

An das  
Bundeskanzleramt  
Verfassungsdienst  
Ballhausplatz 2  
1014 Wien

MA/Re

27.02.2007

**Betrifft: Stellungnahme der Arbeitsgruppe Vergaberecht des Österreichischen Wasser- und Abfallwirtschaftsverbandes (ÖWAV) zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006 geändert werden soll – GZ BK – 600.883/0003-V/A/8/2007**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Wasser- und Abfallwirtschaftsverband (ÖWAV) ist ein gemeinnütziger Verein. Er versteht sich als unabhängiger Anwalt für die Erreichung der nachhaltigen Ziele der Wasser-, Abwasser- und Abfallwirtschaft in Österreich und vertritt die Gesamtheit der Wasser- und Abfallwirtschaft in Österreich.

Der ÖWAV bildet eine neutrale und unabhängige Plattform aller fachlichen Kräfte mit hoher Sachkompetenz, die den Interessensausgleich in der österreichischen Wasser-, Abwasser- und Abfallwirtschaft suchen.

**Stellungnahme:**

Der ÖWAV begrüßt die vorgeschlagenen Änderungen zum Bundesvergabegesetz 2006 und darf auf folgende weitere Anpassungserfordernis des BVergG 2006 mit dem Ersuchen um Berücksichtigung verweisen:

**1. Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit**

§ 75 Abs 5 Z 1 BVergG 2006 bestimmt, dass als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Lieferaufträgen eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen gefordert werden kann. In diesem Sinn bestimmen auch § 75 Abs 6 Z 1 bzw § 75 Abs 7 Z 1 BVergG 2006, dass zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Listen der in den letzten fünf

Jahren erbrachten Bauleistungen und bei Dienstleistungen eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen gefordert werden kann.

Diese Einschränkung der Nachweise von Referenzaufträgen auf Referenzen der vergangenen drei Jahre (Dienstleistungs- bzw Lieferaufträge) bzw fünf Jahre (Baufaufträge) hat zur Folge, dass als technisch leistungsfähig nur jene Unternehmer gelten, die in den letzten drei bzw fünf Jahren relevante Aufträge/Leistungen erbracht haben. Dagegen gelten Unternehmer, die in den letzten drei bzw fünf Jahren zu wenige Referenzen/Aufträge erfüllt haben, als nicht bzw zu wenig technisch leistungsfähig, obwohl sie möglicherweise in der Vergangenheit zahlreiche vergleichbare Referenzaufträge erfolgreich abgewickelt haben und in diesem Zusammenhang unstrittig über das diesbezügliche Know How verfügen. Verstärkt wird diese Problematik im Bereich der Planung, Errichtung und Abwicklung von Abwasserreinigungsanlagen, Abfallbehandlungsanlagen und vergleichbaren technisch komplexen Anlagen. Österreich hat in den vergangenen 15 Jahren nahezu alle für die Abwasserreinigung erforderlichen Anlagen errichtet, sodass nunmehr die Referenzen "ausgehen" und nur noch vereinzelt Referenzaufträge zur Vergabe gelangen. Verbunden mit den relativ kurzen Fristen zur Nutzung von Referenzen hat dies eine Benachteiligung der österreichischen Planer bzw Anlagenerrichter bei der Beurteilung ihrer technischen Leistungsfähigkeit zur Folge. Trotz ihrer nachgewiesenen technischen Kompetenz (oftmals auch Vorreiterrolle im Vergleich zu ihren ausländischen Mitbewerbern) können sie heutzutage nur schwer aktuelle Referenzen vorweisen, wohingegen ausländische Mitbewerber, in deren Ländern noch ein Aufholbedarf besteht, leichter derartige Referenzen vorweisen können.

In Kenntnis der einschlägigen Vorschrift der Richtlinie 2004/18/EG schlagen wir folgenden ergänzenden Absatz zu § 75 BVergG 2006 vor:

"(8) Dem Auftraggeber steht es frei, Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) zuzulassen, die älter sind als drei bzw fünf Jahre."

