



Per Email: v@bka.gv.at

An das
Bundeskanzleramt
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Bundesrechenzentrum GmbH
Hintere Zollamtsstraße 4
1030 Wien
Fax: +43 (0)1 711 23-2585
Mail: Astrid.Endlich@brz.gv.at

Per Email:

begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

An das
Präsidium des Nationalrates
Dr. Karl Renner Ring 3
1017 Wien

UID-Nr.: ATU41542700
Firmenbuchnummer: 160573m
Firmenbuchgericht: HG Wien
DVR: 0875597
BIC: OPSKATWW
IBAN: AT58 6000 0000 9600 0007
BAWAG PSK-Konto: 96.000.007, BLZ: 60000

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

**Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006
geändert wird (BVerG-Novelle 2008), Aussendung zur Begutachtung**

Wien, 23. Dezember 2008

Sehr geehrte Damen und Herren!

Nachstehend nehmen wir zum mit Schreiben vom 23.10.2008 ausgesendeten Entwurf
betreffend die BVerG-Novelle 2008 wie folgt Stellung:

1. Zu den im Begleitschreiben angeführten Diskussionspunkten

1.1. Zif 23 (§ 83) - Subunternehmer

Wie sich aus der vorgeschlagenen Formulierung und auch den erläuternden Bemerkungen ergibt, ist dem Auftraggeber freies Ermessen eingeräumt, ob er von dieser Bestimmung Gebrauch macht oder nicht. Vor diesem Hintergrund, dass es sich um eine echte „Kann“-Bestimmung handelt, besteht grundsätzlich kein Einwand.

Weiters ist anzumerken, dass – wie auch in den erläuternden Bemerkungen ausgeführt – eine solche Regelung bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen in der Praxis nicht umsetzbar wäre.

Zu hinterfragen ist allerdings die Zweckmäßigkeit der beabsichtigten Regelung. In den meisten Fällen besteht seitens des öffentlichen Auftraggeber größtes Interesse daran, dass der



Auftragnehmer selbst den Auftrag abwickelt (keine Durchgriffsmöglichkeit auf den Subunternehmer). Es erscheint zudem wenig zweckmäßig einen Unternehmer zum Einsatz von Subunternehmern zu zwingen, wenn dieser selbst in der Lage ist, die gesamte Leistung alleine auszuführen (ist uU mit entsprechenden Preiserhöhungen verbunden). Zudem ist fraglich, ob damit tatsächlich die beabsichtigte Förderung von KMUs erreicht werden kann, wenn Aufträge auch an Großunternehmer bzw verbundene Unternehmen weitergegeben werden kann.

1.2. Zur Mitteilungspflicht nach § 106 Abs 6

Der Entfall der Mitteilungspflicht nach § 106 Abs 6 BVergG wird abgelehnt. Es ist nicht nachvollziehbar, warum aus Kostengründen für Bewerber oder Bieter die Mitteilungspflicht entfallen soll. Zum einen ist anzumerken, dass Bewerber oder Bieter die Ausschreibungsunterlagen ohnehin im Zusammenhang ihrer Angebotslegung durchgehen müssen; der Kostenaufwand für eine Mitteilung an den Auftraggeber gem. § 106 Abs 6 BVergG ist daher wohl als gering zu bewerten. Zum anderen wird der Kostenaufwand auf Seiten des Auftraggebers völlig unberücksichtigt gelassen, der durch eine unterbliebene Berichtigung entsteht.

Im Begleitschreiben wird darauf hingewiesen, dass für das Baumeistergewerbe ohnehin Standesregeln bestünden, wonach die Unterlassung einer Mitteilung betreffend einer erforderlichen Berichtigung ein standeswidriges Verhalten wäre. Zu beachten ist, dass diese Regelung nur für Baumeister gilt und nicht für andere Gewerbe; eine Entschärfung des Entfalls der Mitteilungspflicht wird dadurch nicht erreicht.

Darüber hinaus ist anzumerken, dass ein Entfall des § 106 Abs 6 durch vergaberechtliche Bestimmungen wesentlichen zivilrechtlichen Vorgaben, nämlich der vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht, widersprechen würde.

Festgehalten wird, dass ein Entfall des § 106 Abs 6 BVergG aus den oben angeführten Gründen jedenfalls abgelehnt wird.

