



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:

603/1597/2008

bearbeitet von:

Mag. Schultes, LL.M./Dr. Schmid

elektronisch erreichbar:

post@staedtebund.gv.at

Stellungnahme

Herrn
Bundeskanzler
Werner Faymann
Ballhausplatz 2
1014 Wien
per e-mail: v@bka.gv.at

Wien, 17.12.2008

**Bundesgesetz, mit dem das
Bundesvergabegesetz 2006 geändert
wird (BVergG-Novelle 2008);
GZ.:BKA-600.883/0044-V/8/2008**

Sehr geehrter Herr Bundeskanzler!

Der Österreichische Städtebund bedankt sich für die Übersendung des gegenständlichen Entwurfes und darf hierzu wie folgt Stellung nehmen:

Die gegenständliche Novelle dient vor allem zur Anpassung der österreichischen Rechtsordnung an die RL 2007/66/EG, die bis zum 20.12.2009 in nationales Recht umzusetzen ist. Zudem wurden auch einzelne Anpassungen und Modifikationen, unter anderem zur Entlastung der Unternehmer, in diesen Entwurf aufgenommen.

Allgemeines, finanzielle Belastungen

Die Vergabevorschriften stellen für die Städte und Gemeinden besonders bedeutende Normen für deren wirtschaftliche Gestion dar. Daher muss sicher gestellt werden, dass vor allem praxisorientierte Verfahrensvorschriften für „Kleinaufträge“ unter Nutzung aller möglichen Spielräume der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben normiert werden, um den Kommunen

noch einen freien Gestaltungsspielraum zu erhalten. Anzustreben ist daher eine Regelung, die ein faires, transparentes, flexibles und verwaltungsökonomisches Verfahren, das der optimalen Preisfindung im Interesse des öffentlichen Auftraggebers dient und der öffentlichen Verwaltung eine Chancengleichheit gegenüber der Privatwirtschaft einräumt.

Erfahrungsbericht Bundesvergabegesetz 2006

Aufbau, Struktur und auch der Inhalt des BVergG 2006 erfordern nach wie vor eine rechtskonforme Anwendung, de facto eine juristische Ausbildung. Eine originär technische Materie wird verrechtlicht und geht am Anforderungsprofil der meisten Kommunen (zum Großteil kleine Gemeinden) vorbei: Der überwiegende Teil der Anwender sind keine Juristen, sondern Mitarbeiter der allgemeinen Verwaltung und Techniker, die die die zu tätigen Einkäufe/Vergaben in allen Sachbereichen für die Gemeinden als Auftraggeber abzuwickeln haben.

Die Praxis lässt aber auch den Schluss zu, dass auch für Auftragnehmer die Materie „Vergabewesen“ nicht praktikabel ist. Dies ist insbesondere bei der Abgabe von Angeboten erkennbar. Bieter (sowohl die KMUs als auch die größeren Unternehmen) kennen die erforderlichen gesetzlichen Regelungen nur sehr eingeschränkt und laufen somit des Öfteren in Gefahr, dass ihre Angebote ausgeschieden werden müssen.

Auch hat das BVergG 2006 die Verfahrens- und Transaktionskosten der Kommunen wesentlich erhöht

Durch eine größere Anzahl von Vergabeverfahren und der vermehrten Formalisierung (der Unterschwellenbereich ist beinahe ident wie der Oberschwellenbereich geregelt) steigen die Verwaltungskosten. Neben einem originär technisch-ökonomischen Sachverstand ist wegen der Kompliziertheit der Materie auch noch juristischer Sachverstand erforderlich (entweder durch Schaffung entsprechender Posten intern oder durch Zukauf extern). Die im Zuge der Beschlussfassung des BVergG 2006 angenommenen Einsparungen bei den öffentlichen Auftraggebern konnten nicht verifiziert werden; vielmehr verursacht der ständige Anpassungsbedarf einen enormen Schulungsaufwand. Die tatsächlichen finanziellen Auswirkungen beispielsweise für die Gemeinden überwiegen bei weitem etwaige Einsparungen durch Erleichterungen im BVergG 2006.

