

Antwort bitte unter Anführung der GZ an die Abteilungsmail

An
das Präsidium des Nationalrates
den Rechnungshof
den Verfassungsgerichtshof
den Verwaltungsgerichtshof
alle Bundesministerien,
alle Sektionen des Bundeskanzleramtes,
alle Ämter der Landesregierungen,
die Verbindungsstelle der österreichischen Bundesländer beim Amt der
niederösterreichischen Landesregierung
den Österreichischen Gemeindebund
den Österreichischen Städtebund
das Präsidium der Finanzprokurator
die Österreichische Bundesforste AG
die Österreichischen Bundesbahnen
das Bundesvergabeamt
zu Handen Herrn Dr. SACHS
alle unabhängigen Verwaltungssenate
die Wirtschaftskammer Österreich
zu Handen Frau Dr. MILLE
die Bundesarbeitskammer
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs
die Bundesbeschaffungs Ges.m.b.H.
die Bundesrechenzentrum Ges.m.b.H.
die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.
die Österreichische Vereinigung für das Gas- und Wasserfach

Betrifft: Rundschreiben betreffend die Vergabe von Aufträgen über
Beratungsdienstleistungen

1. Allgemeines

Der Rechnungshof hat in einem Wahrnehmungsbericht (vgl. Reihe Bund 2004/02, Zl. 860.024/002-E1/04) die Vergabepaxis einiger Bundesministerien bei der Vergabe von Beratungsdienstleistungen analysiert.

Der Rechnungshofbericht wurde der Europäischen Kommission im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens zur Kenntnis gebracht. Die Kommission hat daraufhin ein Auskunftersuchen an die Republik Österreich gerichtet, die betroffenen Vergabeverfahren sowie die einschlägige österreichische Rechtslage näher zu erläutern. Für die Kommission ist von wesentlichem Interesse, dass bei der Vergabe von Beratungsleistungen im Oberschwellenbereich die einschlägigen Vorschriften der gemeinschaftlichen Vergaberichtlinien beachtet werden und insbesondere im Unterschwellenbereich das **Transparenz- und Nichtdiskriminierungsgebot** eingehalten wird.

2. Die Vorgaben des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl I Nr. 17:

2.1. Die Qualifikation von „Beratungsdienstleistungen“

Externe Beratungsleistungen sind im Regelfall als prioritäre Dienstleistungen der Kategorie 11 („Unternehmensberatung und verbundene Tätigkeiten“) gemäß Anhang III des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006) zu klassifizieren, die in den Klassen 865 und 866 der CPC-Nomenklatur beschrieben werden. Gemäß den Erläuterungen zur (provisorischen) CPC werden davon folgende Leistungen umfasst:

- In der **Klasse 865** („Management consulting services“) die Codes:

86501 - General management consulting services

Advisory, guidance and operational assistance services concerning business policy and strategy and the overall planning, structuring and control of an organization. More specifically, general management consulting assignments may deal with one or a combination of the following: policy formulation, determination of the organizational structure (decision-making system) that will most effectively meet the objectives of the organization, legal organization,

strategic business plans, defining a management information system, development of management reports and controls, business turnaround plans, management audits, development of profit improvement programs and other matters which are of particular interest to the higher management of an organization.

86502 - Financial management consulting services (except business tax)

Advisory, guidance and operational assistance services concerning decision areas which are financial in nature, such as working capital and liquidity management, determination of an appropriate capital structure, analysis of capital investment proposals, development of accounting systems and budgetary controls, business valuations prior to mergers and/or acquisitions, etc., but excluding advisory services on short term portfolio management which are normally offered by financial intermediaries.

86503 - Marketing management consulting services

Advisory, guidance and operational assistance services concerning the marketing strategy and marketing operation of an organization. Marketing consulting assignments may deal with one or a combination of the following: analysis and formulation of a marketing strategy, formulation of customer service and pricing policies, sales management and staff training, organization of distribution channels (sell to wholesalers or directly to retailers, direct mail, franchise, etc.), organization of the distribution process, package design and other matters related to the marketing strategy and operations of an organization.

