

Bundeskanzleramt
z.H. Herrn Dr. Michael Fruhmann
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63 | A-1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-233
E rp@wko.at
W <http://wko.at/rp>

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
BKA-600.883/0044-V/8/2008	Rp 1432/08/MI/CS Dr. Annemarie Mille	4282	18.12.2008

Stellungnahme zum Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2008)

Sehr geehrter Herr Dr. Fruhmann,

zum Entwurf einer Novelle zum Bundesvergabegesetz nimmt die Wirtschaftskammer Österreich wie folgt Stellung:

Die für die Wirtschaftskammer Österreich zentralen Punkte sind die im Punkt 3 des Anschreibens zur Diskussion gestellte Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen, die Festlegung einheitlicher und praxisgerechter Fristen in den §§ 132, 140, 321 BVergG, sowie die Konkretisierung der Regelung zur Ausschreibung zu Festpreisen oder veränderlichen Preisen im § 24 Abs 7 BVergG.

Zu den im Rahmen der Begutachtung aufgeworfenen Fragestellungen:

1. Neuregelung der Subvergabe (§ 83 Abs 3 bzw. § 240 Abs 3 BVergG)

Die im Begutachtungsentwurf enthaltenen Änderungsvorschläge zur Neuregelung der Subvergabe werden von der WKÖ abgelehnt. Die vorgesehene Formulierung trägt in keiner Weise zur Förderung der Auftragsvergabe an KMU bei und wäre zu diesem Zweck auch nicht geeignet, wenn man ergänzende - im Anschreiben angedachte - Festlegungen treffen würde. Die Regelung ist nach dem Vorbild des § 144 BVergG gestaltet, der unserer Kenntnis zufolge bisher keinerlei Praxisrelevanz hat. Mit der zur Diskussion gestellten Regelung würde man aus unserer Sicht vielmehr eine Reihe neuer Probleme im Vergabeverfahren eröffnen. Die angedachte Regelung könnte zur Folge haben, dass Bieter aus einem Vergabeverfahren ausgeschieden werden müssen, obwohl sie die zur Leistungserbringung notwendige Eignung besitzen. Darüber hinaus sehen wir erhebliches Konfliktpotential in der Phase zwischen Angebotsöffnung und Zuschlagserteilung, das vermehrt zu Nachprüfungsverfahren führen und die Vergabe öffentlicher Aufträge verzögern und verteuern könnte, sowie die Gefahr, dass nicht immer der Bestbieter den Zuschlag erhält.

Zudem greift die Verpflichtung zur Subvergabe entgegen den Grundsätzen des Vergaberechts in die Privatautonomie der Bieter bzw. in die Gestaltung der Leistungserbringung durch den Auftragnehmer ein. Bei schon derzeit sehr hoher und für viele Anwender zu komplexer Regelungsdichte zu diesem - für die Vergabepaxis entscheidenden - Themenkomplex, bringt die in Aussicht genommene Regelung keinerlei Verbesserung und wird von uns daher nicht nur als überflüssig, sondern als kontraproduktiv betrachtet.

Die Frage der Angabe von Subunternehmerleistungen und die Frage der entsprechenden Nachweise ist eine im BVerG 2006 sehr komplex geregelte Materie. Gleichzeitig haben sich diese Fragen in der Praxis als besonders bedeutend und – im Hinblick auf die damit verbundene latente Ausscheidungsgefahr bei fehlerhaften oder ungenügenden Angaben – als besonders problematisch erwiesen. Die einfachste und praxisgerechteste Lösung wäre die, regelmäßig nur die Bekanntgabe jener Subunternehmer zu fordern, die für die Substitution der Eignung notwendig sind. Die Namhaftmachung aller Subunternehmer sollte nur in jenen Fällen erforderlich sein, in denen dies vom Auftraggeber in der Ausschreibung ausdrücklich gefordert wird.

Die WKÖ lehnt die zur Diskussion gestellte Änderung ab. Darüber hinaus regen wir eine Präzisierung der Regelung über die Substitution der Eignungsnachweise durch Subunternehmer an.

Weitergabe des gesamten Auftrages an verbundene Unternehmen im klassischen Bereich seit der Novelle 2006 nicht mehr möglich

In der Vorläuferbestimmung des BVerG 2002 (§ 70 BVerG 2002) war noch festgehalten, dass die Weitergabe des gesamten Auftrages an verbundene Unternehmen möglich ist.