Es wäre daher grundsätzlich dringend erforderlich, nicht nur – wie im vorliegenden Entwurf vorgesehen - eine Verwaltungskostenreduktion auf Unternehmensseite gesetzlich umzusetzen, sondern auch auf Auftraggeberseite.

Zusätzliche Anregungen aus der Praxis aus Anlass der Novellierung

Angesichts der ohnehin angespannten Finanzlage der Gemeinden sollte unbedingt danach getrachtet werden, bei der Novellierung des Bundesvergabegesetzes 2006 eine zusätzliche finanzielle Belastung durch die Verrechtlichung der Vergabevorschriften und „Formalisierung“ der Einkäufe zu vermeiden bzw. so gering wie möglich zu halten.

Wir ersuchen daher höflichst, in dieser Novelle zum BVergG 2006 auch wirkliche Entlastungen für die Auftraggeber vorzunehmen, vor allem was die Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich anbelangt:

Erhöhung und Vereinfachung der Subschwellenwerte im Unterschwellenbereich (USB):

Verfahren im Unterschwellenbereich machen ca. 90 % der von den Kommunen durchzuführenden Vergabeverfahren aus und sind jedenfalls durch fehlende Binnenmarktrelevanz gekennzeichnet!

§ 41 - Direktvergabe:

Eine Vergabepaxis hat gezeigt, dass in dem für den Gemeindebereich besonders wichtigen Direktvergabeverfahren eine Reihe aus unserer Sicht 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 Vergabepaktiker 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, 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.

§ 44 Abs. 3:

Hinsichtlich der Normierung von statistischen Verpflichtungen auch für den Unterschwellenbereich wird auf den enormen Verwaltungsaufwand hingewiesen (machen mehr als 90 % aller durchzuführenden Vergabeverfahren aus). Unserer Ansicht kann eine solche Statistik für den Unterschwellenbereich aus wirtschaftlichen Gründen von den Kommunen als Auftraggeber nicht verlangt werden. Insb. fehlt auch die Binnenmarktrelevanz!

§ 80 Abs. 3 - 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 gewichtet und konkretisiert werden müssen, dass jedes subjektive Auswahllement entfällt. So wird man etwa für das Kriterium „Ästhetik“ beim besten Willen 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 BVergG 2006 (§ 80 Abs 3 BVergG 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 BVergG 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 BVergG 2006 auch Zuschlagskriterien zulässig sein, die auf Grund ihrer Formulierung oder Gewichtung einen Ermessensspielraum bei der Angebotsbewertung offen lassen – vorausgesetzt die Vergabegrundsätze werden eingehalten.

Abänderungsangebote:

Zur Begriffsdefinition des Abänderungsangebotes merken wir aus der Sicht der Vergabepaxis an, dass im BVergG 2006 der Unterschied zum Alternativangebot klarer abgegrenzt werden sollte. Auch werden hier viele unbestimmte Begriffe verwendet (zB 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 BVergG 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 BVergG 2006, die aufgrund 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 BVergG 2006 und damit ein gelockertes Vergaberegime vor.

Wir ersuchen 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:

Diskrepanz/Widerspruch zu § 108 (die hier in § 2 definierten Begriffe finden dort keine Verwendung) und eine Überreglementierung; nur in § 115 findet sich der Begriff Angebotsinhaltsverzeichnis.

Z. 43: Wesentliche Anforderungen:

sollten bitte etwas genauer definiert werden

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

Fristen

alle Arten von Fristen wie Angebotsfristen, Zuschlagsfristen definieren und allenfalls hinsichtlich ihrer Dauer 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 CPV - Nomenklatur in deren Neufassung heranzuziehen ist.

