



Amt der Wiener Landesregierung

Dienststelle: Magistratsdirektion
Geschäftsbereich Recht
Verfassungsdienst und
EU-Angelegenheiten

Adresse: 1082 Wien, Rathaus
Telefon: 4000-82302
Telefax: 4000-99-82310
e-mail: post@md-v.wien.gv.at
DVR: 0000191

MD-VD - 940/11

Wien, 14. September 2011

Entwurf eines Bundesgesetzes,
mit dem das Bundesvergabe-
gesetz 2006 geändert wird
(BVergG-Novelle 2011);
Begutachtung;
Stellungnahme

zu BKA-600.883/0040-V/8/2011

An das
Bundeskanzleramt

Zu dem mit Schreiben vom 19. Juli 2011 übermittelten Entwurf des im Betreff genannten Bundesgesetzes wird nach Anhörung des Unabhängigen Verwaltungssenates Wien wie folgt Stellung genommen:

1. Zum Gesetzentwurf:

Z 15 (§ 38):

Die vorgesehene Textierung von § 38 Abs. 2 Z 1 lässt es in einer Zusammenschau mit den entsprechenden Erläuterungen (vgl. Seite 9, 2. Absatz) offen, ob die angeführten

60.000 Euro nur einen Richtwert darstellen und trotzdem eine Beurteilung auf Grund des Transparenzprinzips im Einzelfall vorzunehmen ist. In diesem Fall würde somit das Risiko allfälliger Fehleinschätzungen der Binnenmarktrelevanz vom nationalen Gesetzgeber auf die einzelne Auftraggeberin bzw. den einzelnen Auftraggeber überwält werden. Es wird daher die Klarstellung der Erläuterungen dahingehend gefordert, dass auf Grund der Festlegung der genannten Betragsgrenze eine weitere Überprüfung im Hinblick auf die Binnenmarktrelevanz durch den Auftraggeber oder die Auftraggeberin nicht erfolgen muss.

Zur in § 38 Abs. 3 des Entwurfs vorgesehenen verpflichtenden ex-post-Bekanntmachung ist festzuhalten, dass diese für nicht erforderlich erachtet wird, weil es hier um eine sehr spezifische Konstellation geht, bei der eine Binnenmarktrelevanz schon wegen der hohen Kosten der Erarbeitung von Angeboten bzw. Lösungsvorschlägen regelmäßig nicht gegeben ist.

Z 16 (§ 41):

Durch die Erläuterungen zu § 41 des Entwurfs (vgl. Seite 10, Absatz 4) würde der Auftraggeberin bzw. dem Auftraggeber ebenfalls im Einzelfall die Pflicht zur Prüfung aufgebürdet, ob auf Grund des Transparenzprinzips trotz Nichtüberschreitens des Schwellenwertes für die Zulässigkeit einer Direktvergabe nicht doch eine Ausschreibung erforderlich ist. Das Risiko allfälliger Fehleinschätzungen der Binnenmarktrelevanz eines Vergabeverfahrens wird somit auch hier vom nationalen Gesetzgeber auf den einzelnen Auftraggeber bzw. die einzelne Auftraggeberin überwält. Aus der Sicht des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin erscheint dies nicht zumutbar und würde dies zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen. Nach Auffassung des Amtes der Wiener Landesregierung hat sich der Gesetzgeber um eine praxistaugliche Regelung zu bemühen und ein allfälliges unionsrechtliches Restrisiko selbst zu tragen. Es wird daher nachdrücklich gefordert, die entsprechenden Ausführungen in den Erläuterungen ersatzlos zu streichen.

Z 17 (§ 41a):

Zu § 41a des Entwurfs ist zunächst festzuhalten, dass mit Schreiben des Bundeskanzleramtes vom 11. Juli 2011, GZ BKA-600.883/0035-V/8/2011 auch ein Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen im Verteidigungs- und Sicherheitsbereich - BVergGVS 2011 zur Begutachtung ausgesendet wurde. Das in diesem Entwurf in § 33 vorgesehene Verfahren einer „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ ist im Wesentlichen ident mit dem im vorliegenden Entwurf im § 41a enthaltenen Verfahren. Im Hinblick auf die in den beiden Gesetzentwürfen teilweise - nicht nachvollziehbar - unterschiedlichen Detailregelungen darf auf die Stellungnahme des Amtes der Wiener Landesregierung im genannten Begutachtungsverfahren verwiesen werden.

Die Einführung der „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ (§§ 41a, 201a) wird ausdrücklich begrüßt.

