



Per Email: v@bka.gv.at

Bundeskanzleramt

Ballhausplatz 2

1014 Wien

Per Email:

begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Präsidium des Nationalrates

Dr. Karl Renner Ring 3

1017 Wien

Bundesrechenzentrum GmbH
1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 4
Telefon: +43 (0)1 711 23

BAWAG PSK-Konto 96.000.007
BLZ 60000

IBAN: AT58 6000 0000 9600 0007
BIC-Code: OPSKATWW

UID-Nr.: ATU41542700
FN: 160573m

Firmenbuchgericht: HG Wien
Sitz der Gesellschaft: Wien

Wien, am 23. September 2011

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

Stellungnahme zur BVergG-Novelle 2011

Sehr geehrte Damen und Herren!

Nachstehend nehmen wir zum mit Schreiben vom 19.07.2011 ausgesendeten Entwurf betreffend die BVergG-Novelle 2011 wie folgt Stellung:

1. Zur Reduzierung der Schwellenwerte im Unterschwellenbereich (§§ 37, 38 Abs 2 und 41 BVergG)

1.1. Nach dem vorliegenden Begutachtungsentwurf sollen die Schwellenwerte der SchwellenwertVO2009 nicht beibehalten, sondern deutlich reduziert werden. Es soll insbesondere der Schwellenwert für die Direktvergabe von EUR 100.000,-- auf EUR 40.000,-- reduziert werden, ebenso sollen die für das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung (§ 37) und für das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (§ 38 Abs 2) vorgesehenen Schwellenwerte für alle Auftragsarten, dh auch für die wesentlich kostenintensiveren Bauaufträge einheitlich auf EUR 60.000,-- reduziert werden. Diese Regelungen werden abgelehnt.

- 1.2. Unsere jahrelange Beschaffungserfahrung hat gezeigt, dass sobald formalisierte Vergabeverfahren durchgeführt werden, Transaktionskosten sowohl auf Auftraggeberseite als auch auf Bieterseite erheblich ansteigen. Dies gilt auch für die Durchführung von Verfahren mit den für den Unterschwellenbereich vorgesehenen Erleichterungen. Die hohen Transaktionskosten führen einerseits dazu, dass sich oft Unternehmen aufgrund des damit verbundenen Aufwandes nicht an diesem Verfahren beteiligen. Andererseits können gerade im Unterschwellenbereich bei der Durchführung von formalisierten Verfahren keine so günstigen Preise erzielt werden, die die dem Auftraggeber entstehenden Kosten wettmachen. Mit anderen Worten: Die Kosten des Beschaffungsvorganges übersteigen die in einem formalen Vergabeverfahren erzielbaren allenfalls günstigeren Preise und der Auftraggeber beschafft teurer als bei einer formfreien Direktvergabe.
- 1.3. Diese Aspekte ersuchen wir dringend zu berücksichtigen und eine Abwägung der Transaktionskosten versus die Transparenzanforderungen vorzunehmen. Vor diesem Hintergrund spricht sich die BRZ GmbH daher jedenfalls für die **Beibehaltung der in der SchwellenwertVO2009 vorgesehenen höheren Subschwellenwerte für den Unterschellenbereich**, insbesondere für die Beibehaltung des für die Direktvergabe vorgesehenen Subschwellenwertes von EUR 100.000,-- aus. Die §§ 37 bis 41 sollen in der bisherigen Fassung iVm den in der SchwellenwertVO2009 vorgesehenen höheren Schwellenwerten bestehen bleiben.

2. Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bei der Beschaffung von geistigen Dienstleistungen (§ 38 Abs 3)

- 2.1. In der vorgeschlagenen Fassung ist eine Verpflichtung zur ex-post-Bekanntmachung in einem Publikationsmedium gemäß § 55 Abs 2 BVergG vorgesehen. Diese **Regelung wird abgelehnt**.
- 2.2. Es ist überschießend, dass eine ex-post-Bekanntmachung zwingend in einem Publikationsmedium gemäß § 55 Abs 2 BVergG soll. Eine Veröffentlichung in einem solchen Publikationsmedium ist für öffentliche Auftraggeber mit erhebliche Kosten und einem nicht unwesentlichen organisatorischen Aufwand verbunden. **Sollte** aus Gründen der Transparenz eine **ex-post-Bekanntmachung als unabdingbar angesehen** werden, so wäre auch **eine Veröffentlichung auf der Homepage des betreffenden, vergebenden Auftraggebers ausreichend** (siehe insbesondere auch die Argumentation in Punkt 3.2).