▪ Ausnahme für In-House-Dienste

Im Rahmen dieser Novelle zum BVergG regt der Österreichische Städtebund eine zusätzliche Modifikation des Gesetzes an.

Am 3.12.2009 wird die Verordnung 1370/2007/EG vom 23.10.2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen 1191/69/EWG und 1107/70/EWG in Kraft treten (nachstehend als PSO-Verordnung bezeichnet). Dieser Rechtsakt sieht auch Sondervergaberecht – dabei vergaberechtliche Erleichterungen für bestimmte Aufträge und Konzessionen im ÖPNV – vor.

Für Vergaben im ÖPNV (im Anwendungsbereich der PSO-Verordnung) soll allein diese Verordnung gelten. Dieser Ansatz ist insoweit sinnvoll, als der zugrundeliegende Rechtsakt – eine Verordnung – nicht umsetzungsbedürftig, wenn überhaupt umsetzungsgeeignet ist. Demfolgend hat auch für Verweise der PSO-Verordnung auf die einschlägigen Vergaberichtlinien (z.B. Art 5 Abs 1 für öffentliche Aufträge über Verkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen) die ÖPNV-Verordnung primäre Rechtsquelle zu bleiben. Anstelle der einschlägigen Bestimmungen der PSO-Verordnung gelten diesfalls einzelne verwiesene Bestimmungen der Vergaberichtlinien unmittelbar.

Diese Interpretation einer nur partiellen Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien entspricht auch dem dritten Satz des Art 5 Abs 1 (sowie des Art 8 Abs 1) der PSO-Verordnung. Danach wird die PSO-Verordnung im Hinblick auf öffentliche Aufträge über Bus- und Straßenbahndienste lediglich für einzelne – das Vergabeverfahren betreffende – Absätze für unanwendbar erklärt, nicht insgesamt. Diesen Erwägungen folgend (die auch Eingang in die Materialien finden könnten) könnten die Ausnahmebestimmungen gemäß § 10 BVergG 2006 durch folgenden Passus ergänzt werden:

(Dieses Bundesgesetz gilt nicht)

„X. für Aufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste, die in den Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 fallen.“

§ 10 Z. 7 BVergG 2006 enthält eine bedeutende Ausnahme zum Geschäftsabschluss im In-House-Verhältnis. Besonders in diesem Bereich befindet sich die Rechtsprechung des EuGH im Fluss und der In-House-Bereich wurde seit dem Inkrafttreten dieser Bestimmung weiter definiert. In diesem Zusammenhang möchten wir besonders auf das Urteil des EuGH vom 13.11.2008, Rs C-324/07, *Coditel* verweisen. Besonders die in diesem Urteil enthaltenen Rn 43 ff. legen eine Novellierung des § 10 Z. 7 BVergG 2006 nahe. In diesem Zusammenhang möchten wir weiters auf die Rn 65 des Urteils in der Rs C-458/03, *Parking Brixen* (Slg 2005, I-8585) verweisen.

§ 10 Z. 7 sollte daher lauten:

(Dieses Bundesgesetz gilt nicht)

„für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber durch eine Einrichtung erbringen lässt,

- a) über die er allein oder gemeinsam mit anderen öffentlichen Stellen sowohl auf die strategischen Ziele als auch auf die wichtigen

Entscheidungen dieser Einrichtung ausschlaggebenden Einfluss ausübt, und

- b) ...

Zu den einzelnen Bestimmungen des vorliegenden Entwurfes einer Novellierung:

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 schlagen wir 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 §§ 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.

Weiters wird um Klarstellung 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, so dass auch für das elektronische Zurverfügungstellen eine qualifizierte elektronische Signatur erforderlich ist.