Nicht klar erkennbar erscheint die unmittelbare Konsequenz der Bekanntmachung des Verfahrens auf Grund von § 41a Abs. 3 des Entwurfs. Angeregt wird die Aufnahme eines Hinweises in den Erläuterungen, welche Möglichkeiten sich für die Auftraggeberin bzw. den Auftraggeber infolge der Bekanntmachung bieten (z. B. Berücksichtigung nur von Unternehmen, die sich infolge der Bekanntmachung gemeldet haben, verpflichtende Berücksichtigung derartiger Unternehmen, etc.). Eine bloße unverbindliche Vorankündigung einer allfälligen Direktvergabe (ohne Aufforderung an die interessierten Unternehmer sich als Bewerber oder Bieter zu beteiligen) erscheint nicht ausreichend.

Fraglich erscheint weiters, ob im Hinblick auf die ausführlichen Erläuterungen zu § 41a des Entwurfs seitens der Vergabekontrollbehörden eine Überprüfung erfolgen könnte, ob sich die Auftraggeberin bzw. der Auftraggeber an den eigenen „Verfahrensplan“ gehalten hat. Insoweit wird die Gefahr gesehen, dass dies im Rahmen eines Feststellungsverfahrens betreffend die Bekanntmachung der erfolgten Auftragsvergabe

(vgl. § 41a Abs. 5 des Entwurfs) aufgegriffen werden könnte. Sichergestellt werden müsste jedenfalls, dass es (außer bei der Vergabe eines „aliuds“) zu keiner Nichtigkeitklärung oder Aufhebung von Verträgen oder zur Verhängung von Bußgeld kommen kann.

Nach Auffassung des Amtes der Wiener Landesregierung wäre im Rahmen eines Verfahrens nach § 41a des Entwurfs die freiwillige Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung zumindest denkmöglich (wenn auch der Idee einer formfreien Direktvergabe widersprechend). Dies sollte auch in den Erläuterungen klargestellt werden. Im Hinblick auf die Festlegungen in § 2 Z 16 lit. a) sublit. nn) würde jedoch eine derartige Zuschlagsentscheidung weder gesondert anfechtbar sein noch eine Stillhaltefrist auslösen.

Zu § 41a Abs. 4 des Entwurfs wird angeregt, dass der Verweis auf die Festlegung „objektiver“ Kriterien entfällt. Einerseits verweist § 41a Abs. 1 des Entwurfs ohnehin auf § 19 BVergG 2006 und legt somit die Geltung der allgemeinen Grundsätze auch für diese Verfahrensart fest. Schließlich handelt es sich bei den im § 41a Abs. 4 festgelegten Kriterien im Wesentlichen (unbeschadet der Ausführungen in den Erläuterungen) wohl um Auswahl- bzw. Zuschlagskriterien. Der vorgesehene Wortlaut wird daher im Hinblick auf die starke Betonung der „Objektivität“ insoweit als überschießend erachtet, als auch die neuen „objektiven“ Kriterien letztlich den Anforderungen des § 2 Z 20 BVergG 2006 entsprechen werden müssen. (Es sei denn, man wollte die „Abstimmung auf den Auftragsgegenstand“ lockern, was zu erwägen wäre).

Zu § 41a Abs. 5 des Entwurfs wird bemerkt, dass das erneute Anführen der Beschreibung des Auftragsgegenstandes neben einem Hinweis auf die bereits gemäß Abs. 3 leg. cit. erfolgte Bekanntmachung nicht erforderlich erscheint.

Auf Grund der Geltung des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 könnte § 41a Abs. 6 erster Satz entfallen.

Z 18 (§ 42 Abs. 2):

Zu § 42 Abs. 2 des Entwurfs ist festzuhalten, dass § 19 Abs. 1 BVergG 2006 die Auftraggeber zur Leistungsvergabe zu angemessenen Preisen verpflichtet. Gerade die Einschränkung, dass eine Dokumentation der Preisangemessenheit nur bei „wirtschaftlicher Vertretbarkeit“ stattfinden soll, lässt diese gesetzliche Verpflichtung nur bedingt zweckmäßig erscheinen. Im Ergebnis wird die Dokumentation der Preisangemessenheitsprüfung nämlich gerade bei komplexeren Sachverhalten, die eine solche allenfalls erfordern würden, besonders aufwändig und somit tendenziell „unwirtschaftlich“ sein. Im Regelfall müssen die Auftraggeberinnen und Auftraggeber die Preisangemessenheit bei Direktvergaben auch gegenüber internen Kontrollinstanzen darstellen können, weshalb in der Praxis ohnehin oft eine Dokumentation der Preisangemessenheit erfolgt. Somit könnte die vorgesehene gesetzliche Dokumentationsverpflichtung entfallen.

