



Rathaus, 1082 Wien

Telefon +43 (0)1 4000 89980
Fax +43 (0)1 4000 7135
post@staedtebund.gv.at
www.staedtebund.gv.at

DVR 0656097 | ZVR 776697963

Unser Zeichen:
603/703/2009

bearbeitet von:
Mag.ª Marchart DW 89977 | Trusnic

elektronisch erreichbar:
post@staedtebund.gv.at

An das
Bundeskanzleramt

per E-Mail: v@bka.gv.at;
cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, 05. Juni 2009

**Bundesgesetz mit dem das
Bundesvergabegesetz 2006
geändert wird (BVergG Novelle 2009)**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu dem mit Schreiben vom 11. Mai 2009, BKA-600.883/0046-V/8/2009, übermittelten Entwurf zum Bundesgesetz mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG Novelle 2009) gibt der Österreichische Städtebund nach Prüfung folgende Stellungnahme ab:

I.) Allgemein:

Aus dem nunmehr vorliegenden zweiten Begutachtungsentwurf zum Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG-Novelle 2009) ist ersichtlich, dass die vom Österreichischen Städtebund angeregten Änderungsvorschläge im Rahmen der Erstbegutachtung nur in Teilbereichen umgesetzt wurden.

Am 3.12.2009 wird die Verordnung 1370/2007 EG (PSO-Verordnung) vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste in Kraft treten. Als unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht wird sie den Kern des Rechtsrahmens für den öffentlichen Personennahverkehr bilden, an den ua. die

Regelungen des Kraftfahrliniengesetzes (BGBl I Nr. 2003/1999 idF BGBl I Nr.153/2006 (KfllG)), des Öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrsgesetzes (BGBl I Nr. 204/1999 (ÖPNRV-G)) und des Bundesvergabegesetzes 2006 anzupassen sind.

Gegen den Entwurf bestehen insoweit grundsätzliche Bedenken, als die „PSO-Verordnung“ nicht berücksichtigt und damit strengeres nationales Recht als die PSO-Verordnung und die Vergaberichtlinien fordern, aufrecht erhalten wird. Bereits mit der Bundesvergabegesetz-Novelle 2009 sollten im Hinblick auf das In-Kraft-Treten der PSO-Verordnung die diesbezüglich erforderlichen legislatisch notwendigen Änderungen Berücksichtigung finden.

II.) Anmerkungen zu den einzelnen Regelungen:

Unter Punkt 1. wird zu den Neuerungen gegenüber dem Erstbegutachtungsentwurf Stellung genommen.

Unter Punkt 2. werden die im vorliegenden zweiten Begutachtungsentwurf nicht umgesetzten Kritikpunkte aus der Stellungnahme des Österreichischen Städtebundes vom 17.12.2009 nochmals aufgezeigt.

Unter Punkt 3. wird auf die im Zuge der Schwellenwertverordnung 2009 noch nicht erfolgte Novellierung der §§ 15 Abs. 5 und 16 Abs. 6 BVergG 2006 hingewiesen.

1. Zu den einzelnen Neuerungen gegenüber dem Erstbegutachtungsentwurf:

- **Zu Z. 24a (§ 83)**

Die Novelle 2009 sollte als Anlass genommen werden, den Begriff des Subunternehmers zu definieren.

Künftig ist die Weitergabe des gesamten Auftrages an verbundene Unternehmen möglich. Diesbezüglich stellt die Beurteilung, ob ein verbundenes Unternehmen im Sinne der Definition des § 2 Z. 39 vorliegt oder nicht, einen erheblichen Verwaltungsaufwand für den Auftraggeber dar. Die Novellierung sollte daher eine Klarstellung der Definition des

§ 2 Z. 39 BVergG 2006 beinhalten. Angeregt wird beispielsweise, dass künftig der Auftragnehmer, welcher sich auf die Bestimmung des § 2 Z. 39 BVergG 2006 beruft, das Vorliegen der Voraussetzungen für ein verbundenes Unternehmen durch eine Bestätigung eines Wirtschaftsprüfers, Notars oder Rechtsanwaltes nachweist.

Weiters stellt die nunmehrige gesetzlich verankerte Zulässigkeit der Weitergabe des gesamten Auftrages an „verbundene Unternehmen“ eine unzumutbare Belastung für die Auftraggeber dar. Diese müssen ein aufwendiges Vergabeverfahren durchführen, bei dem weder bei der Angebotsprüfung noch bei der Auftragserteilung für den Auftraggeber feststeht, wer die Leistung tatsächlich erbringt.

