

Bundesministerium für
Verfassung, Reformen,
Deregulierung und Justiz
Museumstraße 7
1070 Wien

per E-Mail: abt.v4a@bmvrdj.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. 13/1 18/80

BMVRDJ-600.883/0029-V 4/a/2018

VO der Bundesregierung betreffend die Pauschalgebühr für die Inanspruchnahme des Bundesverwaltungsgerichtes in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 – BVwG-PauschGebV Vergabe 2018)

Referent: Prof. Dr. Michael Breitenfeld, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Die ÖRAK erkennt die Notwendigkeit an, die BVwG-PauschGebV zu reformieren. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass unter dem Aspekt des erleichterten Zugangs für Klein- und Mittelunternehmen an Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018), die Pauschalgebühren für den ebenfalls erforderlichen Rechtsschutz zu hoch bemessen sind.

In Anbetracht der von der Europäischen Union publizierten Vergaberichtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU, wurde das Vergaberecht auf eine neue rechtliche Basis gestellt und stellen diese klar, dass die Teilnahme insbesondere kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) an öffentlichen Vergabeverfahren erleichtert werden soll.

Infolgedessen fand ein neuer Vergabegrundsatz Eingang ins BVergG 2018, nach dem die Konzeption und Durchführung eines Vergabeverfahrens nach Möglichkeit so erfolgen soll, dass KMU ungehindert am Vergabeverfahren teilnehmen können (§ 20 Abs 8 BVergG 2018).



Mit Blick auf die europäische Rechtsmittel-Richtlinie kann eine solche Zielvorgabe nicht mit Verfahrensbeteiligung enden. Vielmehr umfasst diese Vorgabe auch den (darüber hinausgehenden) vergaberechtlichen Rechtsschutz für KMU.

Zur Gebührenerhöhung gemäß § 1 BVwG-PauschGebV

Nach den Erläuterungen zur BVwG-PauschGebV bleiben die bisherigen Bestimmungen unverändert und es wurden entsprechend dem Verbraucherpreisindex Betragserhöhungen durchgeführt bzw im Einzelfall geringfügig erhöht.

Die Erhöhung der Pauschalgebühren begnügt sich in den meisten Fällen mit 5,26% bis 5,59%. Für Direktvergaben wurde jedoch eine Erhöhung von insgesamt 13,64% (!) vorgenommen, die keinesfalls einer Verbraucherpreisindexanpassung entspricht, noch als „geringfügig“ bezeichnet werden kann. Dieser dramatische Umstand wird den bisher schon in vielen Fällen prohibitiven Charakter der Rechtsschutzgebühren noch weiter verstärken.

Die Praxis zeigt, dass die Gebühren für den Rechtsschutz in der ersten Instanz exklusive der notwendigen Aufwendungen für eine rechtsanwaltliche Vertretung von großer Bedeutung sind, ob der vergaberechtliche Rechtsschutz überhaupt beschränkt wird. Der naturgemäß unsichere Ausgang eines Rechtsschutzverfahrens erklärt in diesem Zusammenhang den geringen Anteil an Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht aus dem Unterschwellenbereich und warum der vergaberechtliche Rechtsschutz aus betriebswirtschaftlichen Überlegungen in vielen Fällen nicht in Anspruch genommen wird.

Um diesen Missstand zu beseitigen und eine Mehrbelastung für Rechtssuchende zu vermeiden, schlagen wir vor, die Pauschalgebühren zu reduzieren, anstatt sie in ungeeigneter Weise zu erhöhen.

Zu den erhöhten Gebühren gemäß § 2 BVwG PauschalGebV

Ebenfalls werden weiterhin die erhöhten Gebührensätze gemäß § 2 BVwG-PauschGebV grundsätzlich abgelehnt.

Nach den Erläuterungen führen einheitliche Gebührensätze im Oberschwellenbereich bei sehr großen Aufträgen zu einem Missverhältnis zwischen geschätztem Auftragswert und Gebührenhöhe:

Vor dem Hintergrund des § 340 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 seien Pauschalgebühren nach objektiven Merkmalen dem Verhältnis des durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwandes zu dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen festzulegen. Es wurde angenommen, dass bei einem Bauauftrag mit einem geschätzten Auftragswert von über 100 Mio Euro aufgrund der Komplexität des Verfahrens der Verfahrensaufwand entsprechend hoch sei und jedenfalls davon auszugehen sei, dass der potenziell zu erzielende Nutzen für den Antragsteller mit der Größe des Auftrags steigt und somit eine Differenzierung sachlich schwer zu rechtfertigen sei.

Dem ist zu entgegnen, dass der Verwaltungsaufwand keineswegs automatisch mit dem Auftragswert korreliert. Selbst im neu gefassten BVergG 2018 wurde eine Differenzierung nach dem Auftragswert innerhalb des Oberschwellenbereichs explizit verzichtet:

So hält § 340 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 explizit fest, dass die Gebührensätze entsprechend dem „*Verhältnis des durch den Antrag Verfahrensaufwandes zu dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen festzusetzen [sind]. Die Gebührensätze sind nach objektiven Merkmalen abzustufen. Als objektive Merkmale sind insbesondere der Auftragsgegenstand, die Art des durchgeführten Verfahrens, die Tatsache, ob es sich um Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung oder um sonstige gesondert anfechtbare Entscheidungen bzw ob es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich handelt, heranzuziehen.*“

Als objektives Merkmal gilt insbesondere die Unterscheidung zwischen Ober- und Unterschwellenbereich, nicht hingegen die Differenzierung nach dem Auftragswert im Oberschwellenbereich. Es zeigt sich somit, dass allein der Auftragswert nicht die Komplexität eines Vergabeverfahrens widerspiegelt und somit eine Differenzierung nach diesem Kriterium gerade nicht vom Gesetzgeber gewollt wurde.

Dass die Komplexität des Vergabeverfahrens nicht anhand des Auftragswerts gemessen werden kann, zeigt sich ebenfalls bei Fristen im Vergaberechtsschutzverfahren:

Nach den Erläuterungen zum § 343 BVergG 2018 wurde das bisherige System unterschiedlicher Anfechtungsfristen zwischen Unter- und Oberschwellenbereich aufgegeben und stattdessen einheitlich Anfechtungsfristen normiert.

Für ein Vergabeverfahren von 1.000,- Euro gelten dieselben Anfechtungsfristen wie beispielsweise für ein Verfahren über 1 Mrd Euro. Dies bestätigt, dass ein größerer Auftragswert nicht automatisch einen größeren Verfahrensaufwand bedeutet, da ansonsten deutlich längere Fristen zugeordnet worden wären.

Wir ersuchen um eine entsprechende Berücksichtigung unserer Stellungnahme.

Wien, am 6. Juni 2018

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG



Dr. Rupert Wolff
Präsident