3. Zu § 41a Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung (§41a)

3.1. Sollte den Argumenten zur Beibehaltung der höheren Subschwellewerte gemäß SchwellenwertVO2009, insbesondere hinsichtlich der Direktvergabe nicht gefolgt werden, so wäre eine Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung grundsätzlich zweckmäßig. Den dazu vorgeschlagenen Regelungen kann jedoch nicht gänzlich zugestimmt werden; vielmehr wären folgende Punkte noch zu berücksichtigen und zu ändern:

3.2. Es ist nicht nachvollziehbar, warum die beabsichtigte Vergabe eines Auftrags mittels Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung in einem **Publikationsmedium gemäß § 55 Abs 2 BVergG** bekannt zu machen ist. Damit ist ein erheblicher finanzieller und organisatorischer Aufwand für den öffentlichen Auftraggeber verbunden. Dies gilt umso mehr, als weder der EuGH noch die Kommission eine Veröffentlichung in einem solchen Publikationsmedium fordern. Vielmehr hält die Kommission in ihrer Mitteilung vom 1.8.2006, 2006/C 179/02, ausdrücklich fest, dass bei Aufträgen, die nicht den Vergaberichtlinien unterliegen „die Wahl des für die Vergabebekanntmachung am besten geeigneten Mediums [...] Sache des jeweiligen Auftraggebers“ ist. Weiters nennt die Kommission in dieser Mitteilung auch ausdrücklich das Internet und die eigenen Websites der Auftraggeber als „angemessene und gängige Veröffentlichungsmedien“. Wenn schon eine ex-ante-Bekanntmachung zu erfolgen hat, sollte diese jedenfalls auf der Homepage des jeweiligen Auftraggebers erfolgen können, was auch nach Ansicht der Kommission ausreichend ist. Jedenfalls überschießend ist eine Regelung, die eine zwingende Veröffentlichung in einem Publikationsmedium gemäß § 55 Abs 2 fordert. **Eine derartige Regelung wird entschieden abgelehnt. Der Auftraggeber sollte jedenfalls die Wahl haben, welches Publikationsmedium er wählt und dabei sollte auch die Veröffentlichung auf der eigenen Homepage zulässig sein.**

3.3. Weiters ist die in § 41a Abs 5 vorgesehene **ex-post-Bekanntmachung überschießend**. Sie wird weder vom EuGH noch von der Kommission gefordert und ist im Unterschwellenbereich bei keinem anderen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vorgesehen. Zudem ist mit einer ex-ante-Bekanntmachung dem Transparenzgebot wohl ausreichend genüge getan. Eine ex-post-Bekanntmachung wäre nur für den Fall, dass die Verpflichtung zur ex-ante-Bekanntmachung entfiel, denkbar und auch diesfalls müsste der Auftraggeber die Wahl des Publikationsmediums einschließlich einer Veröffentlichung auf seiner Homepage haben. Nur für den Fall, dass dieser Argumentation nicht gefolgt werden sollte, müsste eine „ex-post-Bekanntmachung“ jedenfalls eingeschränkt werden. Es sollten

die in § 41a Abs 5 angeführten Informationen nur auf ausdrückliche Anfrage eines an der Direktvergabe mit vorheriger öffentlicher Markterkundung beteiligten Unternehmens erteilt werden. Anderen Unternehmen, die sich nicht durch Beteiligung an dieser Vergabe engagiert haben, kann man wohl schwer ein ernsthaftes Interesse an dem Auftrag und somit an den betreffenden Informationen unterstellen.

