



Das Bundesvergabegesetz 2006

I. Anlass für das BVergG 2006

Am 5. Juli 2005 ging das BVergG 2006 in Begutachtung, wurde am 6. Dezember 2006 im Nationalrat beschlossen und ist am 1. Februar 2006 in Kraft getreten.

Im Wesentlichen bestanden nachstehende Gründe für die Erlassung eines gänzlich neuen Bundesvergabegesetzes (vgl 1171 der Beilagen XXXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien, 3):

A. Vereinfachung und Klarstellung des BVergG:

Das alte Bundesvergabegesetz wurde stets wegen seiner unübersichtlichen Systematik und der zahlreichen legislativen Versehen kritisiert. Mit dem neuen Gesetz sollte dessen Systematik verbessert und dessen Lesbarkeit erleichtert werden. Eine Umstrukturierung erfolgte insbesondere dadurch, dass nun grundsätzlich der klassische und der Sektorenbereich völlig voneinander getrennt geregelt werden. Verweise vom Sektorenbereich auf den klassischen Bereich finden sich äußerst selten im neuen Gesetz.

B. Umsetzung des neuen EG-Legislativpaketes:

Am 30. April 2004 traten zwei EU-Richtlinien, namentlich die

- Richtlinie 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (klassische Richtlinie) und die
- Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Auftragvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektorenrichtlinie) in Kraft.

Diese beiden Richtlinien mussten vom österreichischen Gesetzgeber bis längstens 31. Jänner 2006 in nationales Recht umgesetzt werden.

C. Änderungsbedarf aufgrund der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes:

Der EuGH sprach in Fortsetzung seiner Judikatur in den Urteilen „Hospital Ingenieure“ und „Stadt Halle“ nunmehr mit dem in der Sache „BIG - Koppensteiner“ ergangenen Urteil vom 2. Juni 2005 aus, dass der Widerruf einer Ausschreibung gesondert anfechtbar sein muss. Da der Widerruf im BVergG 2002 nicht als gesondert anfechtbare Entscheidung vorgesehen war, musste, um der neueren Judikatur des EuGH gerecht zu werden, der Widerruf als gesondert anfechtbare Entscheidung normiert werden.



II. Schwellenwerte

Durch die Bestimmung des § 12 BVergG 2006 wird der Ober- und Unterschwellenbereich definiert. Relevant ist diese Definition deshalb, weil je nach dem, ob ein Auftrag im Ober- oder Unterschwellenbereich zu vergeben ist, unterschiedliche Regelungen, zum Beispiel hinsichtlich der Bekanntmachungsbestimmungen Anwendung finden.

Die Schwellenwerte als solche sind an sich gleich geblieben. Demnach erfolgt die Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich wenn

der geschätzte Auftragswert

bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mindestens

€ 236.000,00

und bei Bauaufträgen mindestens

€ 5,923.000,00

beträgt.

III. Wahl der Vergabeverfahren und neue Verfahrensarten

Die bereits bisher bekannten Verfahrensarten, und zwar

- A.** das offene Verfahren und das nicht offene Verfahren (mit/ohne Bekanntmachung)
- B.** das Verhandlungsverfahren (mit/ohne Bekanntmachung)
- C.** die Direktvergabe (die streng genommen keine Verfahrensart sondern eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des BVergG darstellt)
- D.** die Elektronische Auktion und schließlich die
- E.** Rahmenvereinbarung werden beibehalten.

Mit dem BVergG 2006 werden zwei völlig neue Verfahrensarten, nämlich

- F.** die Dynamischen Beschaffungssysteme und
- G.** der wettbewerbliche Dialog eingeführt.

A. Offenes/nicht offenes Verfahren:

Weiterhin gilt, dass der Auftraggeber freie Wahl zwischen dem offenen und dem nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung hat.

B. Verhandlungsverfahren:

Wie bisher ist die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens grundsätzlich nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zulässig. Ein Verhandlungsverfahren soll weiterhin die Ausnahme darstellen. Im Unterschwellenbereich wird die Möglichkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens jedoch massiv ausgeweitet.

1. Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung:

Das Verhandlungsverfahren ist nunmehr im Wesentlichen zulässig wenn,

- a.** ein durchgeführtes offenes oder nicht offenes Verfahren kein geeignetes Angebot ergeben hat oder
- b.** es sich um Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht möglich oder
- c.** bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im gesamten Unterschwellenbereich (bis € 236.000,00) oder
- d.** bei Bauaufträgen, wenn der geschätzte Auftragswert unter € 350.000,00 beträgt.



2. Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung:

Ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist nunmehr im Wesentlichen zulässig, wenn

- a. wiederum ein durchgeführtes offenes oder nicht offenes Verfahren kein geeignetes Angebot ergeben hat oder
- b. wenn dringliche, zwingende Gründe, die nicht dem Verhalten des Auftraggebers zuzuschreiben sind, im Zusammenhang mit Ereignissen, die der Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die in den Regelverfahren vorgesehenen Fristen einzuhalten oder
- c. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen der geschätzte Auftragswert unter € 60.000,00 bleibt oder
- d. bei Bauaufträgen der geschätzte Auftragswert unter € 80.000,00 bleibt.

C. Direktvergabe:

1. Zulässigkeit der Direktvergabe:

Die Möglichkeit der Direktvergabe eines Auftrages wurde ausgedehnt.

Nunmehr ist die Direktvergabe im Wesentlichen dann zulässig,
wenn der geschätzte Auftragswert
nicht erreicht.

€ 40.000,00

2. Sanktion bei unzulässiger Direktvergabe:

§ 132 BVerG 2006 sieht nun vor, dass für den Fall, dass eine Zuschlagerteilung ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens direkt an einen Unternehmer erfolgte, und diese Direktvergabe offenbar unzulässig war, der derart zustande gekommene Leistungsvertrag nichtig sein soll. Es muss daher zu einer Rückabwicklung der aufgrund des Vertrages erbrachten Leistungen kommen.

D. Elektronische Auktion:

Die elektronische Auktion ist vom BVerG 2006 als Teilabschnitt bestimmter Vergabeverfahren zur Ermittlung des Zuschlagsempfängers vorgesehen.

E. Rahmenvereinbarung:

Die Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem Auftraggeber oder mehreren Auftraggebern einerseits und einem oder mehreren Auftragnehmern andererseits. Diese Vereinbarung bezweckt die Festlegung von Bedingungen für die Aufträge, die während eines bestimmten Zeitraumes vergeben werden sollen.

Bisher war die Rahmenvereinbarung nur im USB zulässig. Nunmehr ist der Abschluss von Rahmenvereinbarungen auch im OSB möglich.

Die Vergabe im Wege einer Rahmenvereinbarung gliedert sich in zwei Stufen:

Phase 1:

In der ersten Phase wird ein offenes, nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder - bei Vorliegen der Voraussetzungen - ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchgeführt. Dieses Verfahren ist lediglich fiktiv, weil der Auftraggeber in dieser Phase nicht verpflichtet ist, die ausgeschriebenen Leistungen vom Partner oder den Partnern der Rahmenvereinbarung zu beziehen.



Phase 2:

Wurde die Rahmenvereinbarung mit nur einem Unternehmer abgeschlossen kann der Zuschlag entweder unmittelbar demjenigen Unternehmer, der gemäß den Zuschlagskriterien das beste Angebot gelegt hat oder nach der Aufforderung ein verbessertes, vervollständigtes oder abgeändertes Angebot abzugeben erteilt werden.

Wurde die Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmern abgeschlossen kann der Zuschlag entweder unmittelbar aufgrund der Bedingungen der Rahmenvereinbarung oder nach erneutem Aufruf der Parteien zum Wettbewerb, nach Durchführung einer elektronischen Auktion oder eines klassischen Angebotsverfahrens erteilt werden.

F. Dynamische Beschaffungssysteme (DBS)

Beim DBS handelt es sich um ein vollelektronisches Vergabeverfahren. Das DBS darf nur auf elektronischem Weg eingerichtet und betrieben werden. Sämtliche Bekanntmachungen und Verständigungen haben auf elektronischem Weg zu erfolgen.

Zulässig ist die Einrichtung eines DBS nur für die Beschaffung von Leistungen, bei denen die allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmale den Anforderungen des Auftraggebers genügen.

