

LAND
OBERÖSTERREICH

Amt der Oö. Landesregierung
4021 Linz • Landhausplatz 1

Geschäftszeichen:
Verf-300205/497-2011-Stw

An das

Bundeskanzleramt
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Bearbeiter: Mag. Martin Steinwendner, LL.M.
Tel: (+43 732) 77 20-111 65
Fax: (+43 732) 77 20-21 17 13
E-Mail: verfd.post@ooe.gv.at

www.land-oberoesterreich.gv.at

Linz, 22. September 2011

Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird; Entwurf - Stellungnahme

(Zu GZ BKA-600.883/0040-V/8/2011 vom 19. Juli 2011)

Sehr geehrte Damen und Herren!

Das Amt der Oö. Landesregierung teilt zum vorliegenden Entwurf Folgendes mit:

Zu § 2 Z 16 lit. a sublit. oo:

In dieser Bestimmung werden die gesondert anfechtbaren Entscheidungen im Zusammenhang mit der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung normiert. Dazu wird zu bedenken gegeben, ob für diese Bestimmung nicht mit der Anfechtbarkeit der Wahl des Verfahrens das Auslangen gefunden werden könnte. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auf die Formulierung des § 25 Abs. 11, welche - ebenso wie § 25 Abs. 10 - betreffend die Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung von einem formfreien Bezug der Leistung spricht. Aus diesem Grund wäre es nur konsequent, ebenso wie bei der "klassischen" Direktvergabe lediglich die Wahl des Verfahrens der Möglichkeit eines Nachprüfungsantrags zu unterziehen und ansonsten auf einen Feststellungsantrag zu verweisen. Dem Rechtsschutzgedanken würde dieses nach unserem Dafürhalten nicht zuwiderlaufen.

Gleichzeitig wird darauf hingewiesen, dass der Begriff "Verfahrensablauf" in dieser Bestimmung (ebenso wie im § 41a Abs. 3) unglücklich gewählt erscheint, gemeint ist wohl eher die weitere Abwicklung des Vergabeverfahrens. Noch deutlicher wird dies im § 41a Abs. 3 Z 3, wo die Kriterien gemäß Abs. 4 als weiterer Verfahrensablauf bezeichnet werden; diese Bezeichnung ist irreführend.

Zu §§ 37 und 38:

Generell ist zu diesen Bestimmungen anzumerken, dass eine Herabsetzung der Schwellenwerte ganz allgemein im Widerspruch zu einer Vereinfachung der Vergabeverfahren steht. Den im

DVR.0069264

Begutachtungsentwurf enthaltenen punktuellen Erleichterungen im Unterschwellenbereich stehen durch die Veränderung der Schwellenwerte derart gravierende Erschwernisse gegenüber, dass in der Gesamtschau von einer echten Vereinfachung kaum mehr gesprochen werden kann.

Auch wenn klar ist, dass die durch die Schwellenwerteverordnung 2009 befristet erhöhten Schwellenwerte nicht unverändert auf Dauer Bestand haben konnten, so ist doch zu hinterfragen, weshalb die Schwellenwerte nicht wieder auf das Niveau vor Inkrafttreten dieser temporären Maßnahme gesenkt werden. Die im Begutachtungsentwurf genannten Schwellenwerte gehen weit unter das ursprüngliche Niveau des BVergG 2006 zurück; im Bereich der Bauaufträge (derzeit § 37 Z 1 BVergG 2006) erfolgt sogar eine Halbierung des ursprünglichen Schwellenwertes von 120.000 Euro. Auf die gravierende Differenz zwischen dem derzeit geltenden Schwellenwert von 1 Million Euro und dem geplanten Wert von 60.000 Euro wird in diesem Zusammenhang überdies hingewiesen. Dass eine derart drastische Senkung der Schwellenwerte unionsrechtlich zwingend geboten sei, kann nicht behauptet werden; so liegt beispielsweise in Deutschland der Schwellenwert für Tief-, Verkehrswege- und Ingenieurbau für nicht offene Verfahren bei 150.000 Euro. Es wird daher angeregt, dass die Schwellenwerte der geplanten Novelle jedenfalls nicht unter das Niveau vor der krisenbedingten Aufstockung durch die Schwellenwerteverordnung sinken sollen.