3.4. Wesentlich ist, dass eine Vielzahl **ganz erheblicher Aspekte der Direktvergabe nach öffentlicher Markterkundung nicht im Gesetzestext enthalten ist**, sondern **nur in den erläuternden Bemerkungen** angeführt ist. Konkret handelt es sich dabei insbesondere um folgende Punkte:

- dass es nach der Ausschreibung (Information über die zu vergebenden Leistung sowie über den weiteren Verfahrensablauf bei der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung) keine gesondert anfechtbare Entscheidung mehr gibt und dass es insbesondere keine anfechtbare Zuschlagsentscheidung gibt
- dass es im Ermessen des Auftraggebers liegt, wie viele Angebote er einholen möchte und er ohne weitere Begründung auch nur ein Angebot einholen kann
- dass es im freien Ermessen des Auftraggebers liegt, wie er das Verfahren gestaltet
- dass keine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung erfolgen muss (auch für den Fall, dass mehrere Angebote eingeholt werden!)
- dass der Auftraggeber bei der Festlegung der Kriterien ausschließlich an die Grundsätze des § 19 gebunden ist und bewusst auf die Verwendung der Begriffe „Auswahl- und Zuschlagskriterien“ verzichtet wurde, da die diesbezüglichen Regelungen nicht anwendbar sind

Da nach Rechtsprechung insbesondere des VwGH¹ und der Nachprüfungsbehörden² in erster Linie auf das Gesetz und nicht auf die Materialien abzustellen ist, **sollten diese Punkte jedenfalls im Gesetzestext geregelt werden. Nur dadurch wird die Rechtslage eindeutig festgelegt und gegenteilige, nicht den Intentionen des Gesetzgebers entsprechende Interpretationen** durch die Nachprüfungsbehörden **verhindert**.

3.5. Schließlich wird angeregt, die Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung nicht mit einem Schwellenwert von EUR 100.000,-- zu beschränken, sondern vorzusehen, dass dieses **Verfahren im gesamten Unterschwellenbereich frei gewählt** werden kann. Vor dem Hintergrund der mit einem förmlichen

¹ VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091, 0092.

² BVA 10.7.2009, N/0058-BVA/10/2009-25.

Vergabeverfahren verbundenen Transaktionskosten wäre dies jedenfalls wünschenswert.

4. Verwendung des CPV im Unterschwellenbereich (§ 55)

In der vorgeschlagenen Formulierung des § 55 Abs 1 ist vorgesehen, dass auch im Unterschwellenbereich öffentliche Auftraggeber den CPV verwenden müssen und im Ausmaß der zumindest 4 ersten Stellen in der Ausschreibungsbekanntmachung anzugeben haben. Diese Regelung wird als unzweckmäßig und unwirtschaftlich **abgelehnt**, weil sie **Auftraggeber mit unnötigem bürokratischen Aufwand belastet**.

5. Zu den Verfahrenserleichterungen für den Unterschwellenbereich (§§ 70, 125 Abs 5, §126 Abs 1, § 131 Abs 2, § 136 Abs 3)

Die vorgesehenen Verfahrenserleichterungen für den Unterschwellenbereich werden begrüßt und es wird gegen diese kein Einwand erhoben.

6. Zum Diskussionspunkt „Regelungsbedarf falls in der Zuschlagsentscheidung eine längere Stillhaltefrist angegeben ist?“

Im Aussendungsschreiben des BKA wird zur Diskussion gestellt, ob ein Regelungsbedarf für den Fall besteht, dass der Auftraggeber in seiner Zuschlagsentscheidung eine längere als die gesetzliche vorgesehene Stillhaltefrist angibt. Aus unserer Sicht ist hier **kein Regelungsbedarf gegeben**. Insbesondere werden Regelungen abgelehnt, wonach sich damit die Anfechtungsfrist für die Einbringung eines Nachprüfungsantrags verlängert. Derartiges ist nämlich auch hinsichtlich unrichtiger Rechtsmittelbelehrungen in den einschlägigen Verfahrensbestimmungen nicht vorgesehen und ist daher auch im vorliegenden Fall entbehrlich. Dies gilt umso mehr als von Verwaltungsverfahren und Bescheiden, für die das AVG gilt, im Vergleich zum BVergG alle Bürger, insbesondere im Geschäftsleben auch völlige unerfahrene Personen, betroffen sind. Wenn also im AVG vergleichbare Regelungen für falsche Rechtsmittelbelehrungen fehlen, so sind die zur Diskussion gestellten Regelungen betreffend die Stillhaltefrist umso mehr für das BVergG entbehrlich, da sich an Vergabeverfahren nur im Geschäftsverkehr erfahrene Personen beteiligen.

Mit freundlichen Grüßen
Mag. Sabine Koller, MSc e.h.
Abteilungsleiterin Beschaffung und Recht