Außerdem stellt sich die Frage, ob bei der Eignungsprüfung dann alle Beteiligten für sich alle genannten Eignungskriterien erfüllen bzw. nachweisen müssen, da letztendlich jeder von ihnen für die Erbringung der Gesamtleistung in Frage kommt.

- **Zu Z. 24 (§ 80 neu samt Überschrift)**

Es ist absehbar, dass im Rahmen des Green Public Procurement weitere Regelungen betreffend energie- und umweltschonender Beschaffung folgen werden.

Aufgrund der bereits jetzt nicht unbeachtlichen Anzahl an Paragraphen im BVergG 2006 sollten daher die besonderen Bestimmungen betreffend die Beschaffung im Sinne des Green Public Procurements in einem eigenen Anhang des BVergG 2006 geregelt werden. Inhaltlich ist anzumerken, dass neben der nicht vorhersehbaren Preisentwicklung aufgrund der verschiedenen obligatorischen Berechnungen der Kosten (wie z.B. des Energieverbrauches, CO₂-Emissionen und Schadstoffemissionen über die gesamte Lebensdauer der Fahrzeuge) ein erhöhter Verwaltungsaufwand und Mehrkosten verbunden sind.

- **Zu Z. 11 (§ 43):**

Der im Entwurf enthaltene Vorrang der Übermittlung durch Telefax, sofern die elektronische Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen nicht

möglich ist, vor der Übermittlung in Papierform ist nicht praktikabel. Die Leistungsverzeichnisse, insbesondere standardisierte Leistungsverzeichnisse, sind in der Vergabep Praxis umfangreich und können je nach Projekt mehrere hunderte Seiten umfassen. Es soll daher künftig auch noch die Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen in Papierform - wie in der Vergabep Praxis gehandhabt – als gleichwertige Alternative zur Übermittlung per Telefax möglich sein.

Angeregt wird auch, beispielsweise den „Datenträgers Austausch nach ÖNORM B 2063“ mittels Disketten oder CD als gleichwertige Alternative der elektronischen Übermittlung zu normieren.

- **Zur Z. 46a (§ 155 Abs. 8):**

Bei der Übermittlung von Wettbewerbsunterlagen sollte eine Klarstellung erfolgen, ob eine Mischung von elektronisch zur Verfügung gestellter Wettbewerbsunterlagen und eine herkömmliche Bereitstellung großformatiger Pläne, Muster oder Modelle in Papierform zulässig ist. Es ist nicht nachvollziehbar, warum für § 155 Abs. 8 die Bestimmung des § 43 nicht gelten soll. In den Erläuternden Bemerkungen wird Z. 46a (§ 155 Abs. 8) in Verbindung mit Z. 11 (§ 43 Abs. 1 erster Satz) und Z. 14 (§ 43 Abs. 6) genannt.

Im Zusammenhang mit der Informationsübermittlung in einem Vergabeverfahren wird angeregt, seitens des BKA österreichweit eine für Auftraggeber und Auftragnehmer kostenlose Internetplattform für die elektronische Bekanntmachung von Ausschreibungen samt Downloadmöglichkeit zu forcieren bzw. einrichten zu lassen.

Angeregt wird im BVergG 2006 auch explizit zu normieren, dass als nationales Publikationsmedium durch Verordnung der Länder nicht nur Amtliche Publikationsmedien der Landesverwaltungen und Tageszeitungen festgelegt werden können, sondern die Länder neben den Amtsblättern der Gemeindeverwaltungen auch ausschließlich die vollelektronische Publikation auf der Homepage des betreffenden Auftraggebers als geeignetes Publikationsmedium zulassen müssen.

Nur so kann die Bekanntmachung im Zusammenhang mit
Vergabeverfahren

für die Auftraggeber möglichst kostengünstig gesetzlich verankert und
wirtschaftliches Handeln der Auftraggeber gewährleistet werden.

Wesentlich ist dabei ua. auch, dass die elektronische und unentgeltliche
Übermittlung von Publikationsdaten ermöglicht und keine Verpflichtung
besteht, beispielsweise bereits in einer Datenbank des Auftraggebers
existierende elektronische Daten für die Bekanntmachung wiederum
manuell in Eingabemasken der elektronischen Version des Amtlichen
Lieferungsanzeigers etc. eintragen zu müssen. Es sollten geeignete
Schnittstellen für die Datenübertragung bei der österreichweiten
Portalvariante Standard und auf die bereits bestehende ELAK -Infrastruktur
des Bundes, des Landes Oö. oder der Kommunen, wie z.B. der Stadt Linz
etc. Bedacht genommen werden.

