



Bundeskanzleramt  
c/o Herr Dr. Michael Fruhmann

Ballhausplatz 2  
1014 Wien

Der Präsident

A-1040 Wien  
Karlgasse 9  
Fon: (+43-1) 505 58 07  
Fax: (+43-1) 505 32 11  
E-mail: office@arching.at  
Web: www.arching.at

Wien, 24.8.2005, GZ 252-4/05/rs

**Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG)  
Ihre GZ BKA-600.883/0050-V/A/8/2005**

Sehr geehrter Herr Dr. Fruhmann!

Die Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten (BAIK) erlaubt sich, zum vorliegenden Entwurf für ein Bundesvergabegesetz 2006 folgende Stellungnahme abzugeben:

Einleitend hält die BAIK fest, dass sie grundsätzlich die gewählte Form der Neuerlassung begrüßt. Sowohl die Beseitigung der Verweisketten als auch die Trennung der Bestimmungen für den „klassischen“ Bereich und den Sektorenbereich sind aus Gründen der Transparenz und der leichteren Lesbarkeit zu begrüßen.

Allerdings befürchtet die BAIK, dass die beachtliche Erweiterung des Gesetzestextes auf insgesamt 363 Paragraphen zu erheblichen Schwierigkeiten bei der Anwendung führen könnte und in der Folge eine geringere Akzeptanz des Gesetzes nach sich ziehen würde.

Auf jene Themenbereiche, die für die Vergabe von Architekten- und Ingenieurdienstleistungen von ganz besonderer Bedeutung sind, erlaubt sich die BAIK in ihrer Stellungnahme zum Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) wie folgt näher einzugehen:

**I. Trennung der Vergabe von Planung und Ausführung**

Wie bereits mehrfach in früheren Stellungnahmen und auch bei persönlichen Gesprächen dargelegt, fordert die BAIK die Verankerung des Prinzips der getrennten Vergabe von Planung und Ausführung als Regelfall in § 24 Abs 1 des neuen BVergG 2006. Die BAIK stützt sich auf den 9. Erwägungsgrund der RL 2004/18/EG, welcher die einzelnen Mitgliedstaaten ermächtigt, eine derartige Regelung auch in den nationalen Vergabegesetzen aufzunehmen.

ZT  
Ziviltechniker sind staatlich  
befugte und beedete Architekten  
und Ingenieurkonsulenten

Mit einer derartigen Klarstellung im BVergG 2006 kann die Einhaltung der Qualitätsstandards und eine kostengünstige Vergabe sichergestellt werden. In diesem Zusammenhang schlägt daher die BAIK folgende Textänderung des § 24 Abs 1 BVergG 2006 vor:

*„§ 24 (1) Besonders umfangreiche Leistungen können örtlich, zeitlich oder nach Menge und Art getrennt vergeben werden. Leistungen verschiedener Handwerks- und Gewerbebezüge oder Fachrichtungen können getrennt vergeben werden. **Der Auftraggeber hat die Leistungen getrennt zu vergeben, sofern nicht wirtschaftliche und qualitative Gesichtspunkte eine gemeinsame Vergabe erfordern. Maßgebliche wirtschaftliche und qualitative Gesichtspunkte sind insbesondere die ressourcenmäßige Ausstattung jenes Rechtsträgers zur Durchführung des Vergabeverfahrens und der Auftragsabwicklung, dem die Auftragsvergabe zuzurechnen ist, sowie die Notwendigkeit einer einheitlichen Ausführung und einer eindeutigen Gewährleistung.**“*

Erläuternde Bemerkungen:

*Bei besonders umfangreichen Leistungen im Sinne des § 24 Abs 1 ist der Auftraggeber frei (argumentum: „kann“), ob er diese getrennt vergibt oder nicht; es besteht dabei kein gesetzlicher Vorbehalt zugunsten einer Gesamt- oder gewerkweisen Vergabe.*