Gleiches gilt für das Problem der Vergabepaxis, dass zwar die Ausschreibungsunterlagen nach § 88 Abs. 1 elektronisch zur Verfügung gestellt werden können, nicht jedoch Beilagen der Ausschreibungsunterlagen wie zB. Wettbewerbsmodellplatten, Pläne etc. Es stellt sich die Frage, ob eine Mischung zwischen elektronischer und herkömmlicher Bereitstellung der Ausschreibungsunterlagen legitim ist. Angeregt wird in diesem Zusammenhang, 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 zB. der Stadt Linz etc. Bedacht genommen werden.

Zu §§ 54 und 55 - ex-post Bekanntgabe:

Diese Bestimmung wird voraussichtlich ins Leere gehen. Es ist nämlich nicht davon auszugehen, dass viele Auftraggeber, bloß um die Anfechtungsfrist zu verkürzen, nach einem Verfahren ohne Bekanntmachung freiwillig die erfolgte Vergabe bekanntmachen, um in weiterer Folge das Risiko einer Anfechtung der Vergabeentscheidung wesentlich zu erhöhen. Die Sinnhaftigkeit dieser Neuerung ist daher zu hinterfragen.

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 auszuscheiden. 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 Vergabepaxis auch die Abgabe „*unsubstantierter*“ 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.

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 § 83 – Subunternehmerleistungen

In der Ermächtigung an den Auftraggeber, vorzusehen, dass ein bestimmter Prozentsatz des Auftrages an Subunternehmer zu vergeben ist, kann kein Vorteil erblickt werden. Eine beabsichtigte Förderung von Klein- und Mittelbetrieben kann stattdessen etwa durch mehr Vergaben im Unterschwellenbereich oder mit Vergaben über kürzere Zeiträume erreicht werden. Die Festlegung eines bestimmten Mindestsatzes ist aus Sicht der Österreichischen Städte und Gemeinden ein unpraktikables Instrument zur Selbstbeschränkung der Auftraggeber.

Überdies zeigt die Praxis, dass es in vielen Fällen schwierig ist, überhaupt einen Bieter zu finden. Eine derartige Verpflichtung zur Subvergabe könnte

verstärkt potentielle Bieter davon abhalten sich überhaupt am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Sollte diese Regelung trotz allem Eingang in das BvergG finden, müsste jedenfalls klar definiert werden wer unter „Dritte“ zu verstehen ist.

Zudem muss auf die Unschlüssigkeit hingewiesen werden, dass falls die generelle Nachweispflicht für die Leistungsfähigkeit des Subunternehmers gemäß § 103 Abs. 3 bestehen bliebe, dies einen Widerspruch zu § 108 Abs. 1 Z. 2 darstellen würde.

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 zur 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 BVerG 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 BVerG 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 Vergabep Praxis 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.

Zu den im o.a. Schreiben explizit angesprochenen 4 Diskussionspunkten ist aus Sicht des Österreichischen Städtebundes zu bemerken:

Diskussionspunkt 1. - Neuregelung der Subvergabe zu Z 23 (83 Abs. 1 – 4 BVergG 2006)

Die bisherige Regelung in § 83 BVergG 2006 sollte beibehalten werden; sie ermöglicht die Weitergabe von Auftragsteilen in ausreichender Weise. Die Untergliederung des § 83 in vier Absätze ist geeignet, neue Fragen aufzuwerfen und das Verfahren noch mehr zu verkomplizieren. Zwar ist eine Regelung zur Stärkung kleiner und mittlerer Unternehmen, welche einen wesentlichen Anteil zur Beschäftigung ortsansässiger Bürger und zur Ausbildung junger Menschen beitragen, grundsätzlich zu begrüßen, doch sollte dies nicht im Rahmen einer Vertragskette öffentlicher Auftraggeber-Auftragnehmer-Subunternehmer angestrebt werden. Unserer Ansicht nach stellt die zur Diskussion stehende Festlegung keine wirkliche KMU-Förderung dar.