- **Zur Z 81 (§ 334 samt Überschrift):**

Bedenklich erscheint auch der Umstand, dass das Bundesvergabeamt
künftig Verträge für nichtig erklären kann, wenn die Aufträge
unzulässigerweise direkt vergeben wurden, was aber zu nahezu unlösbaren
zivilrechtlichen Problemen führen kann, beispielsweise bei bereits
verbrauchter Ware.

Neu ist ebenso die Möglichkeit gegen rechtswidrige Auftraggeber Bußgelder
zu verhängen. Es ist zu erwarten, dass auch die Landesgesetzgeber
vergleichbare Regelungen im Vergaberechtsschutzgesetz beschließen wird.

Auf allfällige kompetenzrechtliche Problemlagen darf hingewiesen werden.

In den Erläuternden Bemerkungen zu § 334 wird als Beispiel offenkundiger
Rechtsverstöße die Direktvergabe von hoch standardisierten Leistungen
oberhalb der entsprechenden Schwellenwerte genannt. In diesem
Zusammenhang sollte klar gestellt werden, was unter „hoch
standardisierten Leistungen“ zu verstehen ist. Es sollte klargestellt werden,

ob unter „hoch standardisierten Leistungen“ die standardisierten Leistungen nach § 97 zu verstehen sind. Wenn ja, dann sollten gleichlautende und einheitliche Begriffe verwendet werden.

Die Vergabep Praxis zeigt, dass solche hoch standardisierten Leistungen ausschließlich bei der Vergabe von Liefer- und Bauaufträgen denkbar sind. Es ist daher nicht nachvollziehbar, warum Dienstleistungsaufträge, welche naturgemäß individuell und nicht ausschließlich (hoch) standardisiert ausgeführt werden, ebenfalls unter die Nichtigkeitssanktion des § 334 fallen sollen.

Es ist außerdem klarzustellen, ob Geldbußen ausschließlich, auch dann, wenn der Landesgesetzgeber vergleichbare Regelungen im Vergaberechtsschutzgesetz beschließt, generell dem Bund oder dem jeweiligen Rechtsträger der Nachprüfungsbehörde zufließen sollen.

Wenn sie dem jeweiligen Rechtsträger der Nachprüfungsbehörde zufließen sollen, dann gehen die aus der Verhängung von Geldbußen resultierenden fehlenden finanziellen Mittel im Haushaltsbudget vor allem zu Lasten der Gemeinden; den öffentlichen Auftraggebern „Bund und Länder“ fließen die Geldbußen wiederum als Rechtsträger der Nachprüfungsbehörden BVA und UVS zu.

Dies kann in Gemeinden dazu führen, dass aufgrund einer verhängten Geldbuße und der daraus resultierenden mangelnden finanziellen Deckung, Vergabeprojekte nicht realisiert werden können. Als „abschreckende“ Sanktion ist grundsätzlich die Bekanntmachung der Nichtigkeitsklärung auf der Homepage der zuständigen Vergabekontrollbehörde ausreichend.

Bei der Verhängung von Geldbußen ist auf die Wahrung des Allgemeininteresses besonders Rücksicht zu nehmen, wobei zu bedenken ist, dass die öffentlichen Auftraggeber ohnedies nur im öffentlichen Interesse zu handeln haben. Die Höchstgrenze von 20 % der Auftragssumme scheint in diesem Licht als zu hoch bemessen.

Der Österreichische Städtebund spricht sich daher massiv gegen die im Entwurf enthaltenen Bestimmung, welche das Bundesvergabeamt nunmehr zur Verhängung einer Geldbuße bis zu **20 % des Auftragswertes** (im ursprünglichen Entwurf waren noch 10 % vorgesehen) - ohne Einführung einer absoluten Obergrenze (!) - ermächtigen soll, aus. Diese weitere Anhebung der Höhe der Geldbuße würde zu schwerwiegenden finanziellen Einbußen für die Auftraggeber führen.