*Aus dem klaren Wortlaut des Abs 1 letzten Satz ergibt sich aber, dass eine getrennte Vergabe von Leistungen dann zwingend ist, wenn keine wirtschaftlichen oder qualitativen Gesichtspunkte vorliegen, die eine gemeinsame Vergabe notwendig machen. Ob die wirtschaftlichen oder qualitativen Gesichtspunkte im Einzelfall eine gemeinsame Vergabe erfordern, hat derjenige zu beweisen, der sich auf die Zulässigkeit der gemeinsamen Vergabe beruft. Durch diesen grundsätzlichen Vorbehalt zugunsten einer getrennten Vergabe von Leistungen wird ein möglichst hoher Wettbewerb sichergestellt, weil dadurch die ansonsten zwangsläufige Bildung von Bietergemeinschaften vermieden wird. Durch die Möglichkeit, bei Vorliegen berechtigter wirtschaftlicher und qualitativer Gründe, auch die Leistungen gemeinsam zu vergeben, ist die Realisierung von Großprojekten (PPP etc) gewährleistet. Solche Projekte können nämlich ohne eine interdisziplinäre Bieterbeteiligung in der Regel nicht verwirklicht werden. Damit wird auch dem Anliegen in der 9. Begründungserwägung der Richtlinie 2004/18/EG Rechnung getragen, keinen kategorischen Ausschluss der gemeinsamen oder getrennten Vergabe zu statuieren. Berechtigte wirtschaftliche und qualitative Gründe liegen allerdings dann nicht vor, wenn der Auftraggeber versucht, insbesondere durch die konkrete organisatorische Abwicklung des Vergabeverfahrens oder der Auftragserfüllung den Vorbehalt der getrennten Vergabe zu umgehen sowie den gegebenenfalls zu beachtenden architektonischen Belangen keine angemessene Bedeutung beizumessen.*

## II. Vergabe geistiger Leistungen

Die von der BAIK vertretenen Ingenieurkonsulenten begrüßen, dass nunmehr der umfassendere Begriff „geistige Dienstleistungen“ in § 2 Z 17 BVergG 2006 Einzug gefunden hat.

a) Definition der geistigen Dienstleistung

Einleitend ist festzuhalten, dass die Vergabe geistiger Leistungen nach Ansicht der BAIK, herrschender Lehre und Judikatur – unbeschadet der Direktvergabe - zwingend in einem Verhandlungsverfahren zu vergeben sind. Bei Architekturleistungen wäre im Gesetz vorzusehen, dass jedenfalls ein Architekturwettbewerb vorzuschalten ist.

Die BAIK fordert mit Nachdruck, dass durch die Neuformulierung des BVergG nicht der Eindruck erweckt werden darf, dass Projekte von Architekten durch eine konstruktive oder funktionale Leistungsbeschreibung beschrieben werden können.

Bei geistigen Leistungen ist eine Vergleichbarkeit der Angebote unmöglich, da die Lösung der Aufgabenstellung erst im Laufe der Leistungserbringung entsteht. Beschreibbar ist dabei bloß die Aufgabenstellung, nicht aber der zu wählende Weg der Lösung. Vielmehr ist es das Hauptmerkmal einer geistigen Leistung, dass diese eben nicht im vorhinein eindeutig und vollständig beschreibbar ist und folglich eine Vergleichbarkeit der Angebote unmöglich ist.

Ist folglich bei der funktionalen Leistungsbeschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote zu gewährleisten, kann nicht gleichzeitig eine geistige Leistung funktional ausgeschrieben werden, da bei geistigen Leistungen jegliche Beschreibung unmöglich ist und folglich die Angebote auch niemals vergleichbar sind.

Da sich somit der logische Schluss ergibt, dass für geistige Leistungen überhaupt keine Leistungsbeschreibung - demnach auch keine funktionale Leistungsbeschreibung - möglich ist, ist § 2 Z 17 BVergG 2006 dahingehend abzuändern, dass dieser zu lauten hat:

*„Geistige Dienstleistungen sind Dienstleistungen, die nicht zwingend zum gleichen Ergebnis führen, weil ihr wesentlicher Inhalt in der Lösung einer Aufgabenstellung durch Erbringung geistiger Arbeit besteht.*

***Für derartige Leistungen ist ihrer Art nach nur eine Ziel- oder Aufgabenbeschreibung als Ausgangspunkt eines Verhandlungsverfahrens, nicht jedoch eine vorherige eindeutige und vollständige Beschreibung der Leistung (konstruktive Leistungsbeschreibung / funktionale Leistungsbeschreibung) möglich.“***

§ 96 Abs 1 BVergG 2006 sollte wie folgt geändert werden:

***„Die Beschreibung der Leistung kann wahlweise konstruktiv oder funktional erfolgen. Für geistige Leistungen ist eine Leistungsbeschreibung nicht möglich.“***

b) Wahl des Vergabeverfahrens

Die im Rahmen des BVergG 2002 vorgenommene Klarstellung in den Erläuterungen betreffend die Wahl des Vergabeverfahrens für geistige Leistungen ("Kann-Bestimmung" ist als "muss" zu verstehen) war für die Anwender des BVergG eine große Hilfe. Es sollte jedoch in dem neuen § 32 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 die diesbezügliche Klarstellung direkt im Gesetzestext erfolgen.