## **2. Fristen Nachprüfungsantrag – Unrichtige Auskünfte Auftraggeber**

Zu § 322 Abs 3 und § 332 BVergG 2006:

Der ÖWAV begrüßt diesen Änderungsvorschlag im Sinne einer größeren Rechtssicherheit. Systematisch vergleichbar mit der unrichtigen Angabe der zuständigen Nachprüfungsbehörde ist auch die unrichtige Angabe der Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung bzw der Stillhaltefrist (§ 131 BVergG 2006). Auch hier sollte – in Anlehnung an § 61 Abs 3 AVG, das Vertrauen der Bieter geschützt werden. Der ÖWAV darf folgende Ergänzungen zum neuen § 322 Abs 3 und § 332 BVergG 2006 vorschlagen:

"Enthalten die Ausschreibungsunterlagen oder die Bekanntmachung eine unrichtige Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde, ist der Antrag auch dann innerhalb der in § 321 BVergG 2006 genannten Frist gestellt, wenn er bei der in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung angegebenen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Enthält die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung eine unrichtige Angabe über die Stillhaltefrist, ist der Antrag auch dann innerhalb der in § 321 genannten Frist gestellt, wenn er innerhalb der von der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung angegebenen Frist gestellt wurde."

"§ 332 Abs 4: "Enthalten die Ausschreibungsunterlagen oder die Bekanntmachung eine unrichtige Angabe über die zuständige Vergabekontrollbehörde, ist der Antrag auch dann innerhalb der in § 321 BVergG 2006 genannten Frist gestellt, wenn er bei der in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Bekanntmachung angegebenen Vergabekontrollbehörde eingebracht wurde. Enthält die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung eine unrichtige Angabe über die Stillhaltefrist, ist der Antrag auch dann innerhalb der in § 321 genannten Frist gestellt, wenn er innerhalb der von der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung angegebenen Frist gestellt wurde."

### **3. Klare Regelung zu den Nachprüfungsfristen**

Die derzeitige Regelung des § 321 Abs 2 ist geeignet Rechtsunsicherheit zu schaffen. Sie knüpft die Nachprüfungsfrist an den Begriff der "Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen", lässt dabei andere systematisch vergleichbare Unterlagen, wie insbesondere Teilnahmeunterlagen, Bekanntmachung, Auktionsunterlagen und Aufforderung zum wettbewerblichen Dialog außer Acht. Auch eine systematische Interpretation unter Berücksichtigung des § 2 Z 10 BVergG 2006 bzw § 2 Z 16 BVergG 2006 führt zu keiner klaren Auslegung. Aus systematischen Überlegungen ist es aus Sicht des ÖAWV zu begrüßen, wenn die Frist zur Bekämpfung der Bekanntmachung, des Aufrufs zum Wettbewerb, der Ausschreibungs-, Wettbewerbs- und Auktionsunterlagen jeweils zum gleichen Zeitpunkt enden, also weniger als drei Tage bzw 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist bzw Frist zur Abgabe der Teilnahmeunterlagen.

In diesem Sinn möge § 2 Z 10 um den Begriff "Teilnahmeunterlagen" ergänzt werden, sodass dieser lautet wie folgt:

"Ausschreibung ist die an eine bestimmte oder unbestimmte Zahl von Unternehmen gerichtete Erklärung des Auftraggebers, in der er festlegt, welche Leistung er zu welchen Bestimmungen erhalten möchte (Bekanntmachung, Aufruf zum Wettbewerb, Teilnahme-, Ausschreibungs-, Wettbewerbs- und Auktionsunterlagen, Beschreibung der Bedürfnisse und Anforderungen beim wettbewerblichen Dialog)."

§ 321 Abs 2 BVergG 2006 kann sich bei einem umfassenden Begriff "Ausschreibung" auf den Begriff "Ausschreibung" beschränken, sodass dieser wie folgt lautet:

"(2) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung sind,

1. sofern die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Teilnahmeunterlagen bzw Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten weniger als 15 Tage betrifft, spätestens drei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, Frist zur Vorlage der Teilnahmeunterlagen bzw Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten,

2. in allen übrigen Fällen spätestens 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Teilnahmeunterlagen bzw der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten einzubringen.

Mit freundlichen Grüßen

ÖSTERREICHISCHER  
WASSER- UND ABFALLWIRTSCHAFTSVERBAND  
Der Geschäftsführer



DI Manfred Assmann