

Rechtsabteilung



An das  
 Bundeskanzleramt  
 Herrn Mag. Dr. Michael Fruhmann  
 Ballhausplatz 2  
 1014 Wien

Bearbeitet von Mag. Claudius Weingrill  
 GZ

T +43 5 0244 - DW 1263  
 F +43 5 0244 - DW 4719  
 E claudius.weingrill@big.at

per E-Mail: [v@bka.gv.at](mailto:v@bka.gv.at)  
[begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Datum 26.9.2011  
 Seite 1 von 6

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

Sehr geehrter Herr Dr. Fruhmann,

die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. übermittelt zu obigem Entwurf für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011), ihre Stellungnahme. Diese wird unter Einem auch dem Präsidium des Nationalrates übermittelt.

### zu § 37

Die Vereinheitlichung des Auftragswertes auf € 60.000,00 für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge wird abgelehnt.

Naturgemäß ist die potentielle Marktrelevanz bei Bauaufträgen immer erst bei wesentlich höheren Auftragswerten erreicht als bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und wird mit der nunmehrigen Vereinheitlichung das Grundprinzip der auch in der Richtlinie festgehaltenen unterschiedlichen Schwellenwerte durchbrochen und die durch die Richtlinie intendierten Relationen unsachgemäß verschoben. Gerade das nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung ist in der Praxis weit verbreitet, da es insbesondere für kleine Gewerke erforderlich ist, um einerseits den Aufwand eines Vergabeverfahrens zu reduzieren und andererseits Unternehmer einzuladen, die über die erforderliche Qualifikation für den zu vergebenden Auftrag verfügen.

Die Reduktion auf € 60.000,00 und die damit verbundene Gleichschaltung der unterschiedlichen Auftragsarten führt dazu, dass insbesondere bei Auftraggebern, die Bauleistungen einkaufen, es zu der Tatsache kommen wird, dass bis zum nunmehr festgelegten Schwellenwert sowohl das einzelne Baugewerk als auch die dafür im Vorfeld erforderliche Planung, die üblicherweise knapp 10 % der gesamten Bauleistungen beträgt, gleichartig vergeben werden können.

C:\Dokumente und Einstellungen\weicla\Desktop\Stellungnahme\_BVergGNovelle\_2011doc.doc

Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.  
 Hintere Zollamtsstraße 1  
 1031 Wien  
[www.big.at](http://www.big.at)

Handelsgericht Wien  
 Firmenbuchnr.: 34897w  
 DVR: 0737372  
 UID-Nr.: ATU38270401

Bankverbindung: RLB/NÖ Wien  
 BLZ: 32000, Kontonr.: 462.903  
 BIC: RLNWATWW  
 IBAN: AT79320000000462903

**zu § 38 Abs 2 Z 1**

Hierbei wird auf den oben zu § 37 verfassten Text verwiesen.

**zu § 38 Abs 3**

Die neu eingefügte Bestimmung, den nach diesem Absatz vergebenen Auftrag spätestens 20 Tage nach Zuschlagserteilung bekannt zu machen, wird für nicht erforderlich erachtet, da es sich bei Aufträgen, die in dieser Form vergeben werden üblicherweise um Aufträge handelt, die für kleinere, dringlich erforderliche, geistige Dienstleistungen, insbesondere Planungsleistungen, vergeben werden.

In welcher Form das hier offensichtlich angedachte Rechtsschutzinteresse der sonstigen Marktteilnehmer bestehen soll, ist nicht ersichtlich, da den sonstigen Marktteilnehmern schon aufgrund der Wortfolge in Abs. 3 „... mit nur einem Unternehmer ...“ kein Rechtsschutzinteresse zukommt.

**zu § 41**

Grundsätzlich ist anzumerken, dass zu überlegen wäre, den aktuell geltenden Schwellenwert in Höhe von € 100.000,00 für Direktvergabeverfahren zu normieren. Sollten öffentliche Auftraggeber diesen Wert als zu hoch empfinden, bleibt es ihnen unbenommen, interne Regelungen über die Einholung mehrerer Angebote bei Direktvergabe festzulegen.

Dies wird insbesondere durch die neu aufgenommene Regelung in Abs. 3 „...gegebenenfalls eingeholten Angebote...“ unterstützt und wird die nunmehrige Möglichkeit der Einholung von Angeboten ausdrücklich begrüßt.

Zu überlegen wäre auf § 41a gänzlich zu verzichten und um dennoch der Transparenzerwägung weiter Rechnung zu tragen in § 41 die nachträgliche Bekanntmachung des Auftrages ab € 40.000 in dem gem. § 55 Abs 2 festgelegten Publikationsmedium aufzunehmen.

