

EU stattfindet. Im Lichte dieser Beschaffungsbündelung und der Inanspruchnahme des europäischen Preisniveaus wird vereinzelt von Einsparungen iHv bis zu 40 Prozent ausgegangen.

Fazit

Die BVergG-Novelle 2012 setzt dringend notwendige Maßnahmen zur Reduktion der Verwaltungslasten für Auftraggeber wie für Bieter und schafft damit einen weiteren Schritt für schnellere, flexiblere und vor allem ökonomischere Auftragsvergaben. Gerade die in punkto Eignungsnachweise und Direktvergabe getroffenen Maßnahmen scheinen auf den ersten Blick taugliche Instrumente zur Verfahrensvereinfachung und damit zur Kostenreduktion zu sein. Für Unternehmen geht man derzeit von einer Reduktion der Verwaltungskosten in Höhe von mehr als 3,5 Milliarden Euro aus. Die entsprechenden Einsparungen der öffentlichen Hand lassen sich derzeit noch nicht beziffern. Allerdings sind die nunmehrigen Reformen nur ein erster Schritt, zumal in den kommenden Jahren noch weitere und aller Voraussicht nach tiefgreifendere Änderungen – insbesondere im Oberschwellenbereich – ins Haus stehen. So hat die Europäische Kommission im Bestreben nach einer Vereinfachung und Flexibilisierung des Vergaberechts jüngst den Entwurf überarbeiteter Vergaberichtlinien veröffentlicht, die nach derzeitigen Informationen spätestens 2015 zur Umsetzung gelangen müssen. Die Vereinfachung und Entbürokratisierung des Vergaberechts ist daher noch (lange) nicht abgeschlossen und die nächste Vergaberechts-Novelle scheint bereits in Reichweite.

¹ Eine überblickartige Darstellung der wesentlichen Neuerungen enthält Tabelle 1.

² Hinsichtlich des Wertes von EUR 2.000.000 in der vergleichenden Textgegenüberstellung in § 201a Abs 2 BVergG ist von einem Redaktionsversehen auszugehen.

³ Vgl EU-Verordnung Nr. 1251/2011 der Kommission vom 30.11.2011 zur Änderung der Richtlinie 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, veröffentlicht im Amtsblatt der Europäischen Union L 319 vom 02.12.2011.