Bei der Festlegung neuer Schwellenwerte sollte überdies berücksichtigt werden, dass jene Werte, die vor der Schwellenwerteverordnung 2009 in Kraft standen, bereits schon über längere Zeit Gültigkeit besaßen; aus diesem Grund wird angeregt, über eine Indexierung dieser Werte nachzudenken und etwa eine Direktvergabe bis zu 60.000 Euro zuzulassen. Auf Grund der Vergleichbarkeit des geplanten neuen Verfahrens der Direktvergabe mit öffentlicher Markterkundung mit dem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung erschiene überdies eine Gleichstellung der Schwellenwerte mit 100.000 Euro sinnvoll.

Überdies wird vorgeschlagen, die im Begutachtungsentwurf vorgenommene Gleichstellung der Schwellenwerte von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mit jenen von Bauaufträgen zu überdenken, da dadurch in der Praxis eine massive Ungleichbehandlung von Bauaufträgen entsteht. Handelt es sich nämlich bei einem Dienstleistungsauftrag in der Höhe von 60.000 Euro bereits um ein beträchtliches Auftragsvolumen, so ist der gleiche Wert für einen Bauauftrag als eher bescheiden einzustufen. Die bislang bewährte Unterscheidung der Werthöhen von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie Bauaufträgen sollte daher beibehalten werden.

Weiters ist zu bedenken, dass die generelle Absenkung der Schwellenwerte das nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und das Verhandlungsverfahren nur noch in einem sehr kleinen Segment praktikabel machen wird, was in der Praxis zu einer starken Reduktion der Anwendung dieser Verfahren führen wird.

Zu § 38 Abs. 3:

Zu der neu eingeführten Pflicht der Bekanntgabe des Auftrages über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer binnen 20 Tagen nach Zuschlagserteilung wird angemerkt, dass dies keineswegs zur

Verwaltungsvereinfachung beiträgt. Dadurch wird nämlich das bislang weitgehend formlose Verfahren deutlich formaler, überdies erscheint die Frist als zu knapp gewählt.

Zu § 41:

Durch die vorgeschlagene Formulierung wird die Aufzählung der für die Direktvergabe geltenden Bestimmungen unter anderem durch die Nennung von § 19 Abs. 2 bis 4 ergänzt. Die Sinnhaftigkeit der Anwendung dieser Bestimmungen ist jedoch gerade bei der Direktvergabe in der Praxis in Zweifel zu ziehen; insbesondere die Geltung des Abs. 3 (Verbot der gebietsmäßigen Beschränkung) scheint angesichts der Tatsache, dass dieses Verfahren als weitgehend formfrei konzipiert wurde, verzichtbar.

Zu § 41a:

Grundsätzlich ist anzumerken, dass die Intention, durch die Einführung eines vereinfachten Verfahrens einen Ausgleich für die Anhebung der Schwellenwerte im Unterschwellenbereich zu treffen, begrüßt wird. Allerdings müssen gleichzeitig Zweifel darüber geäußert werden, ob die geplante "Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung" in der geplanten Form tatsächlich in der Lage ist, die schwerwiegenden Folgen einer Schwellenwerteerhöhung auszugleichen.

Kritisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere zu sehen, dass durch diese neue Form der Direktvergabe de facto ein zweistufiges Verfahren entsteht, welches in einem gewissen Widerspruch zur Grundkonzeption einer Direktvergabe steht. Es wird daher bezweifelt, ob ohne die Schnelligkeit und Formfreiheit einer Direktvergabe dieses neue Instrument mit seiner verpflichtenden Markterkundung, der zwingenden Kriterienfestlegung und der neuerlichen Bekanntmachung des Zuschlagsempfängers tatsächlich einen tauglichen Ersatz für die nun verunmöglichten Direktvergaben darstellen kann. Nach derzeitigem Stand ist nicht zu erwarten, dass die Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung eine Arbeitserleichterung darstellt, insbesondere weil die Formalitäten für die Durchführung der Verhandlungen sowie die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen regelmäßig mit einem gewissen Verwaltungsaufwand verbunden sind. Insbesondere für durchschnittlich große Gemeinden würde dieses Verfahren sehr wohl einen erheblichen Mehraufwand bedeuten.

Gleichzeitig ist auf Grund dieses Verfahrens aus unserer Sicht mit einem Anstieg der Rechtschutzverfahren und damit einer höheren Belastung der Unabhängigen Verwaltungssenate zu rechnen, wie auch die Erläuterungen zum Begutachtungsentwurf darlegen. Aus diesem Grund ist es jedoch für den Auftraggeber jedenfalls ratsam, eine ausreichende Dokumentation über die Durchführung dieses Verfahrens zu führen, womit gleichzeitig im Bereich der Dokumentation die gewollte Erleichterung durch die Einführung dieses Verfahrens hinfällig wird.