**zu § 41a**

Die Festlegung des Auftragswertes mit € 100.000 entspricht jedenfalls den Gegebenheiten der Praxis.

Etwas verwirrend erscheint die Überschrift des § 41a mit der Wortfolge „...nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“, da es im Gesetz weder eine Definition des Wortes „Markterkundung“ gibt, noch es in der Praxis tatsächlich um die Erkundung eines Marktes geht, sondern vielmehr um die Information der Wirtschaftsteilnehmer, dass der öffentliche Auftraggeber eine Leistung einkaufen will.

Insbesondere zeigen dies auch die erläuternden Bemerkungen zur Gesetzesnovelle, in denen ausdrücklich festgehalten ist, dass ein Verfahren gem. § 41a auch in der Form erfolgen

C:\Dokumente und Einstellungen\weicla\Desktop\Stellungnahme\_BVergGNovelle\_2011doc.doc

Bundessimmobiliengesellschaft m.b.H.  
Hintere Zollamtsstraße 1  
1031 Wien  
www.big.at

Handelsgericht Wien  
Firmenbuchnr.: 34897w  
DVR: 0737372  
UID-Nr.: ATU38270401

Bankverbindung: RLB/NÖ Wien  
BLZ: 32000, Kontonr.: 462.903  
BIC: RLNWATWW  
IBAN: AT793200000000462903

kann, dass es sich nachgebildet um ein offenes Verfahren, mit der Erklärung des Auftraggebers dem Bieter mit dem billigsten Preis den Auftrag zu erteilen, handelt.

Angeregt wird daher § 41a mit der Überschrift „Direktvergabe nach vorheriger Bekanntmachung“ zu bezeichnen.

#### zu § 67 1. Satz

Die Einfügung der Wortfolge „...sowie bei Leistungen mit allgemein auf dem Markt verfügbaren Merkmalen...“ wird begrüßt, da insbesondere in Fällen, in denen der Auftraggeber beispielsweise zur Weiterführung der Baustelle schnell handeln muss, der Einkauf der erforderlichen Leistungen bis dato oft gem. §§ 28 ff erfolgt und nunmehr klargestellt ist, dass bei Verkürzung der Fristen bei Durchführung eines offenen Verfahrens für den öffentlichen Auftraggeber Rechtssicherheit herrscht.

#### zu § 70 Abs 3 2. Satz

Die neue Formulierung stellt für Auftraggeber, die üblicherweise aufgrund der Größe ihrer Projekte die Leistungen zwar zum Großteil im Oberschwellenbereich einkaufen, aber auch innerhalb der 20 % Regelung einen Teil der Vergaben innerhalb der Regelungen des Unterschwellenbereiches tätigen, eine wesentliche Erleichterung dar. Auftragnehmer, die dem öffentlichen Auftraggeber aufgrund seiner Marktkenntnis bekannt sind, erfordern keine Vorlage von Eignungsnachweisen.

#### zu § 83 Abs 3 2. Satz

Zur Klarstellung, wie auch in den erläuternden Bemerkungen vermerkt, wird vorgeschlagen diesen Satz wie folgt zu ändern:

*„Die Bewerber oder Bieter können die erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit ihrer Subunternehmer nach Maßgabe der § 70 Abs 2-4 nachweisen.“*

#### zu § 102 Abs 3 und § 103 Abs 6

Die Reduzierung der erforderlichen Anzahl der Teilnehmer in nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich auf zumindest 3 Teilnehmer sowie im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich auf grundsätzlich 3 Teilnehmer wird als äußerst praxisnah begrüßt, da es bisher, insbesondere bei spezialisierten Leistungen, oftmals gar nicht möglich war, die erforderliche Anzahl von qualifizierten Teilnehmern einzuladen und es daher immer wieder zu dem Problem gekommen ist, die für die Leistung erforderlichen Eignungskriterien, zur Aufrechterhaltung der vom Gesetz geforderten Teilnehmeranzahl, herabzusetzen.

C:\Dokumente und Einstellungen\weicla\Desktop\Stellungnahme\_BVergGNovelle\_2011doc.doc

Bundessimmobiliengesellschaft m.b.H.  
Hintere Zollamtsstraße 1  
1031 Wien  
www.big.at

Handelsgericht Wien  
Firmenbuchnr.: 34897w  
DVR: 0737372  
UID-Nr.: ATU38270401

Bankverbindung: RLB/NÖ Wien  
BLZ: 32000, Kontonr.: 462.903  
BIC: RLNWATWW  
IBAN: AT793200000000462903

**zu § 125 Abs 5 letzter Satz und § 126 Abs 1 letzter Satz**

Die Ausweitung auf den gesamten Unterschwellenbereich ist, insbesondere im Zusammenhang mit der nunmehrigen Möglichkeit bei Bauaufträgen auch Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bis zum europarechtlichen Schwellenwert durchführen zu können, konsequent und widerspiegelt auch die in der Praxis regelmäßig vorkommenden Verhältnisse.

