

Rechtsabteilung



An das  
 Bundeskanzleramt  
 Ballhausplatz 2  
 1014 Wien

Bearbeitet von Mag. Claudius Weingrill  
 GZ CWe/EK/1438

T +43 5 0244 - DW 1263  
 F +43 5 0244 - DW 4719  
 E [Claudius.Weingrill@big.at](mailto:Claudius.Weingrill@big.at)

Datum 23.12.2008  
 Seite 1 von 4

per E-Mail: [v@bka.gv.at](mailto:v@bka.gv.at)

**GZ: BKA-600.883/0044-V/8/2008**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. übermittelt zu obigem Entwurf für ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird, ihre Stellungnahme. Diese wird unter Einem auch dem Präsidium des Nationalrates unter der elektronischen Adresse [begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at) übermittelt.

Unabhängig der unten angeführten weiteren Punkte ersucht die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. im Bereich des Vergabewesens als verbindendes Element ganz allgemein zu beachten, dass das Ziel jedwedes Vergabeverfahrens durch einen öffentlichen Auftraggeber die Beschaffung von, im allgemeinen Interesse liegenden Leistungen, innerhalb des Termin- und Kostenrahmens ist. Idealerweise geschieht dies durch ein ausgewogenes Kosten-Nutzen-Verhältnis sowohl beim Beschaffenden als auch bei demjenigen, der die Leistung erbringen will und sich dem Wettbewerb mit den Mitbietern stellt.

Die in diesem Zusammenhang entstehenden Transaktionskosten sollen selbstverständlich so gering wie möglich gehalten werden. Dies erfolgt am Besten dadurch, indem jeder Teil eines Vergabeverfahrens (Auftraggeber und Bieter) jene Kosten trägt, die ihm zuordenbar sind. Die Verschiebung von Transaktionskosten von den Bieter zum Auftraggeber stellt jedenfalls keine Einsparung dar. Es wird daher ersucht, den Entwurf unter diesem Gesichtspunkt nochmalig kritisch zu betrachten.

F:\09 KM-Team\KM-Office\KRATOCHVIL\2008\WEINGRILL\CWe1438.doc

Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.  
 Hintere Zollamtsstraße 1  
 1031 Wien  
[www.big.at](http://www.big.at)

Handelsgericht Wien  
 Firmenbuchnr.: 34897w  
 DVR: 0737372  
 UID-Nr.: ATU38270401

Bankverbindung: RLB/NÖ Wien  
 BLZ: 32000, Kontonr.: 462.903  
 BIC: RLNWATWW  
 IBAN: AT793200000000462903

### ad Pkt. 1. – Neuregelung Subvergabe

Die Vorgabe eines bestimmten Mindestsatzes der Weitergabe von Auftragsteilen an Dritte würde die Dispositionsfreiheit der Bieter in einer Art und Weise einschränken, die zwangsläufig zu einem höheren Angebotspreis durch die Bieter führen muss, da die Bieter das damit verbundene Risiko in den Angebotspreis einkalkulieren müssten.

Auch die Frage, wer als sogenannter „Dritter“ zu bezeichnen ist, kann nicht umfassend beantwortet werden, da eine Regelung die Unternehmungen im Konzernverbund von der Definition als „Dritter“ ausschließt, jedenfalls dann ebenso zu Wettbewerbsverzerrungen führt, wenn marktbeherrschende Unternehmungen ihre Konzernunternehmen einander gegenseitig zur Verfügung stellen.

Zu einem Teil ist die Weitergabe an Dritte ohnehin bereits dort notwendig, wo der Bieter den Dritten als wesentlichen Subunternehmer zum Nachweis seiner eigenen Leistungsfähigkeit benötigt.

Vorstellbar wäre die Regelung des Abs. 3 in der Praxis nur, wenn der Auftraggeber auch den Teil der Leistung, die weitergegeben werden soll (Schlagwort Spezialisierung), bestimmen könnte.

Auch bedarf es keiner Regelungen über das Verfahren der Vergabe vom Bieter an Dritte, da der Bieter in seiner Dispositionsfreiheit bei Findung dieser Subunternehmer frei gestellt sein muss. Eine strikte Regulierung der Vergabe an Dritte führt lediglich dazu, dass sich die damit verbundenen Kosten zwangsläufig im Angebotspreis des Bieters finden.

Unabhängig dessen ist aus Praxissicht auch fraglich, wie der Bieter in einer Art Vorvergabeverfahren nach den Regelungen des BVergG seine Subunternehmer findet, wenn er zu jedem Zeitpunkt diesen keinerlei Sicherheit über den eigenen Auftrag geben kann.

### ad Pkt. 2. – Entfall der Mitteilungspflicht

Der Entfall der Mitteilungspflicht gem. § 106 Abs. 6 BVergG wird vehement abgelehnt. Es liegt selbstverständlich in der Verpflichtung eines ordentlichen Bieters mit Interesse an einem zukünftigen Vertragsabschluss seinen potentiellen Vertragspartner rechtzeitig und nachweislich von Unklarheiten oder gar Fehlern, insbesondere technischer Natur, zu informieren und um Berichtigung dieser zu ersuchen.

Ein Abgehen von dieser Mitteilungspflicht würde lediglich wieder zu dem unbefriedigenden Zustand führen, dass Bieter mit diesen Unklarheiten oder Fehlern spekulieren und nach Auftragserteilung versuchen, diese gegen den Auftraggeber „einzusetzen“.