2. Generelle Anmerkungen (nicht umgesetzte Kritikpunkte aus der Stellungnahme vom 17.12.2009):

Zur Z. 9, Z. 15, Z. 16, Z. 30, Z. 39, Z. 40, Z. 50, Z. 54, Z. 64, Z. 67 und Z. 68 (Berufsanerkennungsrichtlinie):

Die vorgeschlagene Anpassung wird zur Kenntnis genommen.

In Anbetracht der Komplexität der Angelegenheit schlägt der Österreichische Städtebund aber vor, die neue Rechtslage neben der vorliegenden Anpassung im Bundesvergabegesetz 2006 zusätzlich in einem weiteren einfachen und leicht lesbaren Informationsschreiben“ für die Bewerber und Bieter bzw. auch die Auftraggeber zusammenzufassen. Das vom BKA im Mai 2008 versandte Rundschreiben zum Thema (vgl. Rundschreiben BKA-600.883/0010-V/7/2008 des BKA vom 13.5.2008) ist für die Vergabepraktiker, die keine juristischen Vorkenntnisse aufweisen, unlesbar und unverständlich.

Zu § 41 - Direktvergabe:

Eine Vergabepaxis hat gezeigt, dass in dem für den Gemeindebereich besonders wichtigen Direktvergabeverfahren eine Reihe aus Sicht des Österreichischen Städtebundes negative Regelungen vorgesehen sind.

- § 41 enthält viele Querverweise und ist nicht leicht lesbar bzw. verständlich formuliert. Vor allem fordert Abs. 1 auch nach der vorliegenden Novelle jeden Vergabepraktiker auf, sich eine Checkliste mit den zitierten anwendbaren Teilen und Paragraphen zu erstellen, um die anzuwendenden Bestimmungen erkennen zu können.

- Auch sind nach wie vor nur unverbindliche Preisanfragen im Direktvergabebereich vorgesehen. Es sollte jedenfalls bei der Durchführung der Direktvergabe nach dem BVergG 2006 rechtlich zulässig sein, dass entweder unverbindliche Preisanfragen durch die Vergabestelle getätigt werden oder nach Wahl der Vergabestelle Angebote im Sinne des BVergG 2006 oder zumindest verbindliche Preisanfragen zu Vergleichszwecken eingeholt werden dürfen.

Es bedeutet für die Vergabestellen einen enormen Mehraufwand, wenn Angebote benötigt werden, dass diese erlaubterweise nur im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung oder eines Nicht offenen Verfahrens ohne Bekanntmachung von den Bietern eingeholt werden können.

Auch den Firmen ist es nicht verständlich, dass es keine Angebote im Zuge einer Direktvergabe mehr geben soll. Oft werden von den Firmen auf unverbindliche Preisanfragen des Auftraggebers verbindliche Angebote eingereicht. Auch im privaten Rechtsverkehr werden bei diesen Auftragssummen jedenfalls verbindliche Angebote eingeholt und abgegeben. Es ist nicht klar, was der Gesetzgeber mit der Beschränkung auf unverbindliche Preisauskünfte erreichen will.

- Es sollte im Hinblick auf die zeitlich befristete Geltung der Schwellenwertverordnung 2009 und der merklichen Anhebung der Schwellenwerte für die Wahl der Direktvergabe eine klare Regelung der EU-rechtlich gebotenen Dokumentationspflichten erfolgen. Es wird in diesem Zusammenhang auf die Vorgehensweise in Deutschland verwiesen, wo es entsprechende Regelungen in Durchführungserlassen gibt. Auch wird festgestellt, dass es für die Nachprüfungsbehörden nicht einfach ist, ihren Prüfungsumfang festzulegen (Was ist von der Wahl der Direktvergabe wirklich umfasst? Nur die Auftragswertschätzung oder auch die

Eignungsprüfung bzw. die Dokumentation der Durchführung der Direktvergabe?)

Zu § 44 Abs. 3:

Hinsichtlich der generellen Normierung von statistischen Verpflichtungen auch für den Unterschwellenbereich wird auf den enormen Verwaltungsaufwand hingewiesen (machen mehr als 90 % aller durchzuführenden Vergabeverfahren aus).

Aus Sicht des Österreichischen Städtebundes kann eine solche generelle Statistik für den Unterschwellenbereich aus wirtschaftlichen Gründen von den Kommunen als AuftraggeberInnen nicht verlangt werden.

Insb. fehlt auch die Binnenmarktrelevanz!