Unbeschadet der Skepsis, ob dieses Verfahren tatsächlich zu einer echten Vereinfachung des Unterschwellenbereiches führt, werden folgende Änderungen angeregt:

- Aus den Erläuterungen zu § 41 Abs. 4 geht hervor, dass eine strikte Trennung zwischen unternehmensbezogenen und angebotsbezogenen Kriterien nicht erforderlich ist; weiters

führen die Erläuterungen aus, dass der Auftraggeber dem billigsten Angebot den Zuschlag erteilen kann. Daraus ergibt sich, dass es auch zulässig ist, den Preis als einziges Kriterium festzulegen; dies steht jedoch wiederum in Widerspruch mit dem Wortlaut des Abs. 4, welcher die Mehrzahl verwendet, und von "Kriterien" spricht. Um Missverständnisse und Interpretationsprobleme zu vermeiden, wäre hier eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut wünschenswert.

- Da es nach den Erläuterungen zulässig sein soll, im Bereich der Direktvergabe nach vorheriger Markterkundung auch nur ein Angebot einzuholen, stellt sich die Frage, ob die Bekanntgabe des gesamten in § 41a Abs. 3 und 4 festgelegten Mindestinhalts wirklich erforderlich ist.
- Zu den Bekanntmachungspflichten im Zuge einer erfolgten Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung wird festgehalten, dass die im Abs. 5 normierte Frist von 20 Tagen als überaus knapp zu bezeichnen ist, wenn - wie etwa in Oberösterreich der Fall - das Publikationsmedium nur 14-tägig erscheint und bei der Veröffentlichung überdies ein Redaktionsschluss zu beachten ist.

Die erforderlichen Inhalte der Bekanntmachung durch den Auftraggeber scheinen weiters überschießend zu sein, da es nicht einmal beim viel stärker formalisierten offenen Verfahren vorgesehen ist, dass der Name des erfolgreichen Bieters samt Vergabesumme einer breiten Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. In einem solchen Verfahren werden diese Informationen lediglich den im Verfahren verbliebenen Bietern bekannt gegeben; überdies existieren im offenen Verfahren sogar Ausnahmen (etwa wenn öffentliche Interessen oder berechtigte Geschäftsinteressen von Unternehmen einer Bekanntmachung entgegenstehen), während eine solche Regelung im § 41a nicht zu finden ist.

Es wird weiters darauf hingewiesen, dass auf Grund der nicht vorgesehenen Bekanntmachung eines Widerrufs die Unternehmer sehr lange darüber im Ungewissen bleiben, ob eine Zuschlagserteilung noch aussteht oder nicht. Da die §§ 138 ff gemäß § 41a Abs. 1 des Entwurfs nicht zur Anwendung kommen sollen, wird angeregt, diesbezüglich eine Sonderregelung vorzusehen.

- In den Erläuterungen zu § 41a muss es auf Seite 10, 4. Absatz im Klammerausdruck richtig heißen "§ 2 Z 16 lit. a sublit. gg".

Zu § 55 Abs. 1:

Die zwingende Verwendung des CPV im Unterschwellenbereich stellt für die vergebenden Stellen einen erheblichen zusätzlichen Arbeitsaufwand dar, ist somit eine unnötige Bürokratisierung und steht dem grundsätzlichen vereinfachenden Charakter dieser Novelle entgegen. Überdies zeigt die Praxis, dass den für diese Aufträge in Frage kommenden Unternehmen der CPV weitgehend unbekannt ist.

Zu §§ 52 und 55 Abs. 2:

Der verpflichtenden Einführung eines elektronischen Publikationsmediums wird grundsätzlich zugestimmt, allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Einrichtung eines solchen Mediums dort, wo ein solches noch nicht existiert, umfangreicher Implementationsarbeiten bedarf. Aus diesem Grund ist es jedenfalls erforderlich, in den Übergangs- und Inkrafttretensbestimmungen dafür Sorge zu tragen, dass den Landesregierungen ausreichend Zeit verbleibt, um ein solches elektronisches Publikationsmedium einzurichten.

Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auch darauf, dass die Erläuterungen zu § 55 insofern von jenen zu § 52 abweichen, dass in letzteren die Rede davon ist, dass die Landesregierungen "jedenfalls ein (einziges) zusätzliches Publikationsmedium" festzulegen haben, während zu § 55 die Rede davon ist, dass die Landesregierungen "jedenfalls ein elektronisches Publikationsmedium" festlegen müssen. Diese unterschiedlichen Formulierungen sind - in Verbindung mit dem Wortlaut des Gesetzes - geeignet, Interpretationsschwierigkeiten hervorzurufen, da nicht endgültig klar ist, ob das geplante elektronische Publikationsmedium nun tatsächlich das einzige Publikationsmedium für Bekanntmachungen im Vergabebereich sein soll, oder ob dieses zusätzlich zu allfällig weiterhin bestehenden gedruckten Publikationsorganen bestehen soll. Die zitierten Formulierungen lassen beide Schlüsse zu, eine Klarstellung wird daher angeregt.

Zu § 69:

Auch wenn in den Erläuterungen zutreffend dargestellt wird, dass durch die Erwähnung des Wortes "grundsätzlich" beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung keine entsprechende Änderung erforderlich ist, so wird dennoch aus Gründen der besseren Verständlichkeit des Gesetzestextes angeregt, auch Z 3 zu novellieren und eine Klarstellung vorzunehmen.

Zu §§ 102 Abs. 3 und 103 Abs. 6:

Die beabsichtigte Herabsetzung der Mindestanzahl der vom Auftraggeber aufzufordernden Unternehmer im nicht offenen Verfahren mit oder ohne vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich von derzeit fünf auf drei wird positiv beurteilt. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang jedoch darauf, dass im § 102 Abs. 3 zweiter Satz wohl der erste Halbsatz zu entfallen hat, da im Oberschwellenbereich ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nicht vorgesehen ist.

Die Formulierung von § 102 Abs. 3 vorletzter Satz erscheint durch die komplizierte Struktur des Satzes (Grundsatz - Ausnahme - Gegenausnahme) verbesserungsfähig; eine deutlichere Darstellung des Regelungsinhalts wäre wünschenswert.

Zu §§ 125 und 126:

Der Entfall der verbindlichen schriftlichen Aufklärung im Zuge der vertieften Angebotsprüfung beziehungsweise bei Mangelhaftigkeit der Angebote wird nicht unkritisch gesehen, da dies die

Überprüfung durch die Kontrollbehörde wesentlich erschwert. Insbesondere im Hinblick auf die Judikatur des VwGH (VwGH 22.6.2011, 2007/04/0076) ist ein erheblich erhöhter Verfahrensaufwand im Nachprüfungsverfahren zu erwarten, da die Nachprüfungsbehörden selbst eine eingehende Preisprüfung der Angebote durchführen müssen. Die Intention einer Entbürokratisierung des Unterschwellenbereiches wird sehr wohl begrüßt, allerdings wäre eine Regelung wie die vorgesehene nach unserem Dafürhalten lediglich im Bagatellbereich bis 120.000 Euro gerechtfertigt. Darüber hinausgehend - vor allem angesichts des *Schwellenwertes* von 5 Millionen Euro Bauaufträgen - ist eine derartige Vereinfachung aus rechtsstaatlichen Überlegungen unserer Ansicht nicht gerechtfertigt.

Zu § 131 Abs. 2 Z 2:

Die Beseitigung der Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung in den Verfahren ohne Bekanntmachung stellt wohl keine echte Erleichterung dar, da diese Verpflichtung in der Praxis nur wenig relevant ist. In der Vergabepaxis ist es üblich, den Zuschlagsempfänger den Bietern zu kommunizieren.

Zu § 337:

Im Abs. 2 der zitierten Bestimmung müsste es heißen "... übergangene Bewerber oder Bieter **auch** bei einer Einhaltung dieser Bestimmungen ...".

Zu § 345:

In der Regelungsanordnung müsste es "Abs. 15" statt "16" heißen.

Zu der Übergangsbestimmung gemäß § 345 Abs. 15 Z 2 zweiter Satz wird angemerkt, dass auch für die Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern eine entsprechende Übergangsbestimmung erforderlich ist.

Mit freundlichen Grüßen!

Für die Oö. Landesregierung:

Dr. Eduard Pesendorfer

Landesamtsdirektor

Ergeht abschriftlich an:

1. alle Ämter der Landesregierungen
2. die Verbindungsstelle der Bundesländer
3. die Mitglieder der Oö. Landesregierung
4. die Direktion Finanzen
5. die Abteilung Gebäude- und Beschaffungs-Management

Hinweis:

Wenn Sie mit uns schriftlich in Verbindung treten wollen, richten Sie Ihr Schreiben bitte an das Amt der Oö. Landesregierung, Direktion Verfassungsdienst, Landhausplatz 1, 4021 Linz, und führen Sie das Geschäftszeichen dieses Schreibens an.