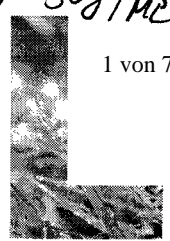


PRÄSIDIUM



lebensministerium.at

per E-Mail: va8@bka.gv.atBundeskanzleramt Verfassungsdienst
Abt. V/8Ballhausplatz 2
1014 Wien
Österreich

Wien, am 18.08.2005

Ihr Zeichen/Ihre Geschäftszahl
Ihre Nachricht vom

BKA-600.883/0050/VA/8/2005

Unsere Geschäftszahl

BMLFUW-
LE.5.6.2/0376-
PR/3/2005

Sachbearbeiter(in)/Klappe

Mag. Rady/51522/1639
Mag. Fischer/71100/6812**Bundesvergabegesetz 2006; Aussendung zur Begutachtung**

Zu den Diskussionspunkten des vorliegenden Schreibens GZ. BKA-600.883/0050-VA/8/2005 nimmt das BMLFUW wie folgt Stellung:

Hinsichtlich § 23 Abs. 2, § 78 und der Wahlfreiheit der Zuschlagsprinzipien (Best- oder Billigstbieter) bestehen gegen die im gegenständlichen Begutachtungsentwurf verwendeten Formulierungen keine Einwände.

Aus ho. Sicht wird die Möglichkeit der elektronischen Übermittlung der Bekanntmachungen an das zuständige Publikationsorgan im Oberschwellenbereich als ausreichend angesehen, insbesondere im Hinblick darauf, dass den Auftraggebern damit die Möglichkeit gegeben wird, dass die derzeit einzuhaltenden Fristen verkürzt werden könnten.

Das BMLFUW befürwortet die derzeitige Regelung im Begutachtungsentwurf, wonach die Umweltgerechtigkeit der Leistung auch bei Vergaben im Oberschwellenbereich verpflichtend zu berücksichtigen ist.

Ausdrücklich begrüßt wird die institutionelle Beibehaltung der BVKK sowie insbesondere die Hemmung der Antragsfrist beim BVA während eines anhängigen Schlichtungsverfahrens vor



der BVKK. Durch die Einführung der Fristenhemmung wird das Risiko des Zeitverlustes für allfällige BVA-Anträge abgefangen und dadurch erst der – sinnvollen und kostensparenden – Schlichtungstätigkeit der BVKK überhaupt ein Raum eingeräumt.

Zu den übrigen Bestimmungen des vorliegenden Begutachtungsentwurfs wird folgendes angemerkt:

Auslegung des Vergaberechts: Die Verletzung von Bestimmungen des BVergG wäre am Maßstab der Grundsätze des § 22 Abs. 1 zu prüfen.

Das Bundesvergabegesetz 2006 enthält eine sehr detaillierte gesetzliche Regelung einzelner Vorgangsweisen und Tatbestände, die weit über die Regelungsdichte der EU-Vergaberichtlinien hinausgeht. Es wird argumentiert, dass dadurch die Rechtssicherheit nicht gewährleistet wäre.

Aus der Erfahrung einer ausschreibenden Stelle wird dazu festgehalten, dass die Vielzahl der gesetzlich festgehaltenen Anforderungen immer wieder dazu führt, dass versehentlich einzelne der gesetzlich vorgesehenen Vorgaben nicht in Ausschreibungen aufgenommen werden. Es wäre daher dringend erforderlich, die in den EB zu § 22 (Grundsätze) angeführte „Anleitung“ zur Auslegung des Vergaberechts, nämlich dass die Verletzung von Bestimmungen des BVergG am Maßstab der Grundsätze des § 22 Abs. 1 zu prüfen wäre, an prominenter Stelle, möglichst selbst im Gesetz zu platzieren.