Darüber hinaus mögen im endgültigen Text des BVergG auch die in Art. 30 Abs. 1 lit. c RL 2004/18/EG genannten "Bauplanungsdienstleistungen" expressis verbis aufgenommen werden.

Die BAIK schlägt daher vor, § 32 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 wie folgt zu ändern:

*„3. die zu erbringenden Dienstleistungen dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden kann.*

*Geistige Dienstleistungen (§ 2 Z 17), wie zB Bauplanungsdienstleistungen, sind jedenfalls im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung zu vergeben.“*

#### c) Vergütung bestimmter Dienstleistungen

Weiters ersucht die BAIK, dass der 47. Erwägungsgrund der RL 2004/18/EG im BVergG übernommen wird, der klarstellt, *„dass die Zuschlagskriterien nicht die Anwendung nationaler Bestimmungen beeinträchtigen dürfen, die die Vergütung bestimmter Dienstleistungen, wie beispielsweise die Vergütung von Architekten, Ingenieuren und Rechtsanwälten, regeln.“*

### III. Architekturwettbewerb

Das primäre Ziel eines Planungswettbewerbes, nämlich im Rahmen bestimmter Vorgaben das fachlich beste Projekt zu erlangen, kann nur erreicht werden, wenn die Preisrichter über eine entsprechende fachliche Qualifikation verfügen. Daher fordert die BAIK, dass in § 155 Abs 4 BVergG 2006 bei Planungswettbewerben *„mindestens die Hälfte der Preisrichter“* und nicht nur *„mindestens ein Drittel“* über eine entsprechende fachliche Qualifikation verfügen muss. Auch die Unabhängigkeit der Preisrichter ist durch das BVergG 2006 zu gewährleisten.

Darüber hinaus begrüßt die BAIK die ersten beide Sätze des § 155 Abs 6: *„Das Preisgericht ist bei der Auswahl des oder der Wettbewerbsgewinner unabhängig. Es hat diese Auswahl auf Grund von Wettbewerbsarbeiten, die anonym vorgelegt werden, und nur auf Grund der Beurteilungskriterien zu treffen.“* Es sollte jedoch in den Erläuterungen näher ausgeführt werden, dass sich der Auslober deklarieren kann, dass er nur mit dem Gewinner verhandelt. Wenn er sich insofern festlegt, sollte er aus Gründen der Rechtssicherheit für den Bewerber/Bieter daran gebunden bleiben. Dies hat auch Vorteile für den Auslober selbst, da es in diesem Fall sicherlich wesentlich mehr Teilnehmer am Wettbewerb geben wird und dem Auslober somit eine größere Auswahl an Projekten zur Verfügung steht. Es wäre für die BAIK höchst bedenklich, wenn dem Auslober die Möglichkeit gegeben wird, die Frist, einen Vertrag mit dem Gewinner abzuschließen, ohne Angabe von Gründen und besonderen Umständen verstreichen zu lassen, um so dann mit dem 2. Gewinner in Verhandlungen zu treten.

Auch begrüßt die BAIK die Regelung des Abs 3 Z 6, worin in der Wettbewerbsordnung anzugeben ist, *„ob ein oder mehrere Gewinner des Wettbewerbs ermittelt werden sollen;“*.

### IV. Vergabe unter dem Schwellenwert

Die Subschwellenwerte für die Wahl der einzelnen Vergabeverfahren sollten im BVergG 2006 vereinheitlicht und wesentlich angehoben werden. Der „Professorenentwurf“ sah eine Anhebung der Betragsgrenzen vor, wobei auch diese Betragsgrenzen aus Sicht der BAIK noch zu gering angesetzt waren. Zu geringe Wertgrenzen im Unterschwellenbereich lassen eine Durchführung von Vergabe-

verfahren im Hinblick auf den Wert der Leistung als ökonomisch nicht vertretbar erscheinen.

Bei der Direktvergabe von geistigen Leistungen fordert die BAIK eine Anhebung des Schwellenwertes auf mindestens € 50.000,-. Laut dem vorliegenden Gesetzesentwurf wurde begrüßenswerterweise bereits im Sektorenbereich der Subschwellenwert von € 30.000,- auf € 60.000,- angehoben.

Weiters sollte jedenfalls bei den Schwellenwerten eine Inflationsanpassung vorgesehen werden.