Zu § 80 Abs. 3 alt; unverändert übernommen in § 79 -

Zuschlagskriterien und Anforderungen an deren Gewichtung

Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG nennt exemplarisch folgende

Zuschlagskriterien: „z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist“.

Ein gleichlautender Katalog ist in § 2 Z. 20 lit. d sublit. aa BVergG 2006 enthalten.

Angeregt wird im Hinblick auf die bestehende, dem BVergG 2006 an und für sich widersprechende Judikatur der Nachprüfungsbehörden zum Konkretisierungsgrad von Zuschlagskriterien, im BVergG 2006 eine Klarstellung herbeizuführen:

Es sollte eindeutig festgelegt werden, dass Zuschlagskriterien nicht in der Weise konkretisiert werden müssen, dass jedes subjektive Auswahlelement entfällt. So wird man etwa für das Kriterium „Ästhetik“ niemals eine mathematische Formel „finden“, die unabhängig vom jeweiligen Bewertungsgremium immer zum selben Ergebnis führt.

Weiters ist sowohl in der Richtlinie (Art 53 Abs 2 RL 2004/18/EG) als auch im BVerG 2006 (§ 80 Abs 3 BVerG 2006) folgende Regelung zur Gewichtung von Zuschlagskriterien enthalten:

„Diese Gewichtung kann mittels einer Marge angegeben werden, deren größte Bandbreite angemessen sein muss.“

Somit ist eindeutig, dass sowohl das Gemeinschaftsrecht als auch das BVerG 2006 den Auftraggebern durchaus auch einen Ermessensspielraum bei der Beurteilung von Angeboten einräumen und dass Zuschlagskriterien nicht so festgelegt und gewichtet sein müssen, dass sich die Angebotsbewertung als ein rein nachvollziehender Akt mathematischer Formeln oder gleichartiger Verfahrensanordnungen darstellt. Vielmehr sollten nach dem BVerG 2006 auch Zuschlagskriterien zulässig sein, die auf Grund ihrer Formulierung oder Gewichtung einen Ermessensspielraum bei der Angebotsbewertung offen lassen – vorausgesetzt die Vergabegrundsätze werden eingehalten.

Zu §§ 43 und 88:

Es wird im Hinblick auf den Entfall der entsprechenden Bestimmung in § 131 um Klarstellung in § 43 Abs. 1 ersucht, ob die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung – so wie derzeit normiert - auch künftig nachweislich erfolgen muss; diesbezüglich gibt es nämlich bei der elektronischen Übermittlung per Mail technische Probleme. Für die elektronische Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen wird in § 43 Abs. 4 die Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur normiert. § 43 Abs. 1 enthält nämlich das Erfordernis der Nachweislichkeit generell nicht.

Der im Entwurf enthaltene Vorrang der Übermittlung durch Telefax, sofern die elektronische Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen nicht möglich ist, vor der Übermittlung in Papierform ist nicht praktikabel. Die Leistungsverzeichnisse, insbesondere standardisierte Leistungsverzeichnisse, sind in der Vergabepaxis umfangreich und können je nach Projekt mehrere hunderte Seiten umfassen. Es soll daher künftig auch noch die Übermittlung der Ausschreibungsunterlagen

in Papierform - wie in der Vergabep Praxis gehandhabt – als gleichwertige Alternative zur Übermittlung per Telefax möglich sein. Angeregt wird auch, beispielsweise den „Datenträgeraustausch nach ÖNORM B 2063“ mittels Disketten oder CD als gleichwertige Alternative neben der elektronischen Übermittlung zu normieren.

Weiters wird um Klarstellung bzw. Vereinheitlichungen der Formulierungen in § 43 Abs. 4 (elektronische Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen) bzw. in § 88 Abs. 1 (elektronisches Zurverfügungstellen von Ausschreibungsunterlagen) ersucht. Fraglich ist, ob hier ein Unterschied besteht oder ob es sich nur um eine andere Formulierung handelt. Sollte das elektronische Zurverfügungstellen nur die Downloadmöglichkeit auf der Homepage betreffen, dann sollte klar geregelt werden, welche Voraussetzungen an den Download gestellt werden bzw. ob eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich ist. In § 43 Abs. 4 sollte dann klar gestellt werden, dass die elektronische Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen nicht das Zurverfügungstellen per Download auf der Homepage betrifft.