86504 - Human resources management consulting services

Advisory, guidance and operational assistance services concerning the human resources management of an organization. Human resources consulting assignments may deal with one or a combination of the following: audit of the personnel function, development of a human resource policy, human resource planning, recruitment procedures, motivation and remuneration strategies, human resource development, labour-management relations, absenteeism control, performance appraisal and other matters related to the personnel management function of an organization.

86505 - Production management consulting services

Advisory, guidance and operational assistance services concerning methods for improving productivity, reducing production costs and improving the quality of production. Production consulting assignments may deal with one or a

combination of the following: effective utilization of materials in the production process, inventory management and control, quality control standards, time and motion studies, job and work methods, performance standards, safety standards, office management, planning and design and other matters related to production management, but excluding advisory services and design for plant layout and industrial processes which are normally offered by consulting engineering establishments.

86506 - Public relations services

Advisory, guidance and operational assistance services concerning methods to improve the image and relations of an organization or individual with the general public, government, voters, shareholders and others.

86509 - Other management consulting services.

Advisory, guidance and operational assistance services concerning other matters. These services include industrial development consulting services, tourism development consulting services, etc.

- In der **Klasse 866** („Services related to management consulting“) die Codes:

86601 - Project management services other than for construction

Coordination and supervision services of resources in preparing, running and completing a project on behalf of the client. Project management services can involve budgeting, accounting and cost control, procurement, planning of timescales and other operating conditions, coordination of subcontractors' work, inspection and quality control, etc. These services consist only of management services; operating staff services are excluded.

Exclusions: Construction project management services are classified in class 8671 (Architectural services), 8672 (Engineering services) and, for turnkey projects, 8673 (Integrated engineering services).

86602 - Arbitration and conciliation services

ausgenommen vom Anwendungsbereich gemäß § 10 Z 10 bzw. § 175 Z 8 BVerG 2006

86609 - Other management services n.e.c.

Management services, not elsewhere classified.

Unter Beratungsleistungen fallen auch Rechtsberatungsleistungen. Diese können Rechtsberatungsleistungen im Sinne der Kategorie 21 (Klasse 861 der CPC-Nomenklatur) des Anhanges IV zum BVergG 2006 sein. Darunter fallen jene Dienstleistungen, die der berufsmäßigen Parteienvertretung durch Rechtsanwälte (vgl. § 8 Abs. 2 RAO, RGBI. Nr. 96/1868 idgF) bzw. Notare (vgl. § 1 NO, RGBI Nr. 75/1871 idgF) vorbehalten sind (insbesondere daher die Wahrnehmung von Parteienrechten iVm Gerichtsverfahren; näher dazu *Fruhmann in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002, § 6, Rz. 250 f). Diesbezüglich handelt es sich um nicht prioritäre Dienstleistungen, die in einem vereinfachten Regime nach dem BVergG 2006 vergeben werden können (vgl. §§ 141 und 280 BVergG). Andere Beratungsleistungen auf juristischem Gebiet sind als prioritäre Dienstleistungen der Kategorie 8 („Forschung und Entwicklung“) gemäß Anhang III zu klassifizieren (vgl. dazu insb. Code 85203 „Research and experimental development services on law“).

2.2. Wahl des Vergabeverfahrens

Die folgenden Ausführungen betreffend die Vorgangsweise bei der Vergabe von Beratungsdienstleistungen beschränken sich allein auf die rechtlichen Vorgaben für die Vergabe von prioritären Beratungsleistungen (die Paragrafenzitate beziehen sich aus Gründen der Übersichtlichkeit allein auf den sog. „klassischen“ Bereich; die Aussagen gelten jedoch vice versa auch für den Sektorenbereich).

Nach Ansicht der Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst (vgl. auch die Ansicht des Rechnungshofes im oben zitierten Wahrnehmungsbericht, S 10) werden Beratungsleistungen im Regelfall Leistungen sein, deren vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um die Leistung im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben zu können (vgl. § 30 Abs. 1 Z 3 BVergG). Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst weist aber ausdrücklich darauf hin, dass das Vorliegen dieser Voraussetzung stets im Einzelfall zu prüfen ist (so schon 1118 BlgNR XXI. GP und nunmehr auch 1171 BlgNR XXII.GP) und es a priori nicht ausgeschlossen ist, dass Beratungsleistungen durchaus so beschreibbar sind, dass sie im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben werden können. Sofern Beratungsleistungen jedoch nicht hinreichend beschreibbar sein sollten, werden sie als geistige Dienstleistungen zu qualifizieren sein (ausführlich dazu *Aicher*, Die Vergabe geistig-schöpferischer Dienstleistungen, in: *Griller/Holoubek*, Grundfragen des Bundesvergabegesetzes 2002