Auch wird in der nunmehrigen Ermessensentscheidung des Auftraggebers keine wettbewerbsverzerrende Gefahr gesehen, da jeder Auftraggeber schon allein aus dem Grundsatz sich spätere Probleme bei Ausführung der Leistungen zu ersparen, gut beraten ist, Aufklärungen, die über ein geringfügiges Maß hinausgehen schriftlich einzufordern und sie so zur Vertragsgrundlage des späteren Zuschlags zu machen.

**zu § 153**

Die vorgeschlagene Änderung ist nicht nachvollziehbar, da gerade das Grundwesen des offenen Wettbewerbs darin besteht, dass zwar eine unbegrenzte Anzahl von Teilnehmern eine Wettbewerbsarbeit abgeben können, der Auftraggeber jedoch schon im Vorhinein festzulegen hat, ob er mit dem Gewinner oder mehreren Gewinnern in das nachfolgende Verhandlungsverfahren eintritt.

Die Verpflichtung der Eignung kann daher nur jenen oder jene Wettbewerbsteilnehmer treffen, die vom Auftraggeber zu Verhandlungen eingeladen werden.

Es ist für den Auftraggeber im Vorfeld eines üblicherweise durchgeführten anonymen Wettbewerbes gar nicht möglich etwaige Eignungen zu prüfen und im Nachhinein auch nicht sinnvoll, da ohnehin zumeist nur mit dem Gewinner des Wettbewerbes das Verhandlungsverfahren geführt wird.

Sollte sich nunmehr in diesem Verhandlungsverfahren herausstellen, dass der von der Jury des Wettbewerbes ausgewählte Gewinner im Sinne des Bundesvergabegesetzes nicht geeignet ist, muss es dem Auftraggeber weiterhin offen stehen, zur Rettung des von der Jury des Wettbewerbes ausgewählten Projektes, die Möglichkeit zu haben, dem Gewinner des Wettbewerbes aufzutragen, sich nach der erforderlichen Eignung beispielsweise durch Bildung einer Arbeitsgemeinschaft oder Zuziehung von Subunternehmern umzusehen.

**zu § 337**

Im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C-314/09 ist es erforderlich, dass der Gesetzgeber festlegt, was unter der „hinreichenden Qualifikation“ eines Verstoßes zu verstehen ist.

In der Zusammenschau der nationalen Gesetze und der dazu ergangenen nationalen Rechtsprechung kann an die „hinreichende Qualifikation“ nur ein objektiver Maßstab angelegt werden.

Die Festlegung durch den Gesetzgeber ist insbesondere zur Schaffung von Rechtssicherheit notwendig, da es insbesondere verfassungsrechtlich bedenklich erscheint, dass die Interpre-

C:\Dokumente und Einstellungen\weicla\Desktop\Stellungnahme\_BVergGNovelle\_2011doc.doc

Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.  
Hintere Zollamtsstraße 1  
1031 Wien  
www.big.at

Handelsgericht Wien  
Firmenbuchnr.: 34897w  
DVR: 0737372  
UID-Nr.: ATU38270401

Bankverbindung: RLB/NÖ Wien  
BLZ: 32000, Kontonr.: 462.903  
BIC: RLNWATWW  
IBAN: AT79320000000462903

tation der „hinreichenden Qualifikation“ durch eine Behörde die erst- und letztinstanzlich entscheidet, entwickelt wird.

Auch das außerordentliche Rechtsmittel der Anrufung des Verwaltungsgerichtshofes hilft in diesem Zusammenhang wenig, da sich üblicherweise die ordentlichen Zivilgerichte mit dieser Rechtsthematik beschäftigen.

Die Interpretation ist aber für ein etwaig nachfolgendes Verfahren vor den ordentlichen Zivilgerichten in einheitlicher Form notwendig, um öffentliche Auftraggeber nicht über Jahre, eventuell erst bis zu einer Entscheidung des OGH, in Rechtsunsicherheit zu belassen.

Systemerhaltend wäre es daher die Entscheidung zur Feststellung der „hinreichenden Qualifikation“ bei den ordentlichen Zivilgerichten zu belassen.