Zu § 70:

In der Praxis ist künftig besonders darauf zu achten, dass beim Themenbereich „Nachweis der Befugnis, der beruflichen Zuverlässigkeit, der finanziellen und wirtschaftlichen Zuverlässigkeit und der technischen Leistungsfähigkeit“ (§§ 70 bis 75) bei der Möglichkeit für den Unternehmer eine sogenannte „Eigenerklärung“ abzugeben, in dieser konkret angeführt sein muss, welche Nachweise im Falle eines Zuschlages vorzulegen sind. Reichen die angeführten Nachweise nicht aus, so ist der Bieter so wie früher auszuschneiden.

Nicht klar definiert ist im Bundesvergabegesetz 2006 jedoch neben der Ausscheidung die Konsequenz des Falles, dass sich eine „Eigenerklärung“ nachträglich als unrichtig herausstellt. Hier kann lediglich auf zivilrechtliche Konsequenzen und eventuell strafrechtlich relevante Tatbestände verwiesen werden, was im Zuge eines Vergabeverfahrens als unbefriedigend bezeichnet werden muss.

Problematisch wird aus der Vergabepraxis auch die Abgabe „unsubstanziierter“ Eigenerklärungen durch Bieter gesehen, weil damit zwingend die Ausscheidung des Angebotes verbunden ist; dies führt zu finanziellen Nachteilen für die Auftraggeber, falls es sich beim auszuscheidenden Angebot um das des Billigstbieters handelt.

Das im Begutachtungsentwurf vorgesehene Nachweissystem bei der Eignung führt bei den Auftraggebern jedenfalls auch zu administrativem Mehraufwand und Zeitverzögerung bei der Durchführung der Vergabeverfahren:

Beispiel:

Es wird darauf hingewiesen, dass die von einem ermittelten Sieger eines Realisierungswettbewerbes in dessen Eigenerklärung angeführten Nachweise von der Vergabestelle / Auftraggeberin auch zwecks Herbeiführung einer Wettbewerbsentscheidung im Sinne von § 155 BVergG 2006 jedenfalls weiterhin zu verlangen sein werden, da die prämierten Teilnehmer Geldmittel erhalten bzw. der Auftrag an den / die Gewinner in einem Verhandlungsverfahren im Anschluss an den Wettbewerb vergeben wird.

Aus Gründen eines sparsamen und wirtschaftlichen Umganges mit kommunalen Geldmitteln werden daher künftig jedenfalls neben dem Träger des 1. Preises auch alle anderen Prämierten nicht nur eine Eigenerklärung, sondern in weiterer Folge alle von der Ausloberin festgelegten Eignungsnachweise, die gemäß § 69 leg. cit. ohnehin zum Zeitpunkt der Vorlage der Wettbewerbsarbeiten vorliegen müssen, beibringen müssen.

Die im Entwurf vorgesehenen Eigenerklärungen werden somit voraussichtlich die Wettbewerbsentscheidung der Ausloberin und somit die Auszahlung der Preisgelder bei Wettbewerben verzögern.

Nicht nachvollzogen werden kann auch die unterschiedliche Vorgehensweise für Klein- bzw. Großaufträge.

Auch Kleinaufträge werden aus Steuergeldern finanziert und dürfen nur an geeignete Unternehmen vergeben werden. Sie führt vor allem bei Kleinaufträgen zu einem zusätzlichen Dokumentationsaufwand durch die Notwendigkeit der Begründungspflicht im Einzelfall; für Großaufträge ist im Gegensatz dazu eine generelle Festlegung betreffend die Vorlage der Eignungsnachweise ohne Begründungsverpflichtung möglich.

Es wird auch vermehrt zu Aufhebungen der Zuschlagsentscheidungen infolge unrichtiger Eigenerklärungen kommen müssen, weil der Auftraggeber bei Großaufträgen die geforderten Nachweise vor dem Zuschlag (das ist die Zuschlagserteilung) jedenfalls verlangen muss. Jede mitgeteilte Zuschlagsentscheidung ist bekämpfbar, löst eine Stillhaltefrist aus und führt zu Projektverzögerungen.

Zu § 70 Abs. 3 ist aus der Vergabep Praxis anzumerken, dass es für Unternehmen, die nicht in einem Verzeichnis nach § 70 Abs. 4 eingetragen sind, oft nicht möglich ist, die erforderlichen Unterlagen binnen 6 Tagen beizuschaffen, weil sie von den zuständigen Stellen nicht rechtzeitig ausgestellt werden (z.B. Sozialversicherungsnachweis durch die Wiener GKK etc.). Die diesbezüglichen Angaben in den Erläuternden Bemerkungen (Fristen von 1 bis maximal 6 Tagen) können durchaus als praxisfremd bezeichnet werden.