Das DBS läuft in drei Phasen ab:

Phase 1:

In einer ersten Phase wird ein DBS auf eine Laufzeit von grundsätzlich maximal vier Jahren eingerichtet. Die Einrichtung erfolgt durch Veröffentlichung einer Bekanntmachung über ein fiktives offenes Verfahren. Es sind also die für das offene Verfahren relevanten Bestimmungen einzuhalten. Mit der Bekanntmachung sind auch Eignungs- und vorläufige Zuschlagskriterien zu veröffentlichen. Darüber hinaus ist anzugeben, unter welcher Adresse sämtliche Unterlagen abgerufen werden können. Jene Bieter, die aufgrund der Eignungskriterien für die Leistungserbringung geeignet sind und den Ausschreibungsbedingungen entsprechende unverbindliche Erklärungen zur Leistungserbringung auf elektronischem Weg abgegeben haben, werden vorerst zum System zugelassen.

Phase 2:

Während der Laufzeit des DBS können Unternehmer durch unverbindliche Erklärungen zur Erbringung der Leistung ihre Teilnahme beantragen. Über diese Teilnahmeanträge ist vom Auftraggeber binnen 15 Tagen zu entscheiden und dem Unternehmer diese Entscheidung über die Zulassung oder Nichtzulassung bekannt zu geben.

Phase 3:

In der dritten Phase des DBS können die Einzelaufträge in folgendem Verfahren vergeben werden:

Stufe 1: Vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe hat der Auftraggeber öffentlich bekannt zu geben, dass innerhalb der nächsten 15 Tage letztmalig Teilnahmeanträge gestellt werden können. Während dieser Stillhaltefrist darf der Auftraggeber keine gesonderte Aufforderung zur Angebotsabgabe veröffentlichen.

Stufe 2: Nach Ablauf der Stillhaltefrist erfolgt eine gesonderte Aufforderung zur Angebotsabgabe auf elektronischem Weg an alle zum DBS zugelassenen Unternehmer. Die Zuschlagsentscheidung wird auf dem üblichen Weg durch Bewertung der eingegangenen Angebote anhand der Zuschlagskriterien getroffen.

G. Wettbewerblicher Dialog

Diese neue Verfahrensart wurde laut den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage deshalb eingeführt, um dem Auftraggeber die Durchführung eines relativ formfreien Verfahrens in jenen Fällen zu ermöglichen, in denen besonders komplexe Vorhaben durchgeführt werden sollen. Bei Großprojekten deren Finanzierungs- und Vertragsstruktur nicht im Voraus umschrieben werden kann, soll die Durchführung des wettbewerblichen Dialogs in Betracht kommen.



Auch der wettbewerbliche Dialog wird in einem dreistufigen Verfahren durchgeführt:

Stufe 1:

In dieser Phase fordert der Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Teilnahme am Verfahren auf. Nach den bekannt gemachten Eignungs- und Auswahlkriterien sucht sich der Auftraggeber die am besten geeigneten Dialogpartner aus und fordert sie zur Teilnahme an der Dialogphase auf.

Stufe 2:

In dieser Phase unterbreiten die Dialogpartner ihre Vorschläge für die Lösung der vom Auftraggeber beschriebenen Aufgabe. Ziel der Dialogphase ist somit die Erarbeitung der für die Ansprüche des Auftraggebers am besten geeigneten Lösung. Erst wenn der Auftraggeber eine Lösung ermittelt hat, ist die Dialogphase beendet. Diese Lösung ist sämtlichen Dialogpartnern bekannt zu geben.

Stufe 3:

In der letzten Phase fordert der Auftraggeber die Dialogpartner auf, ein auf die Lösung passendes Angebot zu legen. Von den daraufhin gestellten Angeboten ist das beste zu ermitteln, wobei nach Eingang der Angebote ein Verhandlungsverbot besteht.

IV. Weitere Neuerungen

A. Inhouse-Vergabe:

Das neue BVergG entspricht nun der neueren Rechtsprechung des EuGH (Urteile Teckal, Stadt Halle) zur Inhouse-Vergabe.

Danach liegt eine Inhouse-Vergabe, die vom Anwendungsbereich des BVergG ausgenommen ist nur dann vor, wenn

- die Leistung von einer Einrichtung für den Auftraggeber erbracht wird, über die der Auftraggeber eine Kontrolle wie über eigene Dienststellen ausübt
- und die ihre Leistungen im Wesentlichen für den oder die öffentlichen Auftraggeber erbringt, die ihre Anteile innehaben.