### zu § 344 Abs 1

Die Erhöhung der Strafdrohung „von bis zu € 15.000“ auf „bis zu € 50.000“ ist einerseits verfassungsrechtlich bedenklich und wurden diese Bedenken vom Gesetzgeber in den erläuternden Bemerkungen zu § 327 Mutwillensstrafen im Ersttext des Bundesvergabegesetzes 2006 selbst in dieser Form festgehalten.

Andererseits fehlt es auch an jeglicher sachlicher Rechtfertigung, den bisher bestehenden Strafraumen um mehr als das Dreifache zu erhöhen und dies unabhängig davon, ob die Strafe den öffentlichen Auftraggeber oder betroffene Unternehmer sanktioniert.

### Zur Frage gesetzlicher Regelungen im Zusammenhang mit der in der Zuschlagsentscheidung genannten Stillhaltefrist:

Eine Regelung hierzu ist nicht erforderlich.

Die Rechtsprechung hat gesichert, klar und eindeutig den Unterschied zwischen „Stillhaltefrist“ und „Anfechtungsfrist“ in unzähligen Erkenntnissen festgehalten und hat sich dieses Problem eigentlich von selbst erledigt, da es unmittelbar mit der Einführungsphase der Änderungen der Fristen verbunden war.

Bei der Stillhaltefrist handelt es sich eben um eine reine Wissensklärung des Auftraggebers, die jederzeit gegenüber sämtlichen Bietern geändert werden kann.

Sich mit den Regelungen des Bundesvergabegesetzes eingehend vertraut zu machen, ist selbstverständlich nicht nur eine Verpflichtung des Auftraggebers, sondern auch aller Unternehmer, die in ihrer unternehmerischen Verantwortung an einem Vergabeverfahren teilnehmen.

Es ist daher unerlässlich, dass sich die Unternehmer auch im Rechtsschutzbereich mit den im Gesetz festgelegten Fristen vertraut machen und kann es nicht Aufgabe des Auftraggebers sein, die Unternehmer im Zuge eines Vergabeverfahrens darüber aufzuklären.

C:\Dokumente und Einstellungen\weicla\Desktop\Stellungnahme\_BVergGNovelle\_2011.doc.doc

Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.  
Hintere Zollamtsstraße 1  
1031 Wien  
www.big.at

Handelsgericht Wien  
Firmenbuchnr.: 34897w  
DVR: 0737372  
UID-Nr.: ATU38270401

Bankverbindung: RLB/NÖ Wien  
BLZ: 32000, Kontonr.: 462.903  
BIC: RLNWATWW  
IBAN: AT79320000000462903

**Unterscheidung zwischen dem klassischen Bereich und dem Sektorenbereich:**

Es wird angeregt, jedenfalls im Unterschwellenbereich gleichartige Regelungen im Bundesvergabegesetz zu treffen, da nach wie vor nicht ersichtlich ist, worin beispielsweise bei Einkauf einer Bauleistung die unterschiedlichen Schwellenwerte begründet sind. Der klassische Bereich sollte daher an die Regelungen des Sektorenbereichs insgesamt angepasst werden.

**Problemstellung Insolvenz des aus einem Vergabeverfahren hervorgegangenen Auftragnehmers:**

Eines der größten Probleme im Bereich der Bauleistungen stellt die Insolvenz des Auftragnehmers, insbesondere im häufigen Fall der Nicht-Weiterführung des Auftrages durch den Masseverwalter, und die darauffolgende Suche nach einem neuen Auftragnehmers dar. Üblicherweise wird in der Praxis, um damit verbundene Kosten und Terminverzögerungen zu verhindern, auf einen oder mehrere Bieter des ursprünglichen Vergabeverfahrens zurückgegriffen und ein Verhandlungsverfahren, zumeist ohne vorherige Bekanntmachung, durchgeführt.

Um hier die dennoch in vielen Diskussionen angesprochene Rechtsunsicherheit zu diesem Thema auszuschließen, wäre es wünschenswert, im Bundesvergabegesetz eine Regelung zu treffen, die es dem Auftraggeber ermöglicht, relativ formlos mit den anderen Bietern des ehemaligen Vergabeverfahrens in Verhandlungen zu treten.

Mit freundlichen Grüßen

**Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.**



Mag. Claudius Weingrill  
stv. Leiter Rechtsabteilung

C:\Dokumente und Einstellungen\weicla\Desktop\Stellungnahme\_BVergGNovelle\_2011doc.doc

Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.  
Hintere Zollamtsstraße 1  
1031 Wien  
www.big.at

Handelsgericht Wien  
Firmenbuchnr.: 34897w  
DVR: 0737372  
UID-Nr.: ATU38270401

Bankverbindung: RLB/NÖ Wien  
BLZ: 32000, Kontonr.: 462.903  
BIC: RLNWATWW  
IBAN: AT79320000000462903