Es stellt sich die Frage, ob die beabsichtigte Förderung der Teilnahme von kleineren und mittleren Unternehmen an Vergabeverfahren dadurch erwirkt werden kann, ohne dass dadurch Nachteile für den Auftraggeber entstehen. Gerade im Baugewerbe bzw. im Baunebengewerbe sind kleinere und mittlere Unternehmen nicht immer in der Lage, den erwünschten Leistungsumfang zu erbringen. Zudem muss befürchtet werden, dass in der Folge im Wege der Interessensvertretungen (vgl. auch Diskussionspunkt 3.) „Druck bzw. Zwang“ auf die Auftraggeber ausgeübt wird, bestimmte (kleine und mittlere) Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Eine Festlegung von Maximal-Prozentsätzen betreffend den an Subunternehmer zu vergebenden Mindestsatz nach § 83 Abs. 3 des vorliegenden Entwurfes ist auf objektiver und nachvollziehbarer Basis nicht

möglich, sondern eröffnet neue Konfliktpotenziale und administrativen Mehraufwand sowohl beim Auftraggeber als auch beim Bieter.

Der Auftraggeber muss nach § 83 Abs. 4 die Eignung aller bekannt gegebener Subunternehmer prüfen. Die Vergabepaxis hat gezeigt, dass Bieter oft Subunternehmer im Angebot nicht nennen, bei Angebotslegung über keine Verfügbarkeitserklärung besitzen bzw. von den Subunternehmen nicht rechtzeitig die erforderlichen Eignungsnachweise erhalten und daher Gefahr laufen, aus diesem Grund ausgeschlossen zu werden. Für den Auftraggeber bedeutet dies wiederum eine Gefährdung des wirtschaftlichen Einkaufs, da er dann zB. nicht dem wirklichen Billigstbieter den Zuschlag erteilen kann und teurer einkaufen muss.

Bei Festlegung eines Mindestsatzes würde der öffentliche Auftraggeber auch in die Angebotsgestaltung des Bieters, das ist seine Preisbildung, eingreifen:

Durch den verpflichtenden Einbezug von Subunternehmer ist daher davon auszugehen, dass die Risiken der Haftung des Auftragnehmers aufgrund der (Schlecht)- Leistungen des Subunternehmers, als auch die Kosten der Federführung, zu einem höheren Preisniveau führen wird. Zudem ist der Auftragnehmer bereits in der Angebotsphase gezwungen mit anderen potentiellen Bietern eine Preisfindung zu erreichen, welche wiederum eine mögliche Gefahr des lautereren Wettbewerbs darstellt. Auch ist dabei der zeitliche Faktor nicht außer Acht zu lassen: der Bieter soll ja rechtzeitig ein Angebot legen können.

Weiters darf die Gewährleistungs- und Haftungsproblematik nicht außer Acht gelassen werden.

Beispiel Asphaltbaulos: Gewährleistungsprobleme zwischen dem Bieter, der die Tragschicht (BITU-Kies) und dem Subunternehmer, der die Deckschicht herstellt, sind quasi vorprogrammiert und nachteilig für die Auftraggeber.

Sollte dieser Passus dennoch aufgenommen werden, so sollten zumindest keine Festlegung eines (Maximal) Prozentsatzes, die genauere Festlegung, welche Entitäten als „Dritte“ anzusehen sind (insb. im Zusammenhang mit Konzernstrukturen) bzw. nähere Regelungen über das Verfahren der Vergabe an Dritte gesetzlich vorgegeben werden, zumal dadurch der Gestaltungsspielraum der Auftraggeber eingeschränkt würde. Mangels Erfahrungswerte wird es für den öffentlichen Auftraggeber auch schwer sein, einen dem Grundsatz des fairen Wettbewerbes entsprechenden Mindestsatz

festzulegen. Zudem wird die Einforderung einer Pönale bei späterer Nichteinhaltung der Subvergabe in der Ausführungsphase einen zusätzlichen Verwaltungsaufwand darstellen.