Für den Fall, dass den gesetzlichen Interessensvertretungen Antragslegitimation für die Bekämpfung von Ausschreibungsunterlagen – trotz der massiven in Punkt 1.3 dargelegten Bedenken – eingeräumt werden sollte, wäre zu § 106 Abs 6 noch Folgendes anzumerken: Die Antragslegitimation der gesetzlichen Interessensvertretungen müsste davon abhängig gemacht werden, dass diese den öffentlichen Auftraggeber gem. § 106 Abs 6 zur Berichtigung unter



Einhalt einer angemessenen Frist auffordern muss. Es dürfte nur in diesem Fall und auch nur im Umfang jener Punkte, die substantiiert an den öffentlichen Auftraggeber gem. § 106 Abs 6 BVergG herangetragen wurden, eine Antragslegitimation bestehen. Es müsste dem Auftraggeber jedenfalls zwingend auf diese Weise zuvor die Möglichkeit der Berichtigung eingeräumt werden.

1.3. Zur vorgeschlagenen Antragslegitimation der gesetzlichen Interessensvertretungen

Im Begleitschreiben wird die Antragslegitimation der gesetzlichen Interessensvertretungen für die Einbringung von Nachprüfungsanträgen betreffend Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen zur Diskussion gestellt. Eine Antragslegitimation der gesetzlichen Interessensvertretungen wird aus folgenden Gründen abgelehnt:

- a. Eine Antragslegitimation von gesetzlichen Interessensvertretungen ist in der RL 2007/66/EG nicht vorgesehen und würde dem Verzicht auf ein „Golden Plating“ widersprechen.
- b. Nach den Vorgaben der RMRL ist für die Antragslegitimation der Nachweis eines rechtlichen Interesses am Vertragsabschluss sowie ein drohender Schaden durch den behaupteten Rechtsverstoß erforderlich. Gerade diese Voraussetzungen bestehen bei Interessensvertretungen nicht. Dies gilt umso mehr, als nach der vorgeschlagenen Antragslegitimation jeder gesetzlichen Interessensvertretung das Recht eingeräumt wird, Ausschreibungsunterlagen zu bekämpfen und zwar auch dann, wenn diese in gar keinem Zusammenhang mit den von ihnen vertretenen Mitglieder stehen (zB Ärztekammer bekämpft eine Bauausschreibung).
- c. Sollte den gesetzlichen Interessensvertretungen die Antragslegitimation im zur Diskussion gestellten Umfang eingeräumt werden, so würde dies zudem bedeuten, dass nicht nur österreichische gesetzliche Interessensvertretungen antragslegitimiert wären. Vor dem Hintergrund der primärrechtlichen Vorgaben (Diskriminierungsverbot) müssten auch gesetzliche Interessensvertretungen anderer Mitgliedstaaten antragslegitimiert sein. Die Antragslegitimation dieser Interessensvertretungen ist völlig ungeklärt. Zudem wären Unternehmer aus anderen Mitgliedstaaten diskriminiert, in welchen es keine (gesetzlichen) Interessensvertretungen gibt.