Nur eine 100%ige Beteiligung des Auftraggebers an dem die Leistung erbringenden Unternehmen kann daher den Ausnahmetatbestand des § 10 Z 7 BVergG neu begründen.

B. Angebotsgliederung:

§ 2 Z 3 bis 5 BVergG schreibt nun die Gliederung des Angebotes in

- einen Angebotshauptteil samt Angebotsinhaltsverzeichnis
 - sowie sonstige Angebotsbestandteile
- vor.

Der Angebotshauptteil ist nach den erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage der Kern eines jeden Angebotes und hat zumindest nachstehende Angaben zu enthalten:

- a. Name und Geschäftssitz des Bieters
- b. bei Arbeitsgemeinschaften die Nennung eines bevollmächtigten Vertreters
- c. die elektronische Adresse jener Stelle, die zum Postempfang berechtigt ist
- d. den Gesamtpreis unter Angabe allfälliger Aufschläge oder Nachlässe oder wenn die Vergabe in Teilen vorgesehen ist auch die Teilangebotspreise
- e. allfällige Alternativangebotspreise
- f. das Angebotsinhaltsverzeichnis.



Aus der Sicht des Auftraggebers empfiehlt es sich, diese Vorschriften des § 2 Z 3 bis 5 BVergG noch einmal in der Ausschreibung zu normieren. Wird das Angebot nicht entsprechend gegliedert, könnte es gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG als nicht ausschreibungskonform ausgeschieden werden (vgl RPA 2005/4, 220).

C. Unzulässigkeit von Alternativangeboten:

Das BVergG war bisher sehr alternativangebotsfreundlich. § 69 BVergG normierte bisher die generelle Zulässigkeit von Alternativangeboten. Enthielt die Ausschreibung keine Bestimmung zu Alternativangeboten, waren Alternativangebote zuzulassen. Lediglich der Ausschluss von wirtschaftlichen und rechtlichen Alternativangeboten konnte in der Ausschreibung begründungslos erfolgen. Der Ausschluss technischer Alternativangebote bedurfte bisher hingegen einer sachlichen Rechtfertigung.

Mit dem neuen BVergG kommt es nun zu einer völligen Umkehr der bisherigen Regelung.

§ 81 BVergG sieht nun vor, dass der Auftraggeber Alternativangebote zulassen kann. Findet sich in der Ausschreibung keine Regelung über Alternativangebote sind diese unzulässig.

D. Eignungsnachweis:

1. § 70 BVergG 2006

§ 70 Abs 2 BVergG bestimmt nun, dass der Auftraggeber von den Bietern Nachweise über deren Eignung nur insoweit verlangen darf, „wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist“.

Der Auftraggeber darf gemäß § 70 Abs 3 BVergG nicht verlangen, dass die Nachweise im Original vorgelegt werden. Die Vorlage von Kopien oder die Übersendung auf elektronischem Wege ist explizit zulässig.

Gemäß § 70 Abs 4 BVergG kann der Bieter den Nachweis seiner Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten, zum Beispiel dem Österreichischen Auftragnehmerkataster, führen. Zudem kann der Unternehmer den Nachweis seiner Eignung auch durch andere als vom Auftraggeber geforderte Unterlagen erbringen, sofern die geforderten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die statt dieser Unterlagen vorgelegten ebenso aussagekräftig sind.

Umfasst der Leistungsgegenstand ausschließlich Leistungen, für die dieselbe Befugnis erforderlich ist, müssen gemäß § 70 Abs 5 BVergG sämtliche Mitglieder einer Bietergemeinschaft über diese Befugnis verfügen. Erfordert die Gesamtleistung Befugnisse verschiedener Fachrichtungen muss jedes Mitglied der Bietergemeinschaft die Befugnis für den von ihm konkret durchgeführten Leistungsteil nachweisen.

2. § 78 BVergG 2006

§ 78 neu normiert, dass der Auftraggeber bei der Vergabe von Bauaufträgen mit einem geschätzten Auftragswert unter € 120.000,00 und bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit einem geschätzten Auftragswert unter € 80.000,00 von einem Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit absehen kann, sofern aufgrund einer Einschätzung des Auftraggebers keine Zweifel am Vorliegen der Eignung eines Bieters oder Bewerbers bestehen.