Unklar ist auch die Abgrenzung zwischen notwendigen Subunternehmern nach § 108 Abs. 1 Z 2. BVergG 2006 und dem Begriff Subunternehmen nach § 83 Abs. 3: § 83 Abs. 3 lässt im Gegensatz zur Bestimmung in § 108 Abs. 1 Z 2. BVergG 2006 eine Abgrenzung zwischen normalen Subunternehmerleistungen (zB. benötigt der Bieter kurzfristig wegen Personalauslastung zusätzliche (externe) Arbeitskräfte etc., könnte die Leistung aufgrund seiner Eignung aber selbst ausführen) und notwendigen Subunternehmerleistungen, bei der Bieter auf Subunternehmer zurück greift, für deren Ausführung er nicht über das notwendige Know-how und die Eignung verfügt, offen.

Es stellt sich daher die Frage, ob sich der nach der Intention des Gesetzgebers im vorliegenden Entwurf vom Auftraggeber zu bestimmende Mindestumsatz auch auf notwendige Subunternehmer erstrecken soll.

Am Beispiel einer Bauleistungsausschreibung HKLS (Heizung, Kälte, Lüftung und Sanitär) soll dieses Abgrenzungsproblem erläutert werden:

In den Ausschreibungsumfang der HKLS-Gewerke fallen größtenteils auch jene Leistungen der Isolierungsarbeiten, Brandschutz und MSR (Regelung). Diese Leistungen werden, aufgrund der Eignung und des Know-hows solcher Professionisten, überwiegend von Subunternehmen erbracht.

Für den Auftraggeber, welcher nun von § 83 Abs. 3 BVergG 2006 Gebrauch macht, stellt sich die Frage, ob auch solche wie oben beispielhaft angeführte (Subunternehmer) Leistungen herangezogen werden können oder ausschließlich vertragstypische Leistungen tatbestandsrelevant sind (dh. die typischen Leistungen der Haustechnik). Nach der Intention des Gesetzgebers, welcher eine Stärkung der KMU an der Teilnahme öffentlicher Ausschreibungen beabsichtigt, wären bei einer solchen Auslegung nur jene Leistungen zur Weitervergabe an Dritte seitens des Auftraggebers vorzusehen, welche der Bieter im Auftragsfall aufgrund seiner Eignung auch selber ausführen würde.

Fazit:

Für den öffentlichen Auftraggeber ergibt die vorgesehene Regelung des § 83 Abs. 3 BVergG 2006 ein **höheres Preisniveau** und ein **nicht unerhebliches Abgrenzungsrisiko**. Dies steht der Verpflichtung der

bestmöglichen Verwendung von öffentlichen Geldern im Sinne der Haushaltsgrundsätze entgegen.

In der Praxis wird daher aufgrund der möglichen nachteiligen Auswirkungen für den öffentlichen Auftraggeber mit einer restriktiven Anwendung dieser Bestimmung auszugehen sein.

Der neu vorgeschlagene § 83 Abs. 3, wonach die AuftraggeberIn vorschreiben kann, dass ein bestimmter Prozentsatz des Gesamtwertes der Leistung vom erfolgreichen Unternehmer an Subunternehmer weitergegeben werden muss, erscheint daher entbehrlich.

Diskussionspunkt 2: Entfall der Mitteilungspflicht nach § 106 Abs. 6 BVerG 2006

Eine aus Sicht des fachkundigen Unternehmers / Bieters erforderliche Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen sollte nach wie vor - wie in § 106 Abs. 6 BVerG 2006 dzt. vorgesehen – im BVerG 2006 normiert werden und nicht entfallen.

Geht man davon aus, dass eine Berichtigung der Ausschreibung begründet ist, so wird hier auf einen offensichtlichen Irrtum (Fehler oder Mangel) „*zwingend*“ hingewiesen, was möglicherweise spätere Rechtsverfahren / Nachprüfungsverfahren vermeidet.