Seit der BVerG Novelle 2006 fehlt diese Bestimmung für den klassischen Bereich, ist aber weiterhin im Sektorenbereich in § 240 BVerG 2006 beinhaltet.

Es hat daher den Anschein, als ob es sich um ein Redaktionsversehen anlässlich der Novelle 2006 gehandelt hat; zumindest sind uns keine sachlichen Gründe für diese unterschiedliche Behandlung von Sektoren und klassischen Auftraggebern bekannt.

Es erscheint uns sachgerecht und auch aus Gründen der Gleichbehandlung notwendig, die Weitergabe des gesamten Auftrages auch für den klassischen Bereich für verbundene Unternehmen zu ermöglichen.

*Der Text des § 83 erster Satz BVerG sollte daher wie folgt adaptiert werden:
„Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.“*

2. Mitteilungspflicht (§ 106 Abs 6 BVerG)

Entgegen der Formulierung im Anschreiben sehen wir kein rechtliches Hindernis, diese (sanktionslose) Bestimmung im BVerG entfallen zu lassen, zumal dem Bieter ohnedies jederzeit das Recht und die Möglichkeit zusteht, entsprechende Mitteilungen an den Auftraggeber zu richten.

Die WKÖ spricht sich für einen Entfall der Mitteilungspflicht gemäß § 106 Abs 6 BVerG aus.

3. Antragslegitimation der gesetzlichen Interessenvertretungen (§ 320 Abs 5 BVerG)

Das Bundesvergabegesetz sieht die Verwendung von Ausschreibungsunterlagen vor, welche die gewünschte Leistung eindeutig, vollständig und kalkulierbar beschreiben und vergleichbare Angebote gewährleisten. Dies fördert den fairen und lautereren Wettbewerb und unterstützt das Ziel einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Beschaffung. Die derzeitige, als „Qualitätskontrolle“ gedachte, Möglichkeit für die Bieter, die Ausschreibungsunterlagen vor Ablauf der Angebotsfrist bei der zuständigen Vergabekontrollbehörde auf Gesetzeskonformität prüfen zu lassen, wird in der Praxis kaum genutzt. Zum einen weiß der Unternehmer vor Angebotseröffnung noch nicht, ob er überhaupt eine Chance auf den Zuschlag hat oder ob er mit seinem Prüfungsantrag nicht gar einem Konkurrenten „in die Hände spielt“. Zum anderen muss er mit dem Prüfungsantrag offen gegen seinen potenziellen Auftraggeber vorgehen und möglicherweise eine Verschlechterung des Geschäftsklimas in Kauf nehmen. Daher verzichten

viele Unternehmer auch in begründeten Fällen auf eine Prüfung der Ausschreibungsunterlagen, mit der Konsequenz, dass vergaberechtswidrige Ausschreibungsbedingungen „bestandfest“ werden, d.h. diese Vergaberechtsverstöße können zu einem späteren Verfahrenszeitpunkt nicht mehr in einem Vergabekontrollverfahren vorgebracht werden. Dies wiederum zwingt die Unternehmer dazu, verteuernde Risikozuschläge für inadäquate Vertragsbedingungen in ihre Angebote einzurechnen. Zudem führen unklare bzw. unausgewogene Ausschreibungsbedingungen häufig zu Streitigkeiten in der Zuschlags- und Ausführungsphase, die das Vergabeverfahren verzögern und für alle Beteiligten verteuern.

Um diese Nachteile für den Auftraggeber, die Bieter und die gesamte Volkswirtschaft hintanzuhalten, sollte die Antragslegitimation zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Ausschreibungsunterlagen künftig nicht nur für Unternehmen, sondern auch für gesetzliche Interessenvertretungen möglich sein. Eine solche Antragslegitimation hätte primär präventiven Charakter und würde wohl schon allein durch ihre Existenz zur Verbesserung der Ausschreibungsqualität beitragen. Im Anlassfall könnten damit rechtswidrige Ausschreibungsbedingungen vor Ablauf der Angebotsfrist, d.h. in der Frühphase des Vergabeverfahrens, auf Antrag einer Interessenvertretung von den Vergabekontrollbehörden geprüft und verbessert werden. Kostspielige und zeitaufwändige Streitigkeiten bzw. Verfahrensverzögerungen während der Zuschlags- oder Ausführungsphase könnten dadurch minimiert und der Abschluss vergaberechtswidriger Verträge verhindert werden.

