



VIBÖ

## **Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung Sind die EU-rechtlichen Vorgaben erfüllt?**

Vor etwas mehr als einem Jahr wurde im Bundesgesetzblatt die BVergG-Novelle 2012 kundgemacht (BGBl 2012 I/10 vom 16.02.2012). Ziel der Novelle war es, die Verfahrensbürokratie bei öffentlichen Auftragsvergaben einzudämmen und dem öffentlichen Auftraggeber vor allem bei kleineren und mittleren Ausschreibungen einen größeren Handlungs- und Entscheidungsspielraum zu gewähren, ohne die Qualität und Rechtssicherheit dieser Verfahren zu verschlechtern.

### **Neue Verfahrensart „DVmB“ für Bauaufträge bis €500.000,--**

Unter anderem wurde mit dem neuen § 41a BVergG eine eigene Verfahrensart „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung“ (DVmB) eingeführt und damit einmal mehr versucht, den schwierigen Spagat zwischen den EU-rechtlichen Vorgaben (Transparenzgebot, Rechtsschutz) einerseits und einer möglichst weitgehenden Formfreiheit für kleinere und mittlere Auftragsgrößen andererseits zu schaffen.

Bei Bauaufträgen ist dieses neue Verfahren bis zu einem Einzel-Loswert von maximal € 500.000,-- zulässig, sofern der gesamte Auftragswert des Projektes unter dem EU-relevanten Schwellenwert von € 5 Mio. liegt.

Bei der DVmB liegt es größtenteils im freien Ermessen des Auftraggebers, wie er das Verfahren konkret ausgestalten und abwickeln will:

Der Auftraggeber kann das Verfahren ein- oder zweistufig vorsehen. Er kann in der Bekanntmachung sofort Angebote verlangen und dem billigsten/besten Angebot den Zuschlag erteilen (allenfalls nach weiteren Verhandlungen); er kann aber auch zunächst einen oder mehrere Unternehmer (etwa auf Grund von Referenzen oder etwa auch „die ersten fünf“) auswählen und erst in einem zweiten Schritt Angebote einholen. Abweichend vom sonstigen System des BVergG können bei der DVmB auch schon im Zuge der Auswahl der Unternehmer angebotsbezogene Kriterien herangezogen werden. Der Auftraggeber kann z.B. festlegen, dass die interessierten Unternehmer gleich in einem ersten Schritt Angebote legen sollen, um dann mit den Bietern der drei besten/billigsten Angebote weiter zu verhandeln.

Eingeschränkt wird das freie Ermessen des Auftraggebers nur durch die gesetzliche Verpflichtung, bereits zu Verfahrensbeginn festlegen zu müssen, nach welchen Kriterien er den oder die Unternehmer auswählt, vom dem oder denen er ein Angebot einholt, und nach welchen Kriterien er das erfolgreiche Angebot bestimmt. Diese Festlegung ist den interessierten Unternehmern vorab bekannt zu geben.

Der öffentliche Auftraggeber hat für die Auswahl bzw. für den Zuschlag objektive, nicht diskriminierende „Selektionskriterien“ vorzusehen. Bei der DVmB hat der Gesetzgeber bewusst auf die Begriffe „Auswahlkriterien“ und „Zuschlagskriterien“ verzichtet, da die diesbezüglichen Regelungen des BVergG sowie die strikte Trennung zwischen unternehmerbezogenen und angebotsbezogenen Kriterien hier nicht zum Tragen kommen sollen. Der Auftraggeber ist daher bei der Festlegung der „Selektionskriterien“ weitgehend frei und nur an die Vergabegrundsätze des § 19 BVergG sowie an die Verpflichtung zur Auftragsbezogenheit gebunden. Letzteres bedeutet, dass der Auftraggeber nur Kriterien heranziehen darf, die einen - wie auch immer gearteten - Konnex zum Auftragsgegenstand aufweisen. Dies bezieht sich sowohl auf unternehmerbezogene als auch angebotsbezogene Anforderungen.

### **DVmB als EU-konformer Ersatz für die Schwellenwertverordnung?**

Mittelfristig - so die Intention des Gesetzgebers - soll die neue DVmB auch als dauerhafte Ersatzlösung für die EU-rechtlich umstrittene Schwellenwertverordnung der Bundesregierung dienen. Letztere wurde mit Ausbruch der Finanzmarkt- und Wirtschaftskrise als vorübergehende Maßnahme zur Konjunkturstützung eingeführt und wird seither Jahr für Jahr um jeweils 12 Monate verlängert, ohne dass dafür eine hinreichende EU-rechtliche Grundlage gegeben wäre.

Während laut übereinstimmenden Expertenmeinungen die unionsrechtlichen Vorgaben zur Transparenz bei der DVmB weitestgehend erfüllt zu sein scheinen, bestehen jedoch erhebliche Zweifel, ob bei dieser neuen Verfahrensart auch der EU-seits geforderte Bieter-Rechtsschutz in ausreichendem Maße gewährleistet ist.

### **EU-Transparenzgebot**

Der EuGH hat in seiner ständigen Rechtsprechung mehrfach auf die grundsätzliche Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber zur Transparenz hingewiesen. Kraft dieser Verpflichtung muss der öffentliche Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen. Besteht an einem Auftrag ein grenzüberschreitendes Interesse, so steht das Fehlen einer Ausschreibungsankündigung (wie bei allen Ver-

gabeverfahren ohne Bekanntmachung der Fall) im Widerspruch zum Grundsatz der Transparenz. Bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses gilt die Verpflichtung zur Transparenz auch schon für wertmäßig kleine Aufträge, wobei hinsichtlich der Relevanz stets eine Einzelfallbeurteilung zu erfolgen hat. Allgemein gültige Grenzwerte für Verfahren ohne Bekanntmachung (wie etwa in der Schwellenwertverordnung der Bundesregierung geregelt) sind daher per se mit dem Makel einer potenziellen EU-Rechtswidrigkeit behaftet.

Diesem Umstand Rechnung tragend, hat der nationale Gesetzgeber in § 41a Abs 3 und 5 festgelegt, dass bei der DVmB sowohl die beabsichtigte Vergabe vorab bekannt zu machen ist, als auch der Auftraggeber nach Zuschlagserteilung allen nicht zum Zug gekommenen Interessenten den „erfolgreichen“ Bieter und den beauftragten Gesamtpreis mitteilen muss.

Man kann daher davon ausgehen, dass die DVmB die Transparenzvorgaben der EU ausreichend erfüllt.

### **Rechtsschutz für übergangene Bieter**

Dem Wesen einer Direktvergabe entsprechend, gilt für die DVmB nur ein sehr eingeschränkter Rechtsschutz.

Gesondert anfechtbare Entscheidungen (und damit einem Nachprüfungsverfahren zugänglich) sind bei der DVmB lediglich die Wahl des Vergabeverfahrens und die Form der Bekanntmachung.

Die „Selektionskriterien“ des Auftraggebers können vor Auftragserteilung nicht angefochten werden. Zudem ist keine separate Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vorgesehen, weshalb auch der Zuschlag nur ex post (nach erfolgter Vergabe) mit Feststellungsantrag auf Rechtswidrigkeit überprüft werden kann.

Es bestehen sowohl bei österreichischen Experten als auch auf EU-Ebene durchaus berechtigte Zweifel, ob diese ausgehöhlten Rechtsschutz-Regelungen dem verfassungs- und europarechtlichen Gebot der Gewährung eines effektiven Rechtsschutzes im Vergabewesen tatsächlich genügen.