(2004), 203 ff). Nach der Definition gemäß § 2 Z 18 BVergG 2006 (vgl. zu „geistigen“ bzw. „geistig-schöpferischen“ Dienstleistungen ausführlich *Schramm/Öhler* in: *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, aaO, § 20 Z 17, Rz 6 ff) ist eine Dienstleistung dann als „geistige“ Dienstleistung zu qualifizieren, wenn die folgenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- für die Dienstleistung ist ihrer Art nach zwar eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung möglich, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung, und
- die mehrfache Erbringung der Leistung führt nicht zwingend zum gleichen Ergebnis, weil der wesentliche Leistungsinhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht.

Eine wichtige Konsequenz, die sich aus der Qualifikation einer Leistung als geistige Dienstleistung ergibt, ist die grundsätzliche Berechtigung bzw. Verpflichtung von Auftraggebern, diese Leistungen in einem **Verhandlungsverfahren** (in der Regel nach vorheriger Bekanntmachung; siehe dazu näher unten bzw. Pkt. 3) zu vergeben, da typischer Weise vertragliche Spezifikationen nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes in Übereinstimmung mit den Vorschriften über ein offenes oder nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung zu vergeben (vgl. § 30 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006; näher dazu *Aicher*, aaO, 224). Erst durch Verhandlungen kann die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet werden (vgl. dazu die Erläuterungen zu § 25 BVergG 2002, AB 1118 BlgNR XXI. GP, und ebenso den Ausschussbericht zum BVergG 2006, 1245 BlgNR XXII. GP, sowie die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes, das ebenfalls von einer Pflicht zur Wahl des Verhandlungsverfahrens bei der Vergabe geistiger Leistungen ausgeht, z.B. BVA 20.4.2002, N-136/01-41). Davon unberührt bleibt die Möglichkeit, Beratungsdienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. im Wege der Direktvergabe zu vergeben, sofern die gesetzlichen Voraussetzungen dafür erfüllt sind (vgl. dazu § 38 Abs. 2 Z 2 und Abs. 3 sowie § 41 Abs. 2 BVergG 2006).

3. Die zu beachtende Transparenzverpflichtung

Die Möglichkeit, bei der Vergabe von Beratungsleistungen auf das Verhandlungsverfahren zurückzugreifen, entbindet die Auftraggeber allerdings nicht von der Verpflichtung, das jeweils erforderliche Ausmaß an Transparenz einzuhalten. Im Oberschwellenbereich haben die Auftraggeber dabei den Bekanntmachungspflichten gemäß den §§ 46ff bzw. 207ff BVergG zu entsprechen. Von der vorherigen Bekanntmachung kann nur dann abgesehen werden, wenn ein einschlägiger (eng auszulegender – vgl. z.B. EuGH, Rs C-385/02, *Kommission/Italien*) Ausnahmetatbestand im Sinne des BVergG (siehe etwa § 30 Abs. 2 Z 4 und 5) vorliegt.

Für Vergaben im Unterschwellenbereich ist das gemäß § 19 Abs. 1 BVergG zu beachtende Grundprinzip der Nichtdiskriminierung und das daraus erfließende Grundprinzip der „Transparenz“ zu beachten (so etwa EuGH Rs C-57/01, *Makedoniko Metro*, Slg 2003, I-1091). Wie der EuGH im Urteil vom 18. November 1999 in der Rs C-275/98, *Unitron Scandinavia und 3-S*, Slg. 1999, I-8291, Rz 31, festgehalten hat, schließt das Diskriminierungsverbot insbesondere eine Verpflichtung zur Transparenz ein, damit festgestellt werden kann, ob es beachtet worden ist: *„Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den Dienstleistungsmarkt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.“* (so Rs C-324/98, *Telaustria*, Slg 2000, I-10745, Rz 60; ebenso Rs C-470/99, *Universale Bau u.a. gegen EBS*, Slg 2002, I-11617 Rz 91f; Rs C-92/00, *HI Hospital*, Slg 2002, I-5553, Rz 45; EuGH 13.10.2005 Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 50). Daher ist allen interessierten potentiellen Bietern die Möglichkeit zu gewähren, sich um einen Auftrag zu bewerben. In Ermangelung der Einhaltung der Transparenzerfordernisse ist es insbesondere Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten nicht möglich, ihr Interesse am Erhalt eines bestimmten Auftrages zu deponieren, wodurch eine verbotene Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit begründet wird. Von dieser jedenfalls bestehenden Verpflichtung zur Transparenz kann nur unter besonderen Umständen, wie etwa bei Aufträgen mit einer „sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung“, Abstand genommen werden (so zuletzt EuGH 21.7.2005 Rs C-231/03, *Coname*, Rz 20).

