

BKA Verfassungsdienst
Herrn Dr. Michael Fruhmann
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Wiedner Hauptstrasse 63 | Postfach 195
1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-243
E rp@wko.at
W <http://wko.at/rp>

per e-mail:
va8@bka.gv.at
michael.fruhmann@bka.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
BKA-600.883/0008-V/8/2012	1459/12/Mi/CG Dr. Annemarie Mille	4291	13.03.2011

**Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich
Verordnung der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des
Bundesvergabeamtes (BVA-GebVO 2012)**

Sehr geehrter Herr Dr. Fruhmann,

die Wirtschaftskammer Österreich dankt für die Übermittlung des Entwurfes für die Verordnung der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes (BVA-GebVO 2012) und erlaubt sich, dazu nachfolgende Stellungnahme abzugeben.

Allgemeine Bemerkungen:

In den Erläuterungen wird angeführt, dass das Gebührensystem durch eine Reduktion der Anzahl der Gebührensätze vereinfacht werden soll. Dieser Ansatz einer Vereinfachung der Gebührenregelung wird von der österreichischen Wirtschaft grundsätzlich begrüßt.

Wenn die Mehrzahl der Gebührensätze „moderat erhöht“ werden soll und eine Staffelung der Gebührensätze für besonders große Aufträge erfolgen soll, erscheint es jedoch befremdlich, wenn eine „Quantifizierung der Mehreinnahmen“ nicht möglich sein dürfte. Wenn relativ einfache betriebswirtschaftliche Auswirkungen einer Gebührenerhöhung nicht darstellbar sind, ist die Notwendigkeit der entsprechenden Gebührenerhöhungen im Grundsatz zu hinterfragen.

Im Vorblatt zu den Erläuterungen wird von einer „moderaten“ Erhöhung der Mehrzahl der Gebühren gesprochen.

Die Erhöhung einzelner Gebührensätze um über 50% (Direktvergaben, VVoB Li/DL USB, nicht offenes VoB Bau USB) bzw. über 30% (VVoB geistige DL USB, nicht offenes VoB Li/DL USB) können keineswegs als „moderat“ bezeichnet werden und sind für uns nicht nachvollziehbar.

Bei der Direktvergabe scheint das Argument, dass der Erhöhung der Schwellenwerte durch die BVergG Novelle 2012 Rechnung getragen wird, unpassend, da die Schwellenwerte bei den Direktvergaben lediglich um 25% gegenüber dem BVergG 2006 erhöht wurden. Beim VVoB (Li/DL und Bau) sowie beim nicht offenen VoB (Li/DL) ändern sich die Schwellenwerte nicht, dennoch werden Gebührenerhöhungen von 30 - 50% vorgeschlagen. Diese werden von uns entschieden abgelehnt.

Die vorgeschlagene Gebührenregelung wird abgelehnt, da

- der Zugang der Unternehmer zum Vergaberechtsschutz mit angemessenen Mitteln erschwert wird,
- dadurch die Verwaltungskosten neuerlich steigen und
- die Gebühren ohnedies erst im September 2011 angepasst wurden.

Besondere Bemerkungen:

zu § 1 Gebührensätze

Die geplanten Gebührenerhöhungen betragen zwischen +15% und +68%! Diese Gebührenerhöhung wird den bisher schon in vielen Fällen prohibitiven Charakter der Rechtsschutzgebühren noch weiter verstärken.

Für den Baubereich ein praktisches Beispiel: Bei einer Auftragsvergabe mit einem geschätzten Auftragswert von € 150.000,- kämpft ein KMU um den Auftrag. Bei einer erwarteten Umsatzrendite von 3% kann bei optimalem Verlauf mit einem Gewinn von € 4.500,- gerechnet werden. Mit der neuen Gebührenregelung sind genau diese € 4.500,- als Gebühren an das BVA zu entrichten, also für den Rechtsschutz in der ersten Instanz exklusive der notwendigen Aufwendungen für eine rechtsanwaltliche Vertretung. Dies bei naturgemäß unsicherem Ausgang des Verfahrens, also ohne Gewissheit den Auftrag zu erhalten. Dazu kommt hier, dass das BVA keine Aufträge „zuspricht“, ein Bieter also selbst nach einem erfolgreichen Vergabeverfahren den Auftrag deswegen noch nicht erhält.