Dadurch wäre klargestellt, dass nicht jedes Verhalten des Auftraggebers, das im Widerspruch zu Bestimmungen des BVergG steht, bereits zur Rechtswidrigkeit einer Ausschreibung oder eines laufenden Vergabeverfahrens (und zwangsweise zum Widerruf) führt, sondern nur dann, wenn dadurch die Grundsätze des Wettbewerbsprinzips und der Gleichbehandlung verletzt würden.

Entgegen der Feststellung in den EB wird nämlich diesem Prüfmaßstab nicht in ausreichender Weise Rechnung getragen. In zahlreichen Fällen wurde vom BVA Rechtswidrigkeit judiziert und oft als Konsequenz der Widerruf eines Vergabeverfahrens gefolgert, obwohl objektiv gesehen, die Verletzung des Vergaberechts durch den Auftraggeber im jeweiligen Einzelfall keine Auswirkung auf die Gleichbehandlung der Bieter bzw. den freien und lautereren Wettbewerb hatte.

Verhandlungsverfahren (ohne vorherige Bekanntmachung) mit nur einem Bieter im Unterschwellenbereich

Im Unterschwellenbereich wäre eine Möglichkeit vorzusehen, Leistungen in einem Verhandlungsverfahren mit nur einem Bieter an ein Unternehmen zu vergeben, wenn ein Wettbewerb unwirtschaftlich wäre. Jedenfalls wäre diese Möglichkeit zumindest für alle geistigen Leistungen, wie im bisherigen § 26 Abs. 4 BVergG 2002 vorzusehen.

Gerade wenn ein Unternehmen besonderes (jedoch nicht ausschließliches) Know-How besitzt oder bereits wesentliche Vorkenntnisse hat oder sonstige Synergien mit dem zu vergebenden Vorhaben bei einem Unternehmen bestehen, müsste zumindest im Unterschwellenbereich der Auftraggeber die Möglichkeit haben, sich dieses Unternehmens für die Auftragserfüllung zu bedienen. Sollte er diese Möglichkeit nicht haben, müsste auch bei eindeutigen Vorteilen, die ein Unternehmen besitzt, dennoch eine Vergabe im Wettbewerb mit anderen Unternehmen durchgeführt werden. Gibt hier der Auftraggeber die Qualitätsmaßstäbe des Unternehmens mit dem besonderen Know-How auch für die anderen Unternehmen vor, wird ohnehin das besonders qualifizierte Unternehmen siegen und die anderen Unternehmen lediglich frustrierte Angebotskosten haben.

Würde man im Hinblick auf eine überzogene Beachtung der Grundsätze des Vergabeverfahrens den Auftraggeber verpflichten, in Fällen, in denen besondere Kenntnisse oder Umstände eines Unternehmens vorliegen - die jedoch nicht als ausschließlich betrachtet werden können, da sich ein anderes Unternehmen diese Kenntnisse aneignen könnte, das Qualitätsniveau oder sonstige Anforderungen senken zu müssen, damit überhaupt ein Wettbewerb zustande kommen kann, könnte dies dazu führen, dass der Auftraggeber entweder qualitativ schlechtere oder teurere Angebote akzeptieren müsste. Dazu besteht im Unterschwellenbereich keine rechtliche Notwendigkeit.

Es sollte daher zumindest die Regelung des bisherigen § 26 Abs. 4 BVergG 2002 beibehalten werden.

Zu § 13 Direktvergabe:

Auf keinen Fall sollte bei einer Direktvergabe die Auswahl des Unternehmens beeinträchtigt werden können. Die Auswahl des Unternehmens bei einer Direktvergabe sollte allein dem Verantwortungsbereich des Auftraggebers überlassen werden. Hat der Auftraggeber die Direktvergabe zu Recht gewählt, soll kein anderer Unternehmer die die Auswahl eines nicht geeigneten Unternehmens beeinträchtigen können.