Eine Reduzierung von Verwaltungslasten für Unternehmer kann durch den Entfall der bloßen Mitteilungspflicht nicht gesehen werden, sondern dient der notwendigen Aufklärung, die sowohl im Interesse des Unternehmens / Bieters / Bewerbers (muss Angebot nach der Ausschreibungsunterlage erstellen) als auch des Auftraggebers (vor allem im Hinblick auf die terminliche Situation der Leistungserbringung) gelegen ist.

Bieter sind schon im ureigensten Interesse (Angebotskalkulation, Reduzierung der Aufwände der Bieter bei der Angebotserstellung) angehalten, Ausschreibungen auf deren Berichtigungsbedürftigkeit hin zu prüfen. Durch den vorgesehenen Entfall der Mitteilungspflicht nach § 106 Abs. 6 werden Kosten, welche durch eine nicht vergabekonforme Ausschreibung entstehen, lediglich verlagert; sie fallen aber beim Bieter an – nur in einem anderen Verfahrensstadium.

Daher sollte im Interesse einer vergabekonformen Ausschreibung der Bieter im Sinne des § 106 Abs. 6 BVergG zur fachkundigen Prüfung angehalten werden.

Auftraggeber müssen auf die fachkundige Mitwirkung der Bieter vertrauen können. Die in § 106 Abs. 6 vorgesehene Mitteilungsverpflichtung liegt im Sinne der ordnungsgemäßen Umsetzung eines Projektes, da der Bieter den

Auftraggeber zum ehest möglichen Zeitpunkt auf einen allfälligen Fehler in der Ausschreibung aufmerksam macht und dadurch zeitliche Verzögerungen hintangehalten werden können. Auch liegt es im Sinne des Bieters, dass Auftraggeber auch Aufträge wirklich erteilen und nicht vorher monatelang Rechtsschutzverfahren abgewickelt werden müssen; dies hat nämlich negative Auswirkungen auf die beschäftigten Arbeitnehmer.

In diesem Zusammenhang wird auch auf die in BGBl II. 226/2008 normierten Sorgfaltspflichten für Baumeister hingewiesen, die ua. zweckmäßigerweise – von der kompetenzrechtlichen Problemlage abgesehen - jedenfalls auch eine Verpflichtung zur Mitteilung, dass eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich erscheint, bei sonstigem Verwaltungsstraftatbestand beinhalten.

Entfällt die Mitteilungspflicht nach § 106 Abs. 6 BVergG 2006, so erhöhen sich der administrative Aufwand bei der Durchführung der Vergabeverfahren insgesamt und dadurch auch die Kosten des Ausschreibungsverfahrens.

In diesem Zusammenhang darf noch auf die Präklusionsproblematik von Festlegungen in Ausschreibungsunterlagen hingewiesen werden: Sollte die Mitwirkungsverpflichtung in § 106 Abs. 6 entfallen, so könnte der Bieter künftig erst bei Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung auch noch deren Berichtigung geltend machen, was für die Auftraggeber jedenfalls nachteilig ist.

Diskussionspunkt 3: Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen hinsichtlich der Nachprüfung von Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen

Die Einführung einer Antragslegitimation für gesetzliche Interessensvertretungen hinsichtlich der Nachprüfung von Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen wird aus Sicht der Kommunen als öffentliche Auftraggeber nicht befürwortet. Eine Antragslegitimation der gesetzlichen Interessenvertretungen würde aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers jedenfalls eine nicht vorhersehbare ansteigende Anzahl an Rechtsschutzverfahren und damit verbunden einen Mehraufwand an erhöhten Prozesskosten für den Auftraggeber darstellen sowie zu weiteren zeitlichen Verzögerungen und zusätzlichen Verfahrenskosten (dabei sind nicht nur die Pauschalgebühren bei der Nachprüfungsbehörde relevant) führen.