#### Beibehaltung des § 26 Abs 4 BVergG 2002

Die BAIK fordert weiterhin die Beibehaltung des § 26 Abs 4 BVergG 2002. Für diese Sonderregelung sind zwei sachliche Erwägungen anzuführen: Erstens, es handelt sich um geistige Leistungen, dh. um einen besonderen Typ von Dienstleistungen, und zweitens, das Quantifizierungsverfahren der angebotenen Lösungsansätze, das der Auftraggeber aufgrund der Eigenart der Leistung anwenden muss, bringt gesamt betrachtet zwangsläufig einen hohen wirtschaftlichen Aufwand mit sich, der in keiner vernünftigen wirtschaftlichen Relation zum geschätzten Auftragswert steht.

§ 26 (4) BVergG 2002 hat sich schon im Hinblick auf die Gebote der Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit sehr bewährt und sollte daher jedenfalls beibehalten bleiben.

Die BAIK schlägt daher vor, den Wortlaut des § 26 (4) BVergG 2002 unter § 40 Abs 2 BVergG 2006 zu subsumieren. Auch bei diesem Verfahren sollten die Schwellenwerte angehoben werden, sodass ein Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter bis zu einem Schwellenwert von € 236.000,- bzw € 154.000,- für zentrale Beschaffungsstellen möglich ist.

#### **V. Bewertungskommissionen bei Vergabeverfahren**

Sofern bei Vergabeverfahren eine „Bewertungskommission“ zur Beurteilung gewisser Kriterien eingesetzt wird, sollte im neuen BVergG 2006 zur Sicherstellung des Qualitätswettbewerbes und der Vergabesicherheit generell vorgesehen werden, dass mindestens 1/3 der Mitglieder einer „Bewertungskommission“ über eine entsprechende fachliche Qualifikation verfügen muss wie die Bewerber/Bieter. So hat der Auftraggeber die Sicherheit, dass die Entscheidung dieser Bewertungskommission fachkundig erfolgt und keiner Anfechtung unterliegt.

#### **VI. Ausschreibung**

Aufgrund der Erfahrungen der BAIK sind Ausschreibungen oftmals zu wenig detailliert formuliert. Den Auftragnehmern wird dadurch das Risiko aufgebürdet, nicht in der Ausschreibung angeführte Leistungen, die aber zur Erbringung der Gesamtleistung erforderlich sind, ohne gesonderte Vergütung zu tätigen. Zur Verbesserung der Vergabekultur schlägt die BAIK daher folgende Klarstellung in § 81 Abs 3 vor:

*„Die Ausschreibungsunterlagen sind so auszuarbeiten, dass **der Auftragsinhalt eindeutig und vollständig umschrieben**, die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt ist und die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und*

- sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung gemäß § 96 Abs 3 erfolgt
- ohne umfangreiche Vorarbeiten von den Bietern ermittelt werden können“.

## VII. Auftragswert

### Skontoproblematik bei der Errechnung des Auftragswertes

Die Vergabepraxis hat gezeigt, dass manche Bieter dem Auftraggeber ein Skonto gewähren, wenn dieser binnen eines festgelegten Zeitraums das Honorar bezahlt. Dabei ist festzustellen, dass manche Auftraggeber ein Skonto in den Angebotspreis von vornherein einberechnen, manche jedoch nicht. Die BAIK fordert daher aus Gründen des fairen Wettbewerbs und der Rechtssicherheit eine gesetzliche Klarstellung, damit es in Zukunft zu weniger Streitfällen aufgrund der ungeklärten Skontoproblematik kommt.

## VIII. Zuschlagsprinzip

### Ausschluss Billigstbieterprinzips

Die BAIK lehnt vehement die Formulierung des § 101 BVergG 2006 ab, welcher den Auftraggebern im Unterschwellenbereich die freie Wahl des Zuschlagsprinzips einräumt und sogar das Billigstbieterprinzip zum Regelfall erhebt, sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung erfolgt. Die BAIK spricht sich klar gegen das Billigstbieterprinzip und für einen Qualitätswettbewerb aus. Gerade ein Qualitätswettbewerb ist die einzige Vergabeform, welche eine technisch optimale Vergabe von geistigen Dienstleistungen für den Auftraggeber garantiert.

Auch erscheint aufgrund der derzeitigen Vergabepraxis ein ausdrücklicher Ausschluss des Billigstbieterprinzips bei der Vergabe von geistigen (Ziviltechniker-) Dienstleistungen im klassischen (§ 131 BVergG 2006) wie auch im Sektorenbereich (§ 265 BVergG 2006) im BVergG 2006 dringend geboten.

### Netto-Brutto Problematik

Nach dem Entwurf des BVergG 2006 erfolgt die Berechnung des Schwellenwertes wie bisher anhand des geschätzten Auftragswertes ohne Umsatzsteuer (Nettopreis). Es besteht jedoch weiterhin keine Regelung, ob beim **Zuschlag** der Brutto- oder Nettopreis maßgeblich ist.