Daraus folgt, dass auch im Unterschwellenbereich die Vergabe von Beratungsleistungen grundsätzlich – von den sich aus dem BVergG 2006 ergebenden Ausnahmen abgesehen (z.B. bei Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung, Direktvergabe) - gemäß § 55 BVergG vorab angemessen bekannt zu machen ist. Auftraggeber, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, haben daher eine entsprechende Bekanntmachung – gegebenenfalls im zentralen Publikationsorgan - zu veröffentlichen. Für Auftraggeber, die in den Vollziehungsbereich eines Landes fallen, richten sich die Bekanntmachungspflichten nach den jeweils einschlägigen Publikationsverordnungen der Länder.

4. Schlussfolgerungen und angeregte Vorgangsweise

- 4.1. Die teilweise (insbesondere im Unterschwellenbereich beobachtete) Praxis von Auftraggebern, Beratungsunternehmen aus von Interessenvertretungen oder in sonstiger, nicht transparenter Weise erstellten Listen (z.B. Branchenverzeichnissen, Listen von Unternehmen, mit denen „positive Erfahrungen gemacht wurden“) auszuwählen und zur Angebotslegung einzuladen, oder aufgrund von „positiven Erfahrungen“ mit einem bestimmten Auftragnehmer, diesen danach ohne weiteres Verfahren für Folgeaufträge heranzuziehen, entspricht weder den Vorgaben des BVergG noch den gemeinschaftsrechtlichen Erfordernissen.
- 4.2. Das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst vertritt die Auffassung, dass die im Anwendungsbereich des BVergG 2006 statuierten Sonderverfahren für den Unterschwellenbereich (§ 38 Abs. 2 Z 2 und Abs. 3, § 41) mit der jüngsten Judikatur des EuGH zum Transparenzgebot (Rs C-231/03, *Coname*, Rz 20; Rs C-458/03, *Parking Brixen*, Rz 50 s.o. Pkt. 3) im Einklang stehen. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass es allein dem EuGH obliegt, den vom ihm kreierten Begriff der „*sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung*“ eines Auftrages näher zu konkretisieren. Derzeit ist nicht absehbar, welche Auftragswerte vom EuGH jedenfalls als „sehr geringfügig“ qualifiziert werden.

In diesem Sinne geht das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst davon aus, dass – sofern die Beratungsleistung nicht so hinreichend genau beschrieben werden kann, dass sie im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben werden kann - die Vergabe

von Beratungsdienstleistungen sowohl im Oberschwellen- als auch im Unterschwellenbereich grundsätzlich in einem Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung zu erfolgen hat. Vom Erfordernis der vorherigen Bekanntmachung kann nur bei Vorliegen der Sondertatbestände des BVergG (siehe oben) abgesehen werden.

Die Bundesministerien und die Länder werden dringend ersucht, alle Dienststellen und ausgegliederte Einrichtungen im jeweiligen Bereich sowie – im Landesbereich – alle Gemeinden und Städte von diesem Rundschreiben in Kenntnis zu setzen und bei einschlägigen Ausschreibungen die beschriebenen Grundsätze zu beachten. Die Nicht-Beachtung der im Rundschreiben angeregten Vorgangsweise könnte – bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen – Haftungsansprüche bzw. Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich auslösen.

20. März 2006
Für den Bundeskanzler:
Georg LIENBACHER

Elektronisch gefertigt