Auch ist nicht einsichtig, warum im Vergaberecht, entgegen der gesicherten Rechtssprechung des Obersten Gerichtshofes zur Prüf- und Warnpflicht des Unternehmers (auch gegenüber fachkundigen Auftraggebern), eine Besserstellung des Bieters als potentieller Vertragspartner normiert werden soll.

### ad. Pkt. 3. – Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen

Die Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen hinsichtlich der Nachprüfung von Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen wird abgelehnt. Gesetzlichen Interessenvertretungen fehlt jedenfalls jegliches Interesse an Vertragsabschlüssen, ganz unabhängig der zugrundeliegenden Vertragsbedingungen. Auch kann in diesem Zusammenhang nicht auf die Argumentation des vorliegenden Allgemeininteresses zurückgegriffen werden, da die zur Ausschreibung gelangenden Aufträge sehr oft Einzelfallregelungen, insbesondere in den der Ausschreibung beiliegenden Leistungsverzeichnissen, enthalten. Worin nunmehr der Sinn liegen soll, dass das Bundesvergabeamt in Bescheidform hierüber abspricht und in weiterer Folge aus dieser Einzelfallrechtssprechung weitere Rückschlüsse abgeleitet werden, ist nicht ersichtlich. Vielmehr ist zu befürchten, dass auf Basis dieser Rechtssprechung sodann allgemeine Regelungen auch in der zugrundeliegenden Ausschreibung artfremden Bereichen (beispielsweise Feststellungen im Tiefbaubereich werden auf den Hochbaubereich angewendet und vice versa) angewendet werden.

Auch ist zu bedenken, dass es im Vergaberecht kein ordentliches Rechtsmittel gegen Bescheide des Bundesvergabeamtes als erst- und gleichzeitig letztinstanzliche Behörde gibt sondern lediglich das außerordentliche Rechtsmittel der Beschwerde an den Verfassungs- und/oder Verwaltungsgerichtshof vorgesehen ist. Dies steht in klarem Widerspruch zur Zivilgerichtsbarkeit bei Verbandsklagen, da dort 3 Instanzen über die zugrundeliegende Klage absprechen.

Es bestehen daher nach Ansicht der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. verfassungsrechtliche Bedenken, die einer gesonderten Prüfung zuzuführen sind.

### ad Pkt. 4. – Verhängung von sogenannten „alternativen Sanktionen“

Vorgeschlagen wird in diesem Zusammenhang, dass dem Bundesvergabeamt die Kompetenz zukommen soll, dass es mit Feststellungsbescheid über die prinzipielle Rechtsverletzung gem. Bundesvergabegesetz abspricht. Die weiteren von den europäischen Richtlinien umfassten sogenannten „alternativen Sanktionen“ sollten von den Zivilgerichten verhängt werden. Dies würde der Systematik des österreichischen Rechtes über Eingriffe in zivilrechtliche Vereinbarungen entsprechen.

Auch zu diesem Punkt ist zu bedenken, dass es im Vergaberecht kein ordentliches Rechtsmittel gegen Bescheide des Bundesvergabeamtes als erst- und gleichzeitig letztinstanzliche Behörde gibt sondern lediglich das außerordentliche Rechtsmittel der Beschwerde an den Verfassungs- und/oder Verwaltungsgerichtshof vorgesehen ist. Dies steht in klarem Widerspruch zur Zivilgerichtsbarkeit, da dort 3 Instanzen über die zugrundeliegende Klage absprechen.

Es bestehen daher nach Ansicht der Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. verfassungsrechtliche Bedenken, die einer gesonderten Prüfung zuzuführen sind.

Rechtsabteilung



### **ad Eigenerklärungen von Unternehmern**

Ob die Eigenerklärungen von Unternehmern als ausreichender Nachweis betrachtet werden können, muss im Ermessen des Auftraggebers liegen. Eine Begründungspflicht wie momentan in Abs. 3 vorgesehen, ist daher kontraproduktiv, da diese bei den prüfenden Organen zu Rechtsunsicherheit führt. Ein fachkundiger Auftraggeber wird ohnedies nur dann Unterlagen nachverlangen, wenn er Zweifel an den Angaben des Bieters hegt. Die Praxis hat gezeigt, dass es insbesondere bei geforderten Referenzprojekten bzw. Referenzobjekten (diese sind im Prinzip mit der Eigenerklärung vergleichbar) oftmalig zu einer großen Interpretationsfreiheit durch die Bieter kommt.

### **ad Stillhaltefrist**

Die Regelung in § 132 Abs. 1 wird zustimmend begrüßt. In der Praxis hat sich gezeigt, dass Nachprüfungsanträge unabhängig, ob sie binnen 7 Tagen im Unterschwellenbereich oder binnen 14 Tagen im Oberschwellenbereich eingebracht werden, ohnehin alle nur denkbaren Vermutungen, die zu einer Aufhebung der Zuschlagsentscheidung führen könnten, enthalten. Ebenso sind praktisch alle Nachprüfungsanträge mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verbunden und hat der Bieter (Antragsteller) daher die Möglichkeit einerseits Akteneinsicht zu nehmen und andererseits eine ausführliche schriftliche Stellungnahme abzugeben. Eine Frist von 10 Tagen bei Übermittlung der Zuschlagsentscheidung auf elektronischem Wege oder mittels Telefax an die vom Bieter im Vergabeverfahren bekannt gegebene Telefaxnummer ist jedenfalls ausreichend.

Mit freundlichen Grüßen

**Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.**

A blue ink signature of Dr. Katharina Kohlmaier.

Dr. Katharina Kohlmaier  
Leiterin Rechtsabteilung

A blue ink signature of Mag. Claudius Weingrill.

Mag. Claudius Weingrill  
stv. Leiter Rechtsabteilung