Das gesamte Bundesvergabegesetz erweist sich ohnehin sehr bieterfreundlich und erschwert den öffentlichen Auftraggebern die Beschaffungsvorgänge in erheblichem Maße. Die Praxis zeigt auch, dass die Einsprüche in den Vergabeverfahren zunehmen, um nicht zu sagen, quasi zur Regel werden. Hier zusätzlich einer Interessensvertretung die Möglichkeit zu geben, quasi in Pauschalvollmacht eine Nachprüfung zu beantragen, wird die Beschaffungsvorgänge für die Auftraggeber noch komplizierter gestalten. Die nicht haltbare Unterstellung, dass Auftraggeber Einschreiter (Bieter, die ein Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausschreibungsunterlage einleiten) schlechter behandeln und diese Repressalien zu befürchten haben, kann keine Begründung für die vorliegende gesetzliche Änderung sein. Interessensvertretungen sind nicht Partei des Vergabeverfahrens; sie erfüllen nicht den Bieter- oder Bewerberbegriff, weil sie kein Interesse am Abschluss eines Vertrages haben.

Den gesetzlichen Interessensvertretungen im Vergabeverfahren soll daher bei Vergabeverfahren und „Ideen- bzw. Realisierungswettbewerben“ keine Antragslegitimation hinsichtlich der Nachprüfung zugestanden werden. Eine solche Legitimation für Interessensvertretungen ist aus unserer Sicht deshalb nicht notwendig, da jeder einzelne Bewerber oder Bieter oder Teilnehmer ein selbständiger Unternehmer ist, und somit sehr wohl auch befähigt ist – im

Gegensatz zum Beispiel des rechtlich oft unbedarften Konsumenten – seine Rechte gegenüber dem Auftraggebers oder Auslobers selbstständig zu vertreten und sich somit keiner Interessensvertretung bedienen muss. Interessensvertretungen finanzieren sich auf Grund finanzieller Beiträge ihrer Mitglieder und kämen bei Beschlussfassung der zur Diskussion stehenden Antragslegitimation in Zugzwang: sie müssten Erfolge in ihren Tätigkeitsberichten vorweisen können, was durch die Anzahl der initiierten Nachprüfungsverfahren erfolgen könnte.

Zu befürchten ist, dass oft Nachprüfungsverfahren initiiert werden, die keine Erfolgsaussicht haben. Bei einer Antragslegitimation der gesetzlichen Interessensvertretungen im Vergabeverfahren ist also eine Flut von Nachprüfungsverfahren zu befürchten, was im Endeffekt dazu führen könnte, dass wichtige (Bau-) Vorhaben gravierend verzögert würden. Und das gegebenenfalls nur aus „Neugier“ der Interessensvertretung, einen rechtlichen Standpunkt durch ein Nachprüfungsverfahren auszuloten.

Somit kann eine Antragslegitimation hinsichtlich der Nachprüfung für die Interessensvertretungen nicht in im Interesse der Gemeinden als öffentlicher Auftraggeber sein und wird strikt abgelehnt.

Diskussionspunkt 4: Geldbußen

Interessant 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 und dies zu veröffentlichen. Es ist zu erwarten, dass auch der Oö. Landesgesetzgeber vergleichbare Regelungen im Vergaberechtsschutzgesetz beschließen wird.

Auf allfällige kompetenzrechtliche Problemlagen darf hingewiesen werden.

Es darf abschließend angemerkt werden, dass gegen die restlichen Novellierungen des gegenständlichen Gesetzes hierorts keine Bedenken

bestehen. Es wird ersucht, die angesprochenen Anregungen in den Gesetzestext aufzunehmen.

Ergänzend wird angemerkt, dass die gegenständliche Stellungnahme im Wege elektronischer Post auch an das Präsidium des Nationalrates an die Adresse begutachtungsverfahren@parlament.gv.at übermittelt wurde.

Mit freundlichen Grüßen



SR Dr. Thomas Weninger eh.
Generalsekretär