- d. Darüber hinaus wäre die Antragslegitimation der gesetzlichen Interessensvertretungen auch hinsichtlich der bei der Europäischen Kommission eingebrachten Beschwerde gegen die Zwangsmitgliedschaft in österreichischen Wirtschaftskammern mehr als bedenklich. In dieser Beschwerde wurde eine Verletzung des Beihilfenverbotes geltend gemacht (Wettbewerbsverzerrung durch Quersubventionierung).
- e. Weiters ist wesentlich, dass eine Vielzahl öffentlicher Auftraggeber selbst Mitglied von gesetzlichen Interessensvertretungen ist. Eine Antragslegitimation der gesetzlichen Interessensvertretungen würde daher dazu führen, dass die Interessensvertretung Nachprüfungsanträge gegen ihre eigenen Mitglieder einbringen müsste. Es ist wohl mit der gesetzlichen Zwangsmitgliedschaft nicht vereinbar, dass eine gesetzliche Interessensvertretung gegen die Interessen ihrer Mitglieder agiert, wobei die Nachprüfungsanträge dabei auch von der Kammerumlage jener öffentlichen Auftraggeber finanziert wird, gegen die sich der Nachprüfungsantrag richtet.
- f. Ferner ist zu beachten, dass auch gesetzliche Interessensvertretungen selbst öffentliche Auftraggeber sind. Im Lichte der Gleichbehandlung müssten auch deren Ausschreibungen durch gesetzliche Interessensvertretungen bekämpft werden können. Es stellt sich dabei die Frage, wem in diesem Fall die Antragslegitimation zukommt.
- g. Eine Antragslegitimation der gesetzlichen Interessensvertretungen würde schließlich ein wesentliches Grundrecht, Art 6 EMRK (Recht auf ein Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht), verletzen. Denn Mitglieder der gesetzlichen Interessensvertretungen sind auch Mitglieder der Senate des Bundesvergabeamtes und entscheiden mit über einen Nachprüfungsantrag einer Interessensvertretung. – Wenig zielführend wäre es, wenn ein Vertreter einer anderen Interessensvertretung als Senatsmitglied in diesen Fällen tätig wird. Denn es ist gerade wesentlich für zum Teil technisch sehr komplexe Bereiche einen Vertreter jener Interessensvertretung dem Verfahren beizuziehen, der eine gewisse fachliche Nähe dazu hat. Ein Entfall der Senatsbesetzung wäre aus diesen Gründe ebenso nicht wünschenswert.

1.4. Zu Zif 81 „alternative Sanktionen“

Die derzeitigen Regelung im Entwurf werden abgelehnt und eine Änderung angeregt.

Die beabsichtigten Regelungen gehen weit über die Vorgaben der Richtlinie hinaus: Es wird angeregt, lediglich den Richtlinientext zu übernehmen im Sinne eines Verzichts auf ein „Golden Plating“, was auch der üblichen Vorgangsweise der übrigen Mitgliedstaaten entspricht.

Die RL 2007/66/EG, insbesondere die darin vorgesehene Nichtigkeitssanktion einschließlich der bezughabenden Sanktionen, gilt nur für den Oberschwellenbereich, worauf sich auch das BVergG beschränken sollte.

Weiters ist in der RL 2007/66/EG vorgesehen, dass die Verkürzung der Laufzeit ODER die Verhängung von Sanktionen normiert. Es handelt sich dabei um Alternativsanktionen und nicht um Sanktionen, die gemeinsam zu verhängen sind, wie dies jedoch im vorliegenden Entwurf vorgesehen ist (§ 334 Abs 5 und 6).

Schließlich ist festzuhalten, dass die Höhe der Geldbuße jedenfalls der Höhe nach zu begrenzen ist, um eine überschießende Belastung öffentlicher Auftraggeber zu verhindern.

Die im Entwurf vorgesehene „Anordnung, dass der Spruch des Feststellungsbescheides auf Kosten des Auftraggebers in einer oder mehreren periodischen Druckschriften zu veröffentlichen ist“, ist eine Sanktion, die in der Richtlinie nicht vorgesehen ist. Diese Regelung schießt weit über das Ziel der Richtlinie hinaus und wird daher abgelehnt; die von der Richtlinie verfolgten Ziele können effektiv durch die in dieser vorgesehene Sanktionen erreicht werden zudem würde diese Regelung dem Grundsatz des Verzichts auf ein „Golden Plating“ widersprechen.

Nach den derzeit vorgeschlagenen Bestimmungen ist das BVA für die Nichtigerklärung von zivilrechtlichen Verträgen zuständig. Dies würde dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Gewaltenteilung nach Art 94 B-VG widersprechen, wonach die Justiz von der Verwaltung in allen Instanzen zu trennen ist. Es sollte daher der bisher eingeschlagene Weg, die zivilrechtlichen Konsequenzen dem Zivilgericht zu überlassen, beibehalten werden; es könnte dabei für die Aufhebung eines Vertrages als Voraussetzung ein entsprechender Feststellungsbescheid erforderlich sein.

Weiters ist anzumerken, dass nicht ersichtlich ist, welche Vorteile eine Aufhebung des Vertrages ex tunc gegenüber einer Aufhebung ex nunc bieten würde. Eine Aufhebung ex tunc wäre mit entsprechender bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung verbunden und würde in den seltensten Fällen zu einer Neuausschreibung ein und derselben Leistungen führen.