Wie soll der Antragsteller außerdem hier überhaupt sein rechtliches Interesse und den ihm durch die Vorgangsweise des Auftraggebers entstehenden Schaden nachweisen? Die Bestimmung des der zweiten Halbsatz des § 2 Zif. 15 lit. nn wäre daher zu streichen. Für die Eignungsprüfung soll die – von den zulässigen Wertgrenzen eindeutig heranziehbar – Bestimmung des § 80 in § 13 Abs. 1 angeführt werden.

Aus grundsätzlichen Erwägungen und insbesondere aus Gründen der Garantieproblematik/Gewährleistung bei der Leistungserstellung sollten Auftragnehmer, die in Konkurs oder Geschäftsauflösung sind – trotz allfälliger Leistungsfähigkeit – nicht an einer Direktvergabe teilnehmen dürfen.

Für die Nachprüfbarkeit sind Aufzeichnungen /Dokumentationen auch bei der Direktvergabe unbedingt notwendig. Selbst für den normalen Geschäftsverkehr sind gewisse Basics, wie Gegenstand, Auftragswert und Name des Auftragnehmers, unbedingt erforderlich. Es sollte daher der konditionale Zwischensatz „sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist“, entfallen.

Zu § 44

Die unterschiedliche Regelung der Zulässigkeit elektronischer Angebote in § 44 Abs. 1 wird abgelehnt, es sollte wie bisher – einheitlich für Bund, Länder und Gemeinden – gelten, dass elektronische Angebote nur dann zulässig sind, wenn dies in der Ausschreibung ausdrücklich erklärt wird.

Die Regelung des § 44, in den für Auftraggeber im Vollzugsbereich des Bundes ein Primat der Zulässigkeit von elektronischen Angeboten vorgesehen wird, wenn in der Ausschreibung

keine Angaben über die Zulässigkeit elektronischer Angebote enthalten sind, so dass derartige Angebote unzulässig sind, wird insofern für die Vergabepraxis Probleme aufwerfen, da im Bereich des BMLFUW in einigen Bereichen, so z. B. bei Ausschreibungen auf Grundlage der WGEV (Wassergütererhebungsverordnung 1991), oder des ALSAG (Altlastensanierungsgesetz 1989) die Bundesländer (Bezirkshauptmannschaften) als vergebende Stellen für den öffentlichen Auftraggeber Republik Österreich (Bund) auftreten. Hier wäre auf jeden Fall eine gesetzliche Klarstellung aus Gründen der Rechtssicherheit notwendig. Aus dem vorliegenden Entwurf geht nicht hervor, was der Anknüpfungspunkt für den jeweiligen Vollzugsbereich ist. Knüpft der Vollzugsbereich an die „vergebende Stelle“ (Vollzugsbereich Bund = vergebende Stelle: Bund; Vollzugsbereich Land = vergebende Stelle: Land, Bezirkshauptmannschaft) oder an die Zuordnung der jeweiligen gesetzlichen Materie in den Art. 10 ff und 102 B-VG an?

Das BMLFUW wünscht eine einheitliche Vorgangsweise, da die vorgeschlagene Formulierung dem Grundgedanken eines einheitlichen Vergabeverfahrens (materiellrechtlicher Teil) für den Bund und die Länder widersprechen würde.

Zu § 78 Abs 1:

Die uneingeschränkte Möglichkeit, dass ein Bewerber/Bieter die eigene wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit durch Berufung auf die Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens vollständig ersetzen kann, birgt für die Praxis für den Auftraggeber extreme Gefahren – sowohl in wirtschaftlicher als auch in qualitativer Hinsicht.

Vertraglich ist lediglich der Generalunternehmer Partner des Auftraggebers – nur von ihm kann die Leistungserbringung verlangt werden.

Wie in den EB vorgeschlagen, müsste der Auftraggeber bei einer weitgehenden Weitergabe des Auftrages an einen Subunternehmer eine Solidarhaftung des Subunternehmers verlangen dürfen. Dies würde aber nichts anderes bedeuten, als den Subunternehmer rechtlich und faktisch in die Position eines Mitbieters (als Mitglied einer Bietergemeinschaft) zu versetzen. Dürfte sich dann ein derartiger Subunternehmer auch bei mehreren Angeboten ein und derselben Ausschreibung beteiligen?