Das Beispiel erklärt den geringen Anteil an Verfahren vor dem BVA aus dem Unterschwellenbereich und warum der vergaberechtliche Rechtsschutz aus betriebswirtschaftlichen Überlegungen in vielen Fällen nicht in Anspruch genommen wird.

Dies bestätigt auch ein Blick auf die Fallzahlen des Bundesvergabebeamtes (laut Tätigkeitsbericht 2009 132 Fälle pro Jahr, davon 34 im Unterschwellenbereich bei einem gesamten Auftragsvolumen in Österreich von ca. € 1,5 Mrd.).

Dabei ist in dem Beispiel schon von einem im Vergabeverfahren Zweitplatzierten die Rede, der um einen konkreten Auftrag kämpft. Noch anschaulicher wird das Beispiel, wenn sich das KMU gegen vergaberechtswidrige Ausschreibungsunterlagen zur Wehr setzen will. In diesem Fall hätte es € 1.125,- zu entrichten, ohne die Sicherheit, den Auftrag überhaupt zu erhalten und von den allfälligen Verbesserungen der Vertragsbedingungen zu profitieren. Dies erklärt wiederum, warum der vergaberechtliche Rechtsschutz im Hinblick auf die Nachprüfung der Ausschreibungsunterlagen in der Praxis trotz hier sachlich gerechtfertigterweise reduzierter Gebühren nicht funktioniert.

Da die Pauschalgebühren schon jetzt den Zugang zum vergaberechtlichen Rechtsschutz in vielen Fällen verunmöglichen, ist eine deutliche Erhöhung dieser Gebühren wie nun vorgesehen vehement abzulehnen.

Die Erhöhung der Pauschalgebühr für Direktvergaben wurde von € 219 auf € 350 (um 59,8 %) erhöht und erscheint nur durch die Einbeziehung der „direkten Zuschlagserteilung“ in dieser Höhe überhaupt zu rechtfertigen.

Absolut überhöht erscheint jedenfalls die Gebühr für das neu eingeführte Verfahren Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb. Die Erläuterungen enthalten keine Begründung dafür, warum die Gebührensätze für dieses Verfahren nicht gleich wie für die Direktvergabe festgesetzt wurden, sondern nur, dass aufgrund der unterschiedlichen Schwellenwerte bei Bau- bzw. Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterschiedlich hohe Gebührensätze Platz greifen sollen. Generell scheint uns die Orientierung an den Schwellenwerten für die Schätzung des zu erzielenden Nutzens schwierig. Die bloße Antragstellung garantiert dem Antragsteller keineswegs, dass dieser bei einer möglichen Neuausschreibung zum Zuge kommt. Dementsprechend kann der Nutzen im Vorfeld nicht ermittelt werden.

Es wird vorgeschlagen, die Gebührensätze für alle Direktvergaben einheitlich mit € 350 festzusetzen. Erst nach einer Evaluierung des neuen Vergabeverfahrens, sollte eine Erhöhung vorgesehen werden, wenn dies durch die Evaluierung bestätigt wird.

Für den Fall, dass dieser Vorschlag nicht umgesetzt werden sollte, fordern wir zumindest, eine Limitierung beim Verfahren „Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb“ bei Bauaufträgen maximal in Höhe des Doppelten der Direktvergabe (€ 700).

Dies erscheint auch für Bauaufträge gem. § 37 Z.1 BVergG 2006 (Reduzierung von € 1.000,- auf € 700,-) sachgerecht, obgleich die neuen Gebühren in den Verfahren ohne Bekanntmachung im Vergleich zu den alten Sätzen massive Erhöhungen bewirken. Eine Mittelwertbildung wäre bei einer Zusammenführung (Vereinfachung) der Gebührensätze die sachgerechteste Lösung.

Die Gebühren für sonstige Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge im USB und OSB sollen laut den Erläuterungen leicht erhöht und gerundet worden sein. Eine leichte Erhöhung samt Rundung müsste folgende Sätze ergeben: Sonstige Bauaufträge im USB € 2.800,-; Bauaufträge im OSB € 5.600,-; Liefer und Dienstleistungsaufträge im OSB € 1.800,-;

zu § 2 Erhöhte Gebührensätze

Die erhöhten Gebühren (§ 2) werden generell abgelehnt.