Die gewünschte Verwaltungskostenreduktion für Unternehmen bei der Vorlage von Nachweisen für Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit könnte ganz leicht bewältigt werden, indem Firmen ihre Eintragung in Verzeichnissen nach § 70 Abs. 4 BVergG 2006 forcieren. Vorteile für Bieter sind: die Nachweise sind nur einmal zu erbringen, es sind keine Eigenerklärungen erforderlich, der Nachweis nach § 72 Abs. 2 BVergG betreffend die Ausländerbeschäftigung ist dort auch sofort abrufbar, der Auftraggeber überprüft online etc.

Zu § 131 Abs. 1:

Es wird um Klarstellung ersucht, ob die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung – so wie derzeit normiert - auch künftig nachweislich erfolgen muss; diesbezüglich gibt es nämlich bei der elektronischen Übermittlung per Mail technische Probleme.

Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sollte auch nicht in der bisher vorgeschriebenen, detaillierten Form erfolgen müssen, weil der Konkurrenz durch die Information eine entsprechende Preisgestaltung ermöglicht wird, die bis zu Preisabsprachen führen kann.

Auch werden Auftraggeber oft in Vergabenachprüfungsverfahren mit dem Vorwurf der rechtswidrigen bzw. inhaltlich unvollständig begründeten Mitteilung bzw. der Verletzung des Transparenzgrundsatzes konfrontiert. Nach der Rechtsprechung kann eine Mitteilung, die den Vorgaben des BVergG 2006 nicht entspricht, den Beginn der Stillhaltefrist nicht auslösen (vgl. VKS Wien 9.8.2006, 2064/06 und 2065/06).

Die einschränkende Bestimmung im § 131 Abs. 1, bezogen auf das „öffentliche Interesse“ und „berechtigte Geschäftsinteressen“ bzw. Schaden für den „freien und lautereren Wettbewerb“, ist zu unbestimmt. Insb. sollten die im BVergG 2006 vorgesehenen zusätzlichen Informationen wie Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes vom Auftraggeber nicht zwingend in dem teilweise durch die Judikatur der Nachprüfungsinstanzen geprägten Detaillierungsgrad bekannt gegeben werden müssen, um Rechtswidrigkeiten der Zuschlagsentscheidung zu vermeiden.

Die Grenze der Transparenz ist in der Vergabepraxis jedoch schnell erreicht, weil bei der Bekanntgabe der Vorteile und Merkmale der Angebote oft – in technischer und urheberrechtlicher oder lizenzrechtlicher Hinsicht - Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen der Bieter tangiert sind.

Abänderungsangebote:

Zur Begriffsdefinition des Abänderungsangebotes wird aus der Sicht der Vergabepraxis angemerkt, dass im BVerG 2006 der Unterschied zum Alternativangebot klarer abgegrenzt werden sollte. Auch werden hier viele unbestimmte Begriffe verwendet (z.B. lediglich geringfügige, jedoch gleichwertige Änderung), die oftmals Gegenstand der vertieften Angebotsprüfung und in der Folge von Nachprüfungsverfahren sind. Gleiches gilt auch für die Abgrenzung zu gleichwertigen Produkten in Bieterlücken nach § 98 Abs. 8 BVerG 2006. Unklar ist, ob ein Abänderungsangebot eines Bieters als ein solches gleichwertiges Produkt angesehen werden muss.

Unklar ist auch, wie Bieterlücken zu behandeln sind und ob diese Bieterlücken Abänderungsangebote darstellen können.

Nicht prioritäre Dienstleistungen:

Die Bestimmungen der §§ 141 bzw. 280 BVerG 2006, die auf Grund der Übergangsbestimmung des § 345 Abs 3 Z 4 leg.cit erst mit Anfang 2007 in Kraft getreten sind, sehen für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen nunmehr die nur teilweise Anwendbarkeit des BVerG 2006 und damit ein gelockertes Vergaberegime vor.