Zu § 105 Abs. 2 und 3 108 Abs. 2 – short-listing:

Um etwaige Missverständnisse zu vermeiden, wäre textlich eindeutig zu formulieren, ob und gegebenenfalls unter welchen Bedingungen auch im Oberschwellenbereich die Fortführung des Verhandlungsverfahrens mit nur einem Bieter zulässig sein soll. Außerdem: Soll im Oberschwellenbereich mit allen Bietern, die ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt haben eine erste Verhandlungsrunde abgehalten werden oder kann der Auftraggeber vorsehen, dass über Angebote, die aufgrund der festgelegten Zuschlagskriterien keine Chance auf einen Zuschlag hätten, keine Verhandlungen durchgeführt werden?

Zu § 106 Abs. 8:

Die Konsequenz dieser Bestimmung wird sein, dass der Auftraggeber allenfalls ein Vergabeverfahren, bei dem zu wenig Teilnehmer Anträge gestellt haben, widerrufen und unter nochmaliger Einhaltung der langen Bewerbungsfristen neu bekannt machen muss. In jenen Fällen, in denen der Auftraggeber den ursprünglichen Text der Ausschreibung (etwa die Eignungsanforderungen) als gerechtfertigt beibehält, bedeutet dies einen unnötigen Zeitverlust für den Auftraggeber und keine Besserstellung für die Bewerber/Bieter!

Zu § 111 Abs. 1 Z 2:

Alle Subunternehmer – nicht nur jene, die die Leistungsfähigkeit des Bieters/Auftragnehmers ersetzen – müssen die technische Leistungsfähigkeit nachweisen. Die Formulierung im Entwurf zu § 111 Abs. 1 Z 2 sieht vor, dass die Subunternehmer, die die Leistungsfähigkeit des Bieters/Auftragnehmers nicht ersetzen, lediglich unter Nachweis ihrer Befugnis bekannt zu geben sind. Aus der Sicht des Auftraggebers, der eine qualitativ entsprechende Leistung sichergestellt wissen muss, ist der Nachweis insbesondere der technischen Leistungsfähigkeit der Subunternehmer wesentlich. Es wird daher vorgeschlagen, die geforderten Nachweise hinsichtlich der Subunternehmer mit den Anforderungen des § 85 zu akkordieren.

Davon unberührt bleibt ja die Möglichkeit der Verbesserung von behebbaren Mängeln – etwa

das Nachreichen von Urkunden oder Nachweisen; nicht alle Angebotsinhalte, die im § 111 genannt werden, müssen unabdingbar mit der Angebotslegung bereits vorhanden sein, sie müssen aber letztlich – etwa nach eine Verbesserungsaufforderung - vom Bieter beigebracht werden.

Zu § 124 Abs. 2 Z 2:

Da die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit aller Subunternehmer nachzuweisen sind, wäre das Wort „bzw.“ durch „sowie“ zu ersetzen.

Zu § 141:

Grundsätzlich: Diese Bestimmung wird die Vergabevorgänge nicht nur verzögern, sondern auch verteuern. Es wäre in den EB deutlich hervorzuheben, dass nur eine willkürliche Widerspruchsentscheidung eine Chance auf erfolgreiche Bekämpfung/Aufhebung hat. Alle anderen Widersprüche sind rechtmäßig (auch wenn die Gründe dem Auftraggeber anzulasten sind) und ihre Anfechtung daher chancenlos.

Die Bestimmung des § 141 Abs. 7 ist unter Berücksichtigung der EuGH Judikatur nicht erforderlich.

Dem Präsidium des Nationalrates werden 25 Ausfertigungen der gegenständlichen Stellungnahme und zusätzlich wird die Stellungnahme elektronisch an die Adresse begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at übermittelt.

Für den Bundesminister:

Mag. Hohenegger

elektronisch gefertigt