Z 22 und 24 (§§ 52 Abs. 1 und 55 Abs. 1 und 2):

Zu den §§ 52 Abs. 1 und 55 Abs. 2 des vorliegenden Entwurfs ist festzuhalten, dass nach Kenntnisstand des Amtes der Wiener Landesregierung ein elektronischer „single point of entry“ (Bekanntmachungsplattform) derzeit nicht in allen Bundesländern zwingend vorgeschrieben ist und auch in Wien eine Ergänzung der Verordnung betreffend die Bekanntmachungen erforderlich erscheint. Im Hinblick auf die erforderliche Zeit zur Umsetzung der im Entwurf vorgesehenen Bestimmung wird die Festlegung einer entsprechenden Übergangsfrist im Umfang von zumindest einem Jahr ab Inkrafttreten der Bestimmung für erforderlich erachtet.

Zu § 55 Abs. 1 des vorliegenden Entwurfs wird bemerkt, dass die vorgesehene zwingende Beschreibung des Auftragsgegenstandes mittels der Bezeichnungen und Klassen der CPV-Codes kaum dem Ziel der Vereinfachung, Beschleunigung und Kostensenkung der Verfahren im Unterschwellenbereich entspricht. Es wird angeregt, diese Verpflichtung gänzlich zu streichen.

Z 28 (§ 69):

Zur vorgesehenen Neuregelung des § 69 Z 1 wird im Hinblick auf die nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung eine Überprüfung dahingehend angeregt, ob hier nunmehr nicht ein Widerspruch zur Bestimmung des § 102 Abs. 1 BVergG 2006 besteht.

Z 37 (§ 131 Abs. 2 Z 2):

Im Hinblick auf die angedachte Neufassung des § 131 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 wird angeregt, die vorgesehene Änderung auch in den Sektorenbereich zu übernehmen.

Z 62 (§§ 337 und 338):

Es ist nicht nachvollziehbar, warum die aus Anlass der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes betreffend die Voraussetzungen für die Erlangung von Schadenersatz vorgenommene Anpassung des § 338 BVergG 2006 auch zu einer Änderung bei der Festlegung des jeweiligen Umfanges von Schadenersatz führen soll. Die bislang in § 338 Abs. 1 BVergG 2006 bezüglich des „Vertrauensschadens“ enthaltene Klarstellung sollte beibehalten werden. Zumindest in den Erläuterungen wäre auf den Unterschied zwischen dem Vertrauensschaden und dem sogenannten Erfüllungsinteresse, das nach der ständigen Rechtsprechung des OGH nur vom übergangenen Bestbieter geltend gemacht werden kann, hinzuweisen.

Z 65 (§ 344):

Darüber hinaus wird bemerkt, dass die im Entwurf vorgesehene Anhebung der in § 344 Abs. 1 BVergG 2006 für die Verletzung von Mitteilungs-, Auskunfts- oder Vorlagepflichten festgelegten Höchststrafe von derzeit 15.000 Euro auf 50.000 Euro auch verfassungsrechtliche Bedenken hervorruft.

Eine Strafhöhe von 50.000 Euro würde im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu Art. 91 des Bundesverfassungsgesetzes nämlich in jenen „kritischen Bereich“ (von etwa 35.000 bis 60.000 Euro) hineinfallen, wo im Hinblick auf die Erheblichkeit der Strafdrohung ein Kernbereich strafgerichtlicher Zuständigkeit nicht mehr ausgeschlossen werden könnte. Darüber hinaus bietet der in den Erläuterungen enthaltene Hinweis auf die „möglicherweise mit einem Vertragsverletzungsverfahren verbundenen finanziellen Implikationen“ wohl kaum eine ausreichende sachliche Rechtfertigung für eine derartige Anhebung der Strafhöhe, zumal auch der mit der Verletzung von gesetzlich geregelten Informationspflichten verbundene Unrechtsgehalt nicht so gravierend erscheint, dass selbst bei nur einmaligem Zuwiderhandeln zumindest theoretisch die Verhängung einer Geldstrafe von 50.000 Euro möglich sein sollte. Die maximal zulässige Höhe der Geldstrafe sollte daher das Ausmaß von 35.000 Euro nicht überschreiten.

Schließlich ist noch anzumerken, dass derzeit im BVergG 2006 für die Wahl bestimmter Verfahren relevante (Geld-)betragsgrenzen („Subschwellenwerte“) insoweit uneinheitlich angegeben sind, als teilweise ein Hinweis auf die Umsatzsteuer enthalten ist und teilweise nicht. Obwohl bereits § 13 Abs. 1 BVergG 2006 insoweit eine grundsätzliche Bestimmung enthält, wird teilweise explizit auf die Nichteinrechnung der USt hingewiesen (vgl. z. B. § 12 Abs. 1, § 14 Abs. 3), teilweise findet sich kein derartiger Hinweis (so auch bei den §§ 37, 38, 41 und 41a des vorliegenden Entwurfs). In der Praxis ist wiederholt die Frage aufgetaucht, inwieweit diese Unterscheidungen auch rechtliche Relevanz haben. Es wird daher eine entsprechende Vereinheitlichung im gesamten BVergG 2006 angeregt.