Zusätzlich zu den vorgesehenen Gebührenerhöhungen sieht diese neue bisher nicht in der Verordnung enthaltene Bestimmung vor, dass ein höherer Auftragswert gleichsam „automatisch“ auch die Gebührenhöhe durch Multiplikation ansteigen lässt. Für Bauaufträge wird damit eine maximale Gebühr vor dem BVA für den Rechtsschutz in erster Instanz (inkl. Einstweiliger Verfügung) in Höhe von € 225.000,- vorgesehen.

Bei einem - in den wie erwähnt gut 100 Fällen insgesamt - erzielten gesamten Gebührenaufkommen im BVA von € 341.707,- im Jahr 2009 liegt der Verdacht nahe, dass hier das BVA auf Kosten der Wirtschaft massive Gewinne erwirtschaften will. Jedenfalls kann eine Gebührenerhöhung in diesem Ausmaß in Anbetracht der vorliegenden Zahlen aus dem Tätigkeitsbericht des

BVA nichts mit einem Aufwandsersatz für das Vergaberechtsschutzverfahren zu tun haben. Argumentiert wird die Erhöhung aber gerade mit den gesetzlichen Vorgaben, wonach die Gebühren nach dem bewirkten Verwaltungsaufwand und dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen festzulegen sind.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass der Verwaltungsaufwand keineswegs automatisch mit dem Auftragswert ansteigt. Dies sieht offenbar auch der Gesetzgeber so, der die Entscheidungsfristen für Vergaberechtsschutzverfahren nicht nach Auftragswert differenziert. Für ein Vergabeverfahren über € 1.000,- gelten dieselben Entscheidungsfristen wie beispielsweise für ein Verfahren über € 1 Mrd. Würde der Gesetzgeber davon ausgehen, dass „größere“ Verfahren aufwändiger wären, dann hätte er wohl auch deutlich längere Fristen zur Verfahrenserledigung vorgesehen. Die Erläuterungen zum § 326, der eine 6-Wochen-Frist festlegt, stellen demgemäß auch fest: *„Da die zu lösenden Sach- und Rechtsfragen sich im Oberschwellen- und Unterschwellenbereich kaum unterscheiden, wird aus praktischen Gründen die Frist mit sechs Wochen festgesetzt.“* Hier wird also explizit vom Gesetzgeber selbst festgehalten, dass der Auftragswert gerade keine Auswirkung auf den Aufwand des Vergaberechtsschutzes hat.

Auch die Praxis des Vergaberechtsschutzes bestätigt, dass die Komplexität eines Falles und der damit verbundene Verwaltungsaufwand nicht mit dem Auftragswert korrelieren. Die gesetzliche vorgesehene Entscheidungsfrist im Hauptverfahren wird vom BVA - unabhängig vom Auftragswert - in der großen Mehrzahl der Fälle auch eingehalten. Kommt es dennoch zu einem längeren Verfahren, so zeigt die Statistik als häufigsten Grund die Bestellung eines Sachverständigen, der im Übrigen von den Verfahrensparteien zu bezahlen ist. Der dadurch erhöhte Aufwand wird also ohnehin auch bisher schon von der Wirtschaft getragen.

In der großen Mehrzahl der Fälle erfolgt die Bescheidausfertigung nach maximal einer mündlichen Verhandlung, die maximal einen Arbeitstag dauert, in aller Regel aber deutlich kürzer ist. Laut Tätigkeitsbericht des BVA für das Jahr 2009 wurden den Beisitzern insgesamt Aufwandsentschädigungen in Höhe von € 37.100,- ausgezahlt. Das bedeutet einen Stundenaufwand von insgesamt 742 Verhandlungsstunden. Damit kommen auf ein Verfahren im Schnitt 2,8 Verhandlungsstunden. In seltenen Ausnahmefällen findet im Verfahren ein zweiter Verhandlungstag statt, was dem Durchschnitt entsprechend den Aufwand für andere Verfahren senkt.

Der dem BVA tatsächlich entstehende Aufwand berechnet sich für einen vollen Verhandlungstag aus den Kosten für die räumliche und EDV-Infrastruktur sowie aus dem Aufwand für eine Schreibkraft und den Senatsvorsitzenden, wobei es sich durchwegs um so genannte „Sowiesokosten“ handelt, da Personal und Infrastruktur unabhängig von der anfallenden Fallzahl „vorgehalten“ werden müssen. Echte durch das Verfahren entstehende Kosten sind damit die durch die Tätigkeit der Beisitzer anfallenden Aufwandsentschädigungen von durchschnittlich € 281,- pro Verfahren.