In der Praxis besteht die konkrete Problematik, dass ausländische Unternehmer, die grenzüberschreitende Dienstleistungen in Österreich erbringen, in gewissen Fällen dem geringeren Mehrwertsteuersatz eines anderen Staates unterliegen und daher in einem Vergabeverfahren einen Wettbewerbsvorteil gegenüber österreichischen Unternehmern besitzen.

Daher ist eine Klarstellung notwendig, dass auch der Zuschlag nach dem Nettopreis erfolgt, da sich nämlich aufgrund der unterschiedlichen USt-Sätze im In- und Ausland sonst Nachteile für Bieter, wie insbesondere auch Ziviltechniker, auch weiterhin ergeben werden.

## IX. Preisverhandlungen

Im BVergG 2002 wird in § 96 Abs 2 ausdrücklich geregelt, dass während eines Verhandlungsverfahrens mit einem oder mehreren Bietern über den gesamten Auftragsinhalt verhandelt werden darf. Weiters sind Verhandlungen, die bloße Preisänderungen zum Inhalt haben, unzulässig.

Die BAIK fordert im Sinne der Durchführung von effizienten Verhandlungsverfahren eine Wiederaufnahme dieser Regelung in das neue BVergG 2006

## X. Prüfung / Beurteilung der Angebote

Gem § 123 BVergG 2006 sind Sachverständige bei der Prüfung und Beurteilung eines Angebots beizuziehen. Die BAIK ersucht in der endgültigen Fassung des BVergG 2006, die Ziviltechniker einschlägigen Fachgebietes expressis verbis als Sachverständige anzuführen. Zumindest aber müsste ein entsprechender Hinweis in den Erläuterungen erfolgen.

## XI. Nachweise

### Eignungsnachweis

Gem § 71 BVergG 2006 müssen die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Wettbewerb zum Zeitpunkt der Vorlage der Wettbewerbsarbeiten, beim nicht offenen und geladenen Wettbewerb zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten vorliegen. Jedoch muss beim Verhandlungsverfahren die Eignung lediglich „grundsätzlich“ zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe gegeben sein. Die BAIK fordert daher eine Klarstellung, ob hier offensichtlich Ausnahmen möglich sein sollen.

Weiters sollte aus Gründen der Vereinfachung der Nachweis der aufrechten Ziviltechnikerbefugnis gem § 73 BVergG 2006 die Strafregisterbescheinigung ersetzen können, da nämlich die ZT-Befugnis gem § 17 Abs 1 Z 2 Ziviltechniker-gesetz ohnedies durch bestimmte rechtskräftige Verurteilungen erlischt.

Auch kann gem § 80 BVergG 2006 der Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen bis zu einem bestimmten Auftragswert (bei Dienstleistungsaufträgen bis Euro 60.000,00) von einem dokumentarischen Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit absehen, sofern aufgrund einer Einschätzung des Auftraggebers keine Zweifel am Vorliegen der Eignung eines Bieters oder Bewerbers bestehen. Dies lässt nach Ansicht der BAIK den Schluss zu, dass bei der Vergabe von Aufträgen über diesen Werten auf jeden Fall entsprechende dokumentarische Nachweise vom Auftraggeber gefordert werden **müssen**.

Daher bittet die BAIK um eine Klarstellung, dass es dem Ermessen des Auftraggebers überlassen ist, ob er die oa Nachweise verlangt oder beispielsweise mit einer eidesstattlichen Erklärung über das Vorliegen der entsprechenden Eignung das Auslangen findet und lediglich bei begründeten Zweifelsfällen zusätzliche Nachweise anfordert.

### Leistungsfähigkeit

Gem § 78 BVergG 2006 ist die technische, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit des Bieters substituierbar.

Diese Regelung wird von der BAIK auf das Nachdrücklichste abgelehnt. Wenn die Leistungsfähigkeit des Bieters vollständig durch Dritte ersetzt werden kann, würden hinkünftig nur mehr „Strohänner“ an Vergabeverfahren teilnehmen. Für Teilbereiche eines Gesamtauftrages soll der Nachweis durch Dritte jedoch möglich sein, wobei eine Grenze eingezogen werden müsste.

Jedenfalls müsste bei einer allfälligen vollen Substituierbarkeit der Leistungsfähigkeit des Bieters geregelt werden, dass der Generalunternehmer und die Unternehmer im Auftragsfall solidarisch haften und diese dies mit einer schriftlichen Erklärung bestätigen.

