

Öffentliche Aufträge kontra Verfassung

Expertenbedenken gegen erhöhte Schwellenwerte für Direktvergaben.

VON HERMANN WENUSCH

WIEN. Das Bundevergabegesetz 2006 (BVerG), das die Vergabe von „öffentlichen Aufträgen“ (ein unglücklicher Begriff, weil es nicht um die Erteilung von Aufträgen, sondern um Vertragsabschlüsse geht) regelt, sieht eine Grenze vor, bis zu der vereinfachte Vergabeverfahren zulässig sind. Diese sind – grob gesprochen – Interessenten nicht so leicht zugänglich, wie wenn der geschätzte Auftragswert darüber liegt. Mit Verordnung des Bundeskanzlers (BGBl. II 125/2009 „Schwellenwertverordnung 2009“) wurde diese Grenze nun nicht unerheblich angehoben: Für Bauleistungen etwa ist ein nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung nun statt bis 120.000 Euro bis zu einem geschätzten Auftragswert von 1 Mio. Euro zulässig. Begründet wurde diese Verordnung – deren auf die §§ 18 bzw. 186 BVerG gestützte Zulässigkeit übrigens durchaus verfassungsrechtlich bezweifelt werden kann – damit, dass durch raschere Vergaben die Konjunktur angekurbelt werden soll. Damit wird freilich in Kauf genommen, dass möglicherweise durch „schlampige“ Vergaben (mikro- und makroökonomisch) suboptimale Ergebnisse erzielt werden: Geld wird dadurch verschleudert, dass nicht der Bestbieter ermittelt

wird; oder es wird zu einem suboptimalen Zeitpunkt investiert (ein Bauwerk zu sanieren, obwohl dies noch gar nicht notwendig ist, ist unökonomisch). Dass das jetzt ausgegebene Geld allenfalls später fehlt und damit nur zu einer zeitlichen Verlagerung der Probleme führt, sei hier nicht weiter erörtert.

Der Ordnungsgeber hat aber offenbar auch ein rechtliches Problem nicht bedacht: Vergaberecht besteht auch außerhalb des BVerG. Der OGH kam wiederholt „zum Schluss, dass Bund, Länder und Gemeinden in Vergabeverfahren zwingend zur Einhaltung des durch verfassungsrechtliche Erwägungen gestützten Gleichheitsgrundsatzes und damit jener Vergabennormen (...) verpflichtet sind, die das Gleichbehandlungsgebot im vordefinierten Sinne zur Durchsetzung bringen und dessen Einhaltung gewährleisten sollen“ (10 Ob 212/98v).

Ö-Norm als Maßstab

Besondere Bedeutung kommt dabei den Ö-Normen zu, die nach herrschender Auffassung als Maßstab für die Sorgfaltspflichten angesehen werden, die den Ausschreibenden im Rahmen seiner vorvertraglichen Pflichten treffen (vgl. z. B. 3 Ob 564/94). Beachtlich ist in diesem Zusammenhang die Ö-Norm A 2050, die bestimmt: „Aufträge über Leistungen sind (...) entsprechend den

Grundsätzen des freien und lauten Wettbewerbs und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter (...) zu vergeben“. Das spiegelt wider, „dass die Vergabevorschriften gerade dem Schutz der Bieter vor unlauterer Vorgangsweise dienen“ (3 Ob 211/04g), wobei als Bieter nicht nur jene anzusehen sind, die bereits ein Angebot abgegeben haben, sondern auch alle, die ein Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren haben.

Bekanntmachung geboten

Gerade die Zulässigkeit von Vergabeverfahren ohne Bekanntmachung widerspricht diesem – nach Auffassung des OGH bestehenden – verfassungsrechtlichen Schutz. Ein geschätzter Auftragswert von 1 Mio. Euro ist nun keinesfalls ein Bagatelbetrag, für den aus Gründen der „Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit der Gebarung“ (Art. 127 B-VG) eine Bescheidung der Rechte potenzieller Bieter allenfalls hingenommen werden könnte.

Die Schwellenwertverordnung 2009 – die zudem dazu verleitet, europarechtliche Implikationen zu übersehen (auch ein Vergabeverfahren, das nach dem BVerG zulässig ist, kann europarechtswidrig sein!) – ist daher unzweifelhaft verfassungswidrig.

Ing. DDr. Hermann Wenusch ist Rechtsanwältin in Wien.