Der Verwaltungsaufwand des BVA hat mit dem Auftragswert des Vergaberechtsschutzverfahrens also rein gar nichts zu tun. Würde man die Kosten des BVA tatsächlich senken wollen bzw. dieses „kostendeckend“ betreiben wollen, dann müsste man der Logik der Betriebswirtschaft der öffentlichen Verwaltung zufolge die Gebühren nicht erhöhen, sondern ganz massiv senken!

Auch das zweite Argument der geplanten Erhöhung, nämlich dass dem Bieter bei einem höheren Auftragswert ein größerer „Nutzen“ entstehen würde, kann nicht überzeugen. Der Nutzen eines Unternehmers kann wohl nur der aus einem (letztlich erfolgreich abgewickelten) Auftrag erzielte Gewinn sein. Der Logik der geplanten Verordnung zufolge erzielt der Bieter einen Nutzen, weil er seine gesetzmäßigen Rechte auf ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren durchsetzt

und daraus einen Auftrag erhält und einen Gewinn erwirtschaften kann, den er auch erwirtschaftet hätte, wenn er bei schon ursprünglich vergaberechtskonformer Auftragsvergabe den Auftrag erhalten hätte. Vielmehr entsteht diesem Bieter ein Schaden, wenn er den Auftrag vergaberechtswidrig nicht erhält bzw. ein - nach der geplanten Verordnung mittlerweile ganz erheblicher - Aufwand, um den ihm zustehenden Vergaberechtsschutz durchsetzen zu können.

Zusammenfassend bedeutet eine automatische Erhöhung der Gebühren mit dem Auftragswert eine unsachliche Festlegung und erhebliche Erhöhung der Gebühren, die zu vom Gesetzgeber nicht intendierten Gewinnen aus dem Rechtsschutz auf Kosten der Wirtschaft führen würden, in keinem Verhältnis zum bewirkten Verwaltungsaufwand und dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen steht und daher von der Wirtschaftskammer Österreich massiv abgelehnt wird.

zu § 3 Reduzierte Gebührensätze

Die derzeitige Verordnung sieht für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen eine Reduktion auf 25% der Gebühr gem. § 1 vor. Bisher sind daher (exkl. EV) € 1.297,- zu entrichten, wenn man die Ausschreibungsunterlagen bekämpfen will.

Der Entwurf zur neuen Verordnung erhöht diese „Basissätze“ auf z.B. € 6.000,- für Bauaufträge im Oberschwellenbereich. Hier wäre daher in Zukunft für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen eine Gebühr von (exkl. EV) € 1.500,- zu entrichten.

Der geplante § 3 verknüpft aber diese Reduktion nicht nur mit dem „Basissatz“, sondern auch mit den erhöhten Gebühren in § 2. Bei einem Bauauftrag von über € 250 Mio. würde in Zukunft die Gebühr für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen damit (exkl. EV) 25% von € 150.000,-, also € 37.500,- betragen.

Der Rechtsschutz in diesem Bereich wäre damit für alle Aufträge, die erhöhte Gebühren auslösen, mit Sicherheit nicht mehr gegeben. Die Gebühren wären in diesem Bereich schlicht und einfach prohibitiv, die Zusatzeinnahmen für die Republik damit auch mit Sicherheit nicht gegeben, da kein Unternehmen vor Ende der Angebotsfrist ca. € 60.000,- Gebühren (inkl. EV) bezahlt und darüber hinaus noch seinen Auftraggeber verärgert, um Ausschreibungsunterlagen überprüfen zu lassen: dies mit ungewissem Ausgang und ohne Sicherheit, den Auftrag überhaupt zu erhalten bzw. mit der Gefahr, den späteren Vertrag für seinen Konkurrenten, der den Zuschlag schließlich erhält, zu verbessern.

Die aus unserer Sicht einzige sachgerechte Lösung ist folgende Änderung des § 3:

„Die vom Antragsteller für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zu entrichtende Pauschalgebühr beträgt 25vH gemäß der in § 1 festgesetzten Gebühr.“

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Vorschläge.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Claudia Rosenmayr-Klemenz
Abteilungsleiterin-Stv.