Die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage halten wörtliche fest, dass diese Bestimmung dem Auftraggeber keinen Freibrief dafür ausstellt, von den Nachweisen abzusehen. Einen Absehen vom Eignungsnachweis darf nur dann erfolgen, wenn der konkrete Bieter bereits als befugt, zuverlässig und leistungsfähig bekannt ist.



E. ubunternehmer:

Gemäß § 83 BVergG fällt nun die bisherige Regelung weg, dass der Bieter wesentliche Teile der Leistung selbst auszuführen hat. Nunmehr ist lediglich die Subvergabe des gesamten Auftrages unstatthaft.

F. Zuschlagsentscheidung:

1. Bekanntgabe:

Bisher normierte das BVergG, dass den Bietern die Zuschlagsentscheidung gleichzeitig mittels Telefax oder elektronisch zu übermitteln war. Dieses Erfordernis der gleichzeitigen Übermittlung ist weggefallen.

Neu ist zudem, dass dann wenn die Übermittlung per Telefax oder elektronisch nicht möglich ist, wobei die erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage anführen, dass dies dann der Fall sein soll, wenn der Auftraggeber über kein Telefax oder über keinen Internetzugang verfügt oder technische Schwierigkeiten auftreten sollten, eine briefliche Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung möglich ist.

2. Erforderlicher Inhalt der Bekanntgabe:

In der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sind den Bietern das Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Nichtberücksichtigung eines Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorzüge des erfolgreichen Angebotes mitzuteilen.

V. Neuregelungen im Rechtsschutz

Im Rechtsschutzsystem des neuen BVergG finden sich zwei neue gesondert anfechtbare Entscheidungen, nämlich

- das Ausscheiden eines Angebotes
- die Widerrufsentscheidung

A. Ausscheiden eines Angebotes:

Da das Ausscheiden des Angebotes nun gesondert angefochten werden kann, bestimmt nun § 129 Abs 3 BVergG neu, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, dem jeweiligen Bieter bekannt zu geben, dass und warum sein Angebot ausgeschieden wurde.

B. Anfechtbarkeit der Widerrufsentscheidung:

Die Möglichkeit der Anfechtung der Widerrufsentscheidung wurde ebenfalls in Umsetzung der neueren EuGH-Judikatur mit dem neuen BVergG eingeführt. Im Urteil Koppensteiner - BIG sprach der EuGH aus, dass das vergaberechtliche Rechtsschutzsystem im Falle der Unanfechtbarkeit der Widerrufsentscheidung ineffektiv wäre, weil der Auftraggeber diesfalls nach Lust und Laune ein Vergabeverfahren durch Widerruf beenden könnte.

Korrespondierend zu dieser Entscheidung wurde nun der Widerruf als gesondert anfechtbare Entscheidung konzipiert.



KRONBERGER Rechtsanwälte

Dr. Jürgen Kronberger
Mag. Christiane Ultes

Damit die Anfechtung in der Praxis möglich ist, wird der Widerruf nun vergleichbar mit der Zuschlagsentscheidung gesplittet in

- die Widerrufsentscheidung und
- die Widerrufserklärung.

Die Widerrufsentscheidung ist den Bietern elektronisch oder mittels Telefax mitzuteilen.

Neu ist auch die Regelung, wonach in dem Fall, dass der Auftraggeber das Vergabeverfahren „aussitzt“, das Verfahren also weder durch Zuschlagserteilung noch durch Widerruf beendet, das Nicht-Agieren des Auftraggebers als Widerruf anzusehen sein soll.

Wien, am 27. Februar 2006

Mag. Christiane Ultes
Dr. Jürgen Kronberger



ÜBERSICHT SCHWELLENWERTE

SCHWELLENWERT

BIS AUSSCHLIESSLICH	ZULÄSSIGES VERFAHREN
€ 40.000,00	Direktvergabe
€ 60.000,00	Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen
€ 80.000,00	Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung bei Bauaufträgen
€ 236.000,00	Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen
€ 350.000,00	Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung bei Bauaufträgen