2. Zu den einzelnen Bestimmungen

2.1. Zu den Bestimmungen, die gewerberechtlichen Bezug haben (Zif 9, 15, 16, 30, 39 und 40 der Novelle; insbesondere zu § 20 Abs 1, § 129 Abs 1 Z 11 und Abs 2)

Allgemeine Anmerkungen zur gewerberechtlichen Prüfpflicht des öffentlichen Auftraggebers im Zusammenhang mit der Umsetzung der Berufsanerkenntnisrichtlinie

Das BVergG enthält umfassende Regelungen, die auf gewerberechtliche Bestimmungen Bezug nehmen, die aus der Umsetzung der Berufsanerkenntnisrichtlinie resultieren. Dies führt gerade dazu, dass der öffentliche Auftraggeber nicht nur ausgewiesener Gewerberechtsexperte sein muss, sondern dieser wird im Ergebnis zu einer Art „Gewerbebehörde“ wird.

Im Sinne einer Effizienzsteigerung in Vergabeverfahren sollten daher die Nachweis- und Prüfpflichten des öffentlichen Auftraggebers auf das unbedingt notwendige Ausmaß beschränkt werden. Es wäre daher jedenfalls zweckmäßig, für das Vorliegen der beruflichen Befugnis auf Eigenerklärung (auch bei sensiblen anzeigepflichtigen Gewerben) abzustellen und zwar auch für den Zuschlagsempfänger. Es sollte den öffentlichen Auftraggeber keine über die Eigenerklärung hinausgehende Prüfpflicht treffen, es sei denn, er hat ausdrücklich spezielle Nachweise gefordert oder es liegen Anhaltspunkte dazu vor, die daran berechtigt zweifeln lassen, dass der Unternehmer zur Ausübung der Tätigkeit in Österreich berechtigt ist. Dies gilt umso mehr, als auch gerade der öffentliche Auftraggeber darauf vertrauen können muss, dass sich sein Geschäftspartner grundsätzlich gesetzeskonform verhält, da gerade nach § 68 Abs 1 Z 7 BVergG ein Ausschlussgrund in Bezug auf der Erteilung falscher Auskünfte betreffend die Befugnis normiert ist.

Vor diesem Hintergrund wird daher angeregt, insbesondere die vorgeschlagene Bestimmung des § 129 Abs 1 Z 11 lit a BVergG dahingehend anzupassen, dass ein Ausscheiden des Angebotes dann erfolgt, wenn über ausdrückliche Aufforderung des Auftraggebers kein Nachweis über die Antragstellung für die Dienstleistungsanzeige gem. § 373a Abs 4 GewO vorliegt bzw kein Nachweis der erforderlichen Mitteilung vorliegt.

Zur „allenfalls erforderlichen behördliche Entscheidung“

Wesentlich ist, dass in den bezughabenden Bestimmungen des Entwurfes der Begriff „allenfalls erforderliche behördliche Entscheidung“ verwendet wird. In § 373a Abs 5 lit a GewO wird jedoch dieser Begriff nicht verwendet; es wird hier auf eine Mitteilung des BMWA abgestellt. Es



wird angeregt, eine mit der GewO einheitliche Diktion anzuwenden. Bei der Mitteilung gem. § 373a Abs 5 lit a GewO handelt es sich nämlich nicht um einen Bescheid iSd AVG, worauf bei Verwendung des Begriffes „behördliche Entscheidung“ geschlossen werden könnte.

2.2. Anmerkungen zu Änderungen im Bereich elektronischer Vergabeverfahren

Zu § 43 Abs 4

In § 43 Abs 4 wird wie folgt festgelegt: *„Eine elektronische Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen [...] hat unter Verwendung einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw so zu erfolgen, dass die Überprüfbarkeit der Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der übermittelten Datensätze mit der Qualität einer sicheren elektronischen Signatur gewährleistet ist.“* Anzumerken ist, dass hier in zweiten Satzteil wohl auch die qualifizierte elektronische Signatur gemeint ist und nicht die sichere elektronische Signatur. Es wird daher eine entsprechende Änderung der vorgeschlagenen Bestimmung angeregt.