Der BAIK ist es ein weiteres großes Anliegen, dass expliziert normiert wird, dass nicht die **Befugnis** und/oder die **Zuverlässigkeit** des Bieters substituierbar ist. Eine solche Substituierung soll nur in Form der Einbeziehung als Mitbieter (in der Arbeits- oder Bietergemeinschaft) möglich sein und nicht in einer sonst völlig offenen Form. Darüber hinaus muss sichergestellt werden, dass ein solcher „anderer Unternehmer“ seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in einem Vergabeverfahren nur **einem** Bieter(konsortium) zur Verfügung stellt, nicht jedoch beliebig vielen. Ein allfälliger „Handel“ mit substituierten Leistungsfähigkeiten muss jedenfalls unterbunden werden, da dieser sachlich keineswegs gerechtfertigt wäre.

### Verzeichnis

Aus Gründen der Vergabeeffizienz und Rechtssicherheit würde es die BAIK sehr begrüßen, wenn in § 72 BVergG 2006 nur **ein** einschlägiges und allgemein zugängliches Verzeichnis einer neutralen Stelle, zB der ANKÖ, verankert wird. Sektorenauftraggeber und öffentliche Auftraggeber sollen auch in Zukunft auf den Nachweis der Befugnis, vergaberechtlicher Zuverlässigkeit sowie wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit von Unternehmer elektronisch zugreifen können.

## **XII. Wettbewerblicher Dialog**

Grundsätzlich ist für die Vergabe geistiger Leistungen von Architekten und Ingenieurkonsulenten nach Ansicht der BAIK nur das Verhandlungsverfahren das adäquate Vergabeverfahren bzw der Architekturwettbewerb mit anschließendem Verhandlungsverfahren das adäquate Vergabeverfahren. Aus diesem Grund lehnt die BAIK den Wettbewerbliche Dialog als weiteres Vergabeverfahren mit Nachdruck ab.

Da jedoch der Wettbewerbliche Dialog in § 36 BVergG 2006 aufgenommen wurde, sollte das Procedere, wie dieser abzuwickeln ist, im endgültigen Text des BVergG 2006 entsprechend geregelt sein. Die BAIK hat in mehreren Stellungnahmen bereits ausgeführt, dass beim Wettbewerblichen Dialog insbesondere im Bereich der Dienstleistungen gem. Kategorie 12, Anhang II A der RL 2004/18/EG, wo der Einsatz vermehrter geistiger Leistung und die Beistellung entsprechenden Know-hows schon in der Angebotsphase notwendig ist, urheber- und verwertungsrechtliche Regelungen vorzusehen wären.



Die BAIK fordert überdies Klarstellungen betreffend Ende des Dialogs und Beginn der Leistungserbringung, sowie eine Verpflichtung des Auftraggebers den realistisch zu erwartenden Aufwand in der Bekanntmachung des Wettbewerblichen Dialogs bekannt zu geben. Weiters sollte geregelt werden, wie viele Gesprächsrunden verlangt werden dürfen und ob die Teilnehmer den Abschluss des Dialogs fordern dürfen.

Jedenfalls muss für den Auftraggeber auch die Verpflichtung zur aufwandsadäquaten Vergütung des „vorläufigen Lösungskonzepts“ an die Teilnehmer am Wettbewerblichen Dialog nach allenfalls bestehenden Honorarregelungen vorgesehen werden.

### **XIII. Urkundstätigkeit**

Bei der Erstellung von öffentlichen Urkunden der ZT – ebenso wie jenen der Notare - handelt es sich nach allgemeiner Rechtsmeinung um **hoheitliche Tätigkeiten**. Es liegt in der Eigentümlichkeit solcher Tätigkeit, dass sich ihr Leistungsumfang und Ablauf – gleichartig wie bei der Erstellung von Gerichtsgutachten – in aller Regel erst im Laufe der Bearbeitung ergibt, keinesfalls aber im Vorhinein - weder durch eine konstruktive noch durch eine funktionale Leistungsbeschreibung - hinreichend determiniert werden könnte. Ebenso wie die Bestellung eines Sachverständigen durch das Gericht in erster Linie von dessen (persönlicher) Kompetenz und Erfahrung getragen wird, wird auch bei der Beauftragung für die Erstellung von öffentlichen Urkunden die jeweilige persönliche Qualifikation ausschlaggebend sein.