2. Sonstige Anmerkungen:

Zur im Schreiben des Bundeskanzleramtes aufgeworfenen Frage, inwieweit für den Fall der Mitteilung einer „längeren“ als der gesetzlich vorgesehenen Stillhaltefrist durch die Auftraggeberin bzw. den Auftraggeber eine gesetzliche Regelung vorgesehen werden sollte, nimmt das Amt der Wiener Landesregierung wie folgt Stellung:

Die Auftraggeberin oder der Auftraggeber sollte sich grundsätzlich an die selbst angegebene Frist (materiell-rechtlich) halten, und die Empfängerin bzw. der Empfänger der Mitteilung sollte auf das angegebene Fristende vertrauen können. Allerdings wird zu bedenken gegeben, dass es sich bei der Zuschlagsentscheidung um eine Wissenserklärung handelt, die auch einer Korrektur oder einem Widerruf zugänglich ist. Ferner sollte berücksichtigt werden, dass die prozessnahe Frist zur Anrufung der Vergabekontrollbehörde nicht erstreckbar ist und ihr gesetzlicher Lauf auch nicht vom Lauf der materiell-rechtlichen Stillhaltefrist abhängen sollte.

Nicht im vorliegenden Entwurf angesprochen, in der Praxis jedoch regelmäßig thematisiert, wird die Frage der Zulässigkeit der Heranziehung ausländischer zentraler Beschaffungsstellen durch österreichische Auftraggeberinnen und Auftraggeber. Die derzeit in § 10 Z 14 und 15 BVergG 2006 enthaltene Regelung beschränkt diese Möglichkeit insbesondere durch das Erfordernis der Anwendung bestimmter Bestimmungen des österreichischen Vergaberechtes durch die zentrale Beschaffungsstelle. In den wenigen einschlägigen Entscheidungen scheinen die österreichischen Vergabekontrollbehörden die Auffassung zu vertreten, dass das BVergG 2006 derzeit die Beiziehung ausländischer zentraler Beschaffungsstellen nicht gestattet. Die zugrundeliegende Problematik stellt sich dem Vernehmen nach so dar, dass sich in bestimmten Produktbereichen manche internationale Konzerne den europäischen Markt wettbewerbswidrig aufteilen und die Preise in einzelnen Märkten künstlich hoch halten. Hierzu werden in den einzelnen Mitgliedsstaaten (z. B. in Österreich) Tochterunternehmen gegründet, die selbst nur dem Vertrieb dienen. Im Wege dieser Tochterunternehmen wird ein und dasselbe Produkt manchmal um 20 oder 30 % teurer angeboten als in anderen Mitgliedsstaaten. Das österreichische Tochterunternehmen darf nur auf dem Heimmarkt agieren, das ausländische nicht auf dem österreichischen Markt. Kartellrechtlich ist dieser Marktaufteilungs- und Preispolitik, die letztlich im Gegensatz zum Binnenmarkt- und Wettbewerbsprinzip (wie es auch dem Vergaberecht zu Grunde liegt) steht, schwer beizukommen, weil konzernverbundene Unternehmen wegen des „funktionalen Unternehmerbegriffs“ nicht als selbständige Marktteilnehmer im Verhältnis zum Mutter- bzw. Schwesterunternehmen im anderen Mitgliedstaat betrachtet werden. Kei-

- 9 -

nesfalls geht es bei einer allfälligen Änderung der Bestimmungen des BVergG 2006 darum, seriös agierende Unternehmen unter Druck zu setzen. Dies folgt schon daraus, dass es sich hier regelmäßig um Marktsegmente und Produktnischen handelt, die nur von wenigen Bietern bedient werden können. Diese sollten künftig durch die Möglichkeit der Inanspruchnahme auch „ausländischer“ zentraler Beschaffungsstellen dazu bewegt werden, ihre Preispolitik zu überdenken. Angeregt wird daher die Übernahme einer ähnlichen Formulierung in das BVergG 2006, wie sie bereits im Entwurf zu § 9 Z 16 und 17 des BVergGVS 2011 enthalten ist, wobei seitens des Amtes der Wiener Landesregierung in seiner Stellungnahme hierzu bestimmte Klarstellungen angeregt werden.

Für den Landesamtsdirektor:

Mag. Melanie Winter

Mag. Andrea Mader
Senatsrätin

Ergeht an:

1. Präsidium des Nationalrates
2. alle Ämter der Landesregierungen
3. Verbindungsstelle der Bundesländer
4. MA 63
(zur Zl. MA 63 - 8396/2011)
mit dem Ersuchen um Weiterleitung an die einbezogenen Dienststellen