Anmerkung zum „qualifizierten Zeitstempeldienst“

In § 119 Abs 1 wird in der vorgeschlagenen Bestimmung nunmehr ein qualifizierter Zeitstempeldienst gefordert. Die Verwendung eines qualifizierten Zeitstempeldienstes wird es einem öffentlichen Auftraggeber allerdings nicht mehr ermöglichen, auf seinem Server einen Zeitstempeldienst zu betreiben (wie es nach der derzeit geltenden Rechtslage jedoch möglich ist). Vielmehr ist aufgrund der hohen Anforderungen die Verwendung eines externen Zertifizierungsdienstes erforderlich. Dies führt unseres Erachtens dazu, dass die Durchführung von elektronischen Vergabeverfahren dem öffentlichen Auftraggeber nicht unbedingt erleichtert werden. Hinzu kommt, dass zu erwarten ist, dass damit auch eine Verunsicherung der Bieter verbunden wäre. Der qualifizierte Zeitstempeldienst kann nämlich erst dann angefordert werden, wenn die Daten des elektronischen Angebotes am Server des Auftraggebers eingelangt sind. Hier kann es zu zeitlichen Verschiebungen kommen, sodass der Zeitpunkt des tatsächlichen Einlangens des elektronischen Angebotes und der Zeitpunkt, der von qualifizierten Zeitstempeldienst ermittelt wird, auseinanderfallen können.

2.3. Anmerkung zu Zif 19 (§ 70)

Die vom Gesetzgeber vorgeschlagenen Regelungen, wonach Bewerber und Bieter ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit durch die Vorlage von Eigenerklärungen nachweisen können, ist jedenfalls zu begrüßen. Dadurch kann der Aufwand in Vergabeverfahren sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Bieterseite reduziert werden.

Zu Absatz 3 ist allerdings folgendes anzumerken: Nach der vorgeschlagenen Bestimmung können öffentliche Auftraggeber bei Bauaufträgen deren geschätzter Auftragswert EUR 120.000,-- nicht erreicht bzw bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen der geschätzte Auftragswert EUR 80.000,-- nicht erreicht, die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerber oder Bieter nur verlangen, sofern nach Auffassung des Auftraggebers dies im Einzelfall erforderlich ist, wobei die maßgeblichen Gründe dafür schriftlich festzuhalten sind. Bei Aufträgen, deren geschätzter Auftragswert über den vorgenannten Subschwellenwerten liegt (Abs 4), wird keine Erforderlichkeit im Einzelfall und keine Begründungspflicht im Einzelfall gefordert. Damit gelten für geringere Aufträge im Ergebnis strengere Regelungen für den Auftraggeber und es trifft ihn ein entsprechender Mehraufwand, wenn er das Nachfordern bestimmter Nachweise begründen muss. Aus diesem Grund wird angeregt, die vorgeschlagene Bestimmung des § 70 Abs 3 entsprechend zu ändern und zwar dahingehend, dass der letzte Satz „Die dafür maßgeblichen Gründe sind schriftlich festzuhalten“ zur Gänze und im ersten Satz der letzte Satzteil „sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers im Einzelfall erforderlich ist“ entfällt.

3. Weitere Anmerkungen und Anregungen

Zu den Fristen

Die im Entwurf vorgesehene 10tägige Frist (Stillhalte- und Anfechtungsfrist im Oberschwellenbereich) entsprechen den Vorgaben der Richtlinie und werden jedenfalls befürwortet ebenso wie die entsprechende Fristenkürzung im Unterschwellenbereich.

Zu § 140 Abs 3 2. Satz

Im Zusammenhang mit den bei einem Widerruf einzuhaltenden Fristen treten in der Praxis Unklarheiten auf. Diese ergeben sich daraus, dass eine EU-weite Bekanntmachung der Veröffentlichung der Widerrufsentscheidung teilweise nicht unerheblich von der Einschaltung im



Lieferanzeiger verzögert ist. Es würde sich daraus ein differenzierter Fristenlauf ergeben. Eine entsprechende Klarstellung, zumindest in den Materialien wäre zweckmäßig.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, which appears to read "S. Koller". The signature is written in a cursive, flowing style.

Mag. Sabine Koller, MSc
Leiterin Abteilung Beschaffung & Recht