Gegenüber Sachverständigengutachten, die für das Gericht bloß eine Entscheidungshilfe darstellen, an die es jedoch nicht gebunden ist, geht die Rechtswirkung von öffentlichen Urkunden wesentlich weiter, da solche gemäß §§ 292 ff ZPO vollen Beweis dessen erbringen, was von der Urkundsperson (ZT) beurkundet wird. Nach § 4 Abs. 3 ZTG haben Urkunden der Ziviltechniker dieselbe Beweiskraft wie behördliche Ausfertigungen, womit ebenfalls eine absolute Sonderstellung der Urkundstätigkeit gegenüber „gewöhnlichen“ geistigen Dienstleistungen im Vergaberecht begründet ist.

Daher dürfte aus Sicht der BAIK somit die Vergabe jener Dienstleistungen, die – begründet durch einschlägige Materienetze – (ausschließlich bzw. weit überwiegend) in der Erstellung öffentlicher Urkunden bestehen, nicht unter den Regelungsbereich des BVergG 2006 fallen soll und sollte daher als weiterer Absatz in § 10 BVergG 2006 vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen werden.

### **XIV. Leistungsverzeichnisse - Verweis auf ÖNORMen**

Die BAIK möchte in ihrer Stellungnahme darauf hinweisen, dass das Bundesvergabeamt bereits mit ihrer Entscheidung vom 23.4.2004, 17F-13/03-11 eindeutig bestätigt hat, dass das Abweichen von geeigneten Leitlinien, wie zB ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen als sachlich nicht gerechtfertigt zu qualifizieren ist und somit vergaberechtswidrig ist. Jedoch wurde in den §§ 98 Abs 2 und 100 Abs 2 diese Entscheidung nicht berücksichtigt, da eine „Erleichterung hinsichtlich der Möglichkeit, von bestehenden Leitlinien abzuweichen“ für den Auftraggeber eingeräumt wird. In der Folge würden Auftraggeber ihre Aus-

schreibungen gänzlich ohne Bezugnahme auf ÖNORMen und standardisierte Leistungsbeschreibungen beliebig verändern können, wodurch Rechtsunsicherheit für die Konsumenten entstehen würde und die Kosten der Auftraggeber aufgrund der Bauverzögerungen ansteigen würden, die durch Rechtsstreitigkeiten entstehen.

Aus diesem Grund fordert die BAIK eine Beibehaltung der bisherigen Regelung, wonach von geeigneten Leitlinien wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen nur in sachlich gerechtfertigten Fällen abgewichen werden kann.

## **XV. Rechtsschutz**

### Antragslegitimation der Interessensvertretungen

Die BAIK begrüßt die Aufwertung der Funktion der Bundesvergabekontrollkommission (B-VKK) im 4. Teil des BVergG 2006 (der irrtümlicherweise im Gesetzesentwurf als 5. Teil angegeben wurde), als Schlichtungsstelle zwischen der vergebenden Stelle und einem Bewerber oder Bieter.

Jedoch ist es der BAIK unverständlich, warum ihr als gesetzliche Interessensvertretung der Ziviltechniker die Legitimation, ein Schlichtungsersuchen vor der B-VKK zu stellen, in Hinkunft nicht mehr zustehen soll. Mit einer derartigen Antragslegitimation der jeweils zuständigen Interessensvertretung können vergaberechtswidrige Verträge verhindert werden, wodurch sich der Auftraggeber kostenintensive und lang andauernde Rechtsmittelverfahren erspart.

Aus diesem Grund spricht sich die BAIK für eine Änderung des § 298 Abs 2 BVergG 2006 dahingehend aus, die alte Regelung des § 159 Abs 2 BVergG 2002 beizubehalten.

Auch im Verfahren vor dem Bundesvergabeamt soll den jeweils zuständigen Interessensvertretungen eine Antragslegitimation zu kommen, zumal die Gebühren eines Nachprüfungsverfahrens sehr hoch sind und von Einzelpersonen das Risiko eines derartigen Rechtsschutzverfahrens kaum getragen werden kann. Weiters würde die Parteienstellung der Interessenvertretung verhindern, dass einzelne Antragsteller möglicherweise durch die Inanspruchnahme eines Rechtsmittels künftig Nachteile im Hinblick auf ihre Auftragslage erleiden. Nur so ist gewährleistet, dass umfassender Rechtsschutz gegeben ist, der zur Verbesserung der Vergabekultur außerordentlich wichtig ist.

### Rechtsschutz im Unterschwellenbereich

Die Rechtsschutzregelungen im Unterschwellenbereich haben zu einer wesentlichen Verbesserung der Vergabekultur geführt, weshalb die Bestimmungen im derzeitigen Umfang bestehen bleiben sollen.