*Die WKÖ fordert die Verankerung einer Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Ausschreibungsunterlagen vor Angebotsöffnung in § 320 Abs 5 BVergG und schlägt folgende Formulierung vor:
„Eine gesetzliche Interessenvertretung kann Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bis spätestens drei Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist einbringen. Fällt das Ende der Einbringungsfrist auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder den Karfreitag, so ist der folgende Werktag letzter Tag der Frist.*

Gesetzliche Interessenvertretungen können auch Anträge gegen unzulässige Direktvergaben einbringen.“

Einstweilige Verfügungen: Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen (§ 328 Abs 1 BVergG)

Entsprechend der Forderung nach Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen im Nachprüfungsverfahren sind auch die Bestimmungen für einstweilige Verfügungen entsprechend anzupassen. Die Wirtschaftskammer Österreich fordert daher folgende Änderung zu § 328 Abs 1 BVergG:

„Das Bundesvergabeamt hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, sowie auf Antrag einer gesetzlichen Interessenvertretung gemäß § 320 Abs 5...“

Ergänzend zu den im Entwurf enthaltenen Änderungen sieht die WKÖ Bedarf für eine Reihe weiterer Änderungen im Bundesvergabegesetz 2006:

§ 2 Z 26 lit c und g BVerG: Begriffsbestimmungen (Preisumrechnungsgrundlagen)

Die Legaldefinitionen des § 2 Z 26 lit c und g BVerG sollten dahingehend geändert werden, dass der Begriff „Preisumrechnungsgrundlagen“ statt „Preisgrundlagen“ verwendet wird.

Ziel dieser Anregung „Preisumrechnungsgrundlagen“: es sollten im BVerG dieselben Begriffe wie in den ÖNORMEN (insbesondere in der ÖNORM B 2111) verwendet werden.

c Festpreis ist der Preis, der auch beim Eintreten von Änderungen der Preisumrechnungsgrundlagen (wie insbesondere Kollektivvertragslöhne, Materialpreis, soziale Aufwendungen) für den vereinbarten Zeitraum unveränderlich bleibt.

g Veränderlicher Preis ist der Preis, der bei Änderung vereinbarter Preisumrechnungsgrundlagen geändert werden kann.

Gefordert wird daher der Einheitlichkeit halber in Entsprechung der ÖNORM B 2111 deren Begriff „Preisumrechnungsgrundlage“ in den Legaldefinitionen des § 2 Z 26 lit c und g BVerG zu übernehmen.

§ 3 BVerG: Bindung des gemeinnützigen Wohnbaus an das BVerG

Derzeit unterliegen gemeinnützige Wohnbaugenossenschaften nicht dem Vergaberecht, da sie sowohl im Wettbewerb untereinander stehen, als auch mit gewerblichen und kommunalen Wohnbauträgern. Darüber hinaus erfüllen sie ihre Aufgaben in gewerblicher Art.

Die WKÖ fordert, dass im Zuge der Novelle eindeutig klar gestellt wird, dass gemeinnützige Wohnbaugesellschaften, die öffentliche Fördergelder in Anspruch nehmen, öffentliche Auftraggeber sind und damit an das BVerG gebunden sind.

§ 12 bzw. § 180 BVerG: EU-Schwellenwerte

Da die EU-Schwellenwerte grundsätzlich alle zwei Jahre durch eine Verordnung der Europäischen Kommission geändert werden, sollte ein entsprechender Hinweis auch direkt in diese Bestimmungen bzw. ein Hinweis auf die Verordnungsermächtigung in § 18 BVerG bzw.

§ 186 BVerG aufgenommen werden.

§ 14 Abs 2 BVerG: Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Bauaufträgen und Baukonzessionsverträgen

„§ 14 Abs 2 BVerG bestimmt, dass „bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Bauaufträgen und Baukonzessionsverträgen neben dem Auftragswert der Bauleistungen auch der geschätzte Gesamtwert aller für die Ausführung der Bauleistungen erforderlichen Waren- und Dienstleistungen einzubeziehen ist, die dem Unternehmer vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden.“

Dem gegenüber führen die EB 1171 der Beilagen XXII. GP - Regierungsvorlage - Materialien jedoch aus, dass „bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes eines Bauauftrages ... alle Leistungen, Materialien usw. zu berücksichtigen seien, die Gegenstand des Vertrages sind. Unter Waren sind hierbei nicht nur die beim Bau verwendeten Materialien, sondern auch die zur Arbeitsausführung erforderlichen Ausrüstungen zu verstehen. Stellt ein öffentlicher Auftraggeber dem Auftragnehmer etwa einen Kran oder Lastkraftwagen zur Verfügung, so ist entweder der Kaufpreis oder aber der marktübliche Mietpreis der Ausrüstung bei der Berechnung des Auftragswertes zu berücksichtigen.“ [...]

