

An den  
Magistrat der Landeshauptstadt Linz  
Abteilung Vergabemanagement  
z. Hd. Frau Mag. KLIBA

per E-Mail:  
[vergabemanagement@pra.mag.linz.at](mailto:vergabemanagement@pra.mag.linz.at)

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

**Betrifft:** Auftragswertschätzung und Los-/Gewerkeregulung im Unterschwellenbereich bei Bauaufträgen; Beurteilung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst

Betreffend die Vergabe von Klein- und Kleinstlosen bei Bauaufträgen im Unterschwellenbereich vertritt das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst folgende Auffassung:

Das Bundesvergabegesetz 2002, BGBl. I Nr. 99/2002, (idF: BVergG) regelt in § 16 die anwendbaren Bestimmungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Oberschwellenbereich. Dabei ist in Übereinstimmung mit den europäischen Vergaberichtlinien in § 16 Abs. 6 BVergG vorgesehen, dass der Auftraggeber bei der Vergabe von Losen eines Bauwerkes, Lose im Ausmaß von 20% des kumulierten Wertes aller Lose, deren Einzelwert eine Million Euro nicht übersteigt, auswählen kann und nach den Bestimmungen für den Unterschwellenbereich vergeben darf. Als Lose im Sinne dieser Bestimmung sind auch gewerbliche Tätigkeiten im Sinne des Anhanges I des BVergG (Gewerke) zu verstehen (vgl. § 13 Abs. 1 BVergG).

Wie sich aus den Erläuterungen zum BVergG ergibt (vgl. AB 1118 BlgNR, 21. GP, 20), soll diese Regelung dem Auftraggeber vor allem ermöglichen, jene Lose, für die das Regime des Oberschwellenbereichs zur Anwendung kommen soll, vorab festzulegen und jene (oft sehr kleinen) Aufträge, die im Vorhinein nicht immer feststehen, nach den Bestimmungen des Unterschwellenbereiches zu vergeben.

Die Regelung dient nach Auffassung des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst erkennbar dazu, insbesondere die Vergabe von Kleinstlosen, in einem Verfahren abzuwickeln, das im Hinblick auf seinen administrativen und wirtschaftlichen Aufwand in

einem angemessenen Verhältnis zum Wert und zur Bedeutung des jeweiligen Loses steht. Gegebenenfalls können einzelne Lose bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen auch im Wege der Direktvergabe vergeben werden.

§ 17 BVergG regelt die anwendbaren Bestimmungen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Unterschwellenbereich. Er enthält jedoch keine § 16 Abs. 6 BVergG entsprechende Regelung für die Vergabe von Kleinlosen. Hinzuweisen ist ferner darauf, dass die Regelungen für die Wahl der Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich (vgl. dazu die §§ 26ff BVergG) eindeutig auf „Aufträge“ und „Auftragswerte“ (nicht aber etwa auch auf Lose bzw. Loswerte) abstellen. Eine rein am Wortlaut orientierte Auslegung des Gesetzes würde daher im Unterschwellenbereich insbesondere in jenen Fällen, in denen die einschlägigen Schwellenwerte des § 26 BVergG überschritten werden, zu dem Ergebnis führen, dass einzelne Kleinstlose - die bei einem Verfahren im Oberschwellenbereich unter Anwendung des § 16 Abs. 6 BVergG direkt vergeben werden könnten - im offenen oder nicht offenen Verfahren zu vergeben wären. Die Regelungen des Unterschwellenbereiches wären – falls man dieser Auslegung des Gesetzes folgen würde – diesbezüglich strenger und weniger flexibel als jene des Oberschwellenbereiches.

Nach Ansicht des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst steht ein derartiges Auslegungsergebnis aber in einem offenkundigen Widerspruch zu den Intentionen des Gesetzes. Die Erläuterungen zum BVergG (vgl. AB 1118 BlgNR, 21. GP) halten fest, dass im Ober- und Unterschwellenbereich grundsätzlich ein möglichst homogenes Regelungswerk gelten werden soll. Im Unterschwellenbereich sollten in jenen Bereichen Vereinfachungen verankert werden - und somit den Auftraggebern eine größere Flexibilität zugestanden werden -, in denen die Einhaltung der europarechtlichen Vorgaben für den Oberschwellenbereich unangemessen wäre. Die Regelungen des Unterschwellenbereiches sollten nach den Intentionen des Gesetzgebers den öffentlichen Auftraggebern aber jedenfalls jenes Mindestmaß an Flexibilität gewährleisten, das diesen auch im Oberschwellenbereich zur Verfügung steht. Keinesfalls sollten jedoch die Regelungen des Unterschwellenbereiches strenger gestaltet werden als (allenfalls existierende) Parallelregelungen des Oberschwellenbereiches.

Weiters sprechen auch die Bestimmungen über die Wahl des Vergabeverfahrens (vgl. § 24 ff BVergG) dafür, dass den Auftraggebern das jeweils in Bezug auf die Vergabe eines konkreten Auftrages angemessene Verfahren zur Verfügung stehen soll, das am besten geeignet ist (nicht zuletzt nach Kriterien der administrativen und wirtschaftlichen Effizienz), mögliche Vertragspartner zu identifizieren.

Im Gegenzug lassen sich weder aus dem Gesetz selber noch aus den Erläuterungen Anhaltspunkte dafür gewinnen, dass der Gesetzgeber beabsichtigt hat, in der Frage der Vergabe von Losen im Unterschwellenbereich, die ansonsten vorhandene Flexibilität einzuschränken.

Vor diesem Hintergrund geht das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst davon aus, dass das Fehlen einer dem § 16 Abs. 6 BVergG entsprechenden Regelung für den Unterschwellenbereich eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte, systemwidrige Lücke darstellt, die aus den angeführten systematischen und teleologischen Überlegungen im Wege der Analogie geschlossen werden kann (vgl. dazu allgemein *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1982), 473ff mwN).

Daraus folgt, dass im Wege der Analogie die Kriterien des § 16 Abs. 6 BVergG für Losvergaben auch im Unterschwellenbereich herangezogen werden können. Somit haben Auftraggeber auch im Unterschwellenbereich die Möglichkeit, bei Bauwerken, die aus mehreren Losen bestehen, Lose im Ausmaß von 20% des kumulierten Wertes aller Lose, deren Einzelwert eine Million Euro nicht übersteigt (diese Losgröße ist auch im Unterschwellenbereich denkbar aufgrund der Schwellenwerteverordnung 2005, BGBl. II Nr. 56/2005) auszuwählen und nach den für den Unterschwellenbereich jeweils einschlägigen Bestimmungen zu vergeben. Dabei ist freilich zu berücksichtigen, dass auch in dieser Konstellation der in § 13 Abs. 2 BVergG statuierte Grundsatz zu beachten ist, dass durch die Aufteilung eines Bauauftrages oder eines Baukonzessionsvertrages nicht die Anwendung der Vorschriften des BVergG für den Oberschwellenbereich umgegangen werden darf.

Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst ersucht die Verspätung der Stellungnahme zu entschuldigen.

18. April 2005  
Für den Bundeskanzler:  
Michael FRUHMANN

**Elektronisch gefertigt**