### Kosten des Rechtsschutzes

Grundsätzlich ist die Regelung des § 332 BVergG positiv zu bewerten, wonach für Anträge betreffend den Erlass einer Einstweiligen Verfügung nur noch eine Gebühr in der Höhe von 50% der für den Nachprüfungsantrag anfallenden Gebühr zu entrichten ist. Weil ein Nachprüfungsantrag nur gekoppelt mit einer Einstweiligen Verfügung sinnvoll ist, sollen daher wirtschaftlich gesehen das Nachprüfungsverfahren und die Einstweilige Verfügung als EIN Verfahren ange-

sehen werden, was zur Folge hat, dass die Gebühr nur einmal anfällt. Die BAIK ersucht um diesbezügliche Berücksichtigung im endgültigen Gesetzestext.

#### Fachsenate

Die BAIK ersucht bei der Bildung und Zusammensetzung der Senate sowohl bei der BVKK als auch dem BVA wieder die gesetzliche Fixierung auf die Bildung von Fachsenaten entsprechend § 142 Abs 2 BVergG 2002 beizubehalten.

### **XVI. Zu einzelnen Fragen aus dem Begleitschreiben des BKA**

#### Ad Frage 1)

Die BAIK bezweifelt, dass solche formalen Einschränkungen den Wettbewerb in „engen Märkten“ tatsächlich beeinflussen können. In der derzeitigen Vergabepraxis werden die Bietergemeinschaften oft auf 2 Bieter je Bietergemeinschaft eingeschränkt.

Die BAIK fordert, dass Regelungen in das BVergG 2006 aufgenommen werden, welche eine beliebige Anzahl von Bietern je Bietergemeinschaft gesetzlich erlaubt. Zumindest sollten jedoch 3 bis 5 Bieter zugelassen werden.

#### Ad Frage 2)

Gem § 78 BVergG 2006 ist die technische, wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit des Bieters substituierbar.

Diese Regelung wird von der BAIK auf das Nachdrücklichste abgelehnt. Wenn die Leistungsfähigkeit des Bieters vollständig durch Dritte ersetzt werden kann, würden hinkünftig nur mehr „Strohänner“ an Vergabeverfahren teilnehmen. Für Teilbereiche eines Gesamtauftrages soll der Nachweis durch Dritte jedoch möglich sein, wobei eine Grenze eingezogen werden müsste.

Jedenfalls müsste bei einer allfälligen vollen Substituierbarkeit der Leistungsfähigkeit des Bieters geregelt werden, dass der Generalunternehmer und die Unternehmer im Auftragsfall solidarisch haften und diese dies mit einer schriftlichen Erklärung bestätigen.

#### Ad Frage 3)

Für Dienstleistungen der Ziviltechniker soll im Sinne der Qualitätssicherung und des Verbraucherschutzes sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip verpflichtend sein.

#### Ad Frage 4)

Generell unterstützt die BAIK die Berücksichtigung des Grundsatzes der Umweltgerechtigkeit der Leistung im Vergabeverfahren. In wie weit eine KANN-Bestimmung mit entsprechenden Erläuterungen ausreichen würde, kann jedoch nach Ansicht der BAIK erst im Laufe des Anwendungsprozesses des BVergG 2006 abschließend geklärt werden.

#### Ad Frage 5)

Prinzipiell sollte wahlweise auch eine Übermittlung per FAX oder auf elektronischem Wege möglich sein.

#### Ad Frage 6)

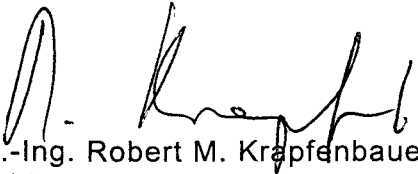
Generell begrüßt die BAIK die Aufwertung der B-VKK im Schlichtungsverfahren zwischen der vergebenden Stelle und eines Bewerbers oder Bieters. Die BAIK

fordert die Wiederaufnahme der Antragslegitimation der Interessensvertretungen für Schlichtungsansuchen.

Weiters ist eine Hemmung der Präklusionsfristen sehr positiv zu bewerten. Jedoch sollten prinzipiell die Fristen verlängert werden, damit auch Interessensvertretungen entsprechend agieren können.

Abschließend hält die BAIK fest, dass die dem Bundeskanzleramt bereits vorab übermittelten Punktationen selbstverständlich weiterhin aufrecht bleiben. Die BAIK ersucht um entsprechende Berücksichtigung dieser Stellungnahme und verbleibt

mit freundlichen Grüßen

  
Dipl.-Ing. Robert M. Kröpfenbauer  
Präsident