Der Österreichische Städtebund regt weiters an, in den Erläuternden Bemerkungen eine Klarstellung dahingehend aufzunehmen, dass in diesem Zusammenhang keine Rechtswidrigkeit seitens des Auftraggebers vorliegt, wenn vom Auftraggeber freiwillig nicht prioritäre Dienstleistungen so wie prioritäre – und damit strenger als gesetzlich vorgesehen - behandelt werden würden. Diese Klarstellung würde das Handling in den (kleineren) Kommunen wesentlich erleichtern und der Rechtssicherheit dienen, weil es in der Praxis immer wieder zu sehr diffizilen Abgrenzungsfragen bei der Zuordnung prioritäre / nicht prioritäre Dienstleistung kommt.

Weiters besteht folgender Novellierungsbedarf in formeller

Hinsicht:

Zu § 2 – Begriffsbestimmungen:

Z.4 bis Z 6:

Angebotsbestandteil/Angebotshauptteil/Angebotsinhaltsverzeichnis:

Hier bestehen eine Diskrepanz/ein Widerspruch zu § 111 (die hier in § 2 definierten Begriffe finden dort keine Verwendung) und eine Überreglementierung.

Z. 43 geltende Fassung, unverändert übernommen in Z. 44:

Wesentliche Anforderungen:

Diese Bestimmung sollte genauer definiert werden.

Die Begriffsbestimmungen in § 2 sollten für die Begriffe ergänzt werden:

Fristen

Es wird angeregt, alle Arten von Fristen wie Angebotsfristen, Zuschlagsfristen zu definieren und allenfalls hinsichtlich ihrer Dauer zu vereinheitlichen.

Lose (§ 14 Abs 1 reicht nicht aus)

Eine genaue und einheitliche Definition sowohl für den Baubereich als auch im Lieferbereich wäre erforderlich.

Beispiel einer Definition:

Lose sind Teilabschnitte eines wegen ihrer Gleichartigkeit bzw. ihres gemeinsamen Zweckes nach Gesamtfertigstellung als Gesamteinheit zu betrachtenden Projektes.

Zu § 3 Abs 2:

Was sind Bauaufträge über Tiefbauarbeiten? Es ist nicht verständlich, warum auf Anhang I verwiesen wird, da dort sämtliche Bauarbeiten angeführt werden.

Zu § 3 Abs 5:

Unklar ist, was unter Zuerkennung von ausschließlichen Rechten zur Ausführung einer Tätigkeit des öffentlichen Dienstleistungsbereiches verstanden wird.

Zu § 51 Abs 2:

Der darin geregelte Vorrang der NACE bzw. CPC-Nomenklatur vor der CPV-Nomenklatur ist nicht nachvollziehbar und führt zu Unsicherheiten für die Vergabepraxis. Dies insbesondere unter dem Gesichtspunkt, dass bei den EU-Bekanntmachungen verpflichtend die CPVNomenklatur heranzuziehen ist.

3. Novellierungsbedarf der §§ 15 und 16 BVergG 2006 (nicht berücksichtigt im Zuge der Schwellenwerte-verordnung 2009):

§ 15 Abs. 5 und § 16 Abs. 6 BVergG 2006 stehen im direkten Zusammenhang mit den Bestimmungen zur Direktvergabe und den in § 41 BVergG normierten Schwellenwerten. Auf Grund der am 29.4.2009 beschlossenen Verordnung betreffend die Anpassung von im Bundesvergabegesetz 2006 festgesetzten Schwellenwerten ist aus der Sicht des Österreichischen Städtebundes die Anpassung der zitierten Bestimmungen erforderlich.

Nachstehende Bestimmungen haben daher zu lauten:**§ 15 Abs. 5 BVergG 2006:**

Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 genannten Schwellenwerte nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose.

Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 100.000 Euro beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 40 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.

§ 16 Abs. 6 BVergG 2006:

Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 genannten Schwellenwerte nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Lose, deren geschätzter Auftragswert ohne Umsatzsteuer weniger als 100.000 Euro beträgt, können im

Wege der Direktvergabe vergeben werden, sofern der kumulierte Wert der vom Auftraggeber ausgewählten Lose 40 vH des kumulierten Wertes aller Lose nicht übersteigt.

Zuletzt wird seitens des Österreichischen Städtebundes noch ersucht, künftig die Neuerungen gegenüber dem Erstbegutachtungsentwurf in einer eigenen Gegenüberstellung als Hilfestellung zu übermitteln, um die Begutachtungen rascher und effektiver durchführen zu können.

Mit freundlichen Grüßen



OSR Dr. Thomas Weninger
Generalsekretär