Von Planungsleistungen (als Dienstleistungen) ist in den erläuternden Bemerkungen nicht mehr die Rede, zudem ist nur die Rede von „Leistungen“ und nicht von „Dienstleistungen“.

Es besteht daher die Möglichkeit eines Missverständnisses, dass auch die Kosten der Planungsleistungen als Dienstleistungen, die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden, in den geschätzten Auftragswert von Bauaufträgen eingerechnet werden.

Es sollte daher klar im Gesetzestext zum Ausdruck kommen, dass nur bloße Leistungen und Waren in den geschätzten Auftragswert bei Bauaufträgen einzubeziehen sind, jedoch nicht Planungsleistungen als Dienstleistungen, die vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden.

§ 19 BVerG: Grundsätze des Vergabeverfahrens

Die derzeitige Rechtslage untersagt diskriminierende Ausschreibungen gem. § 19 BVerG. In der Praxis kommt es aber vor, dass in Ausschreibungen Wettbewerbsordnungen angewendet werden, die Diskriminierungen enthalten. Schon in der Wettbewerbsordnung der Architekten (WOA), die Rechtsgrundlage der Ausschreibung war, ist eine Diskriminierung enthalten. In der WOA werden nämlich als teilnahmeberechtigte Personen gem. § 7 WOA nur österreichische Architekten, Zivilingenieure für Hochbau und Ziviltechnikergesellschaften mit entsprechender Befugnis gemäß Ziviltechnikergesetz idgF bzw. Planungsbefugte gemäß EWR-Architektenverordnung idgF, genannt. Derartigen diskriminierenden Wettbewerbsbedingungen sollte durch das BVerG der Boden entzogen werden.

Daher wäre eine Klarstellung in den erläuternden Bemerkungen wünschenswert, in der jegliche, auch mittelbare, Diskriminierung von Berufsständen, die beispielsweise durch Anwendung einer diskriminierenden Wettbewerbsordnung geschehen kann, untersagt wird.

§ 20 BVerG: Anerkennung von Berufsqualifikationen:

Mit der gewerberechtlichen Umsetzung der EU-Richtlinie 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (BGBl I Nr. 42/2008) haben sich die Anforderungen an den Nachweis der Befugnis von ausländischen Unternehmern aus EU oder EWR im Vergabeverfahren geändert.

Ein Anerkennungs- und Gleichhaltungsbescheid ist nun nur noch für jene ausländischen Bieter aus EU oder EWR erforderlich, die über eine Niederlassung in Österreich verfügen. Diese haben den Nachweis zu erbringen, dass sie vor Ablauf der Angebotsfrist einen entsprechenden Antrag gestellt haben. Liegt der Bescheid im Zuschlagszeitpunkt (bzw. des Ablaufs der gemäß § 112 Abs 3 BVerG gesetzten Nachfrist) nicht vor, so ist gemäß § 129 Abs 1 Z 11 BVerG das Angebot dieses Bieters auszuschneiden.

Andere ausländische Bieter aus EU oder EWR können ohne Anerkennungs- und Gleichhaltungsbescheid vorübergehend grenzüberschreitend Dienstleistungen erbringen. Generell festzuhalten ist, dass gewerberechtlich bei EWR-Staatsbürgern bei allen reglementierten Gewerben beim Hinüberarbeiten eine Anzeige beim Wirtschaftsministerium zu erstatten ist. Problematisch ist daher nach dem vorliegenden Entwurf der Umstand, dass bei sonstigen (nicht „sensiblen“) reglementierten Gewerben, der Auftraggeber keine Pflicht hat, eine entsprechende Bestätigung einzufordern, sondern dies nach den erläuternden Bemerkungen in seinem Ermessen steht. Um eine Umgehung des österreichischen Befähigungsnachweises durch ausländische Bieter aus EU oder EWR im Bereich sonstiger reglementierter Gewerbe zu verhindern, ist die Prüfung der Befugnis durch den Auftraggeber auch in Zukunft äußerst wichtig. Wir fordern daher, Erleichterungen hinsichtlich des Befugnisnachweises für ausländische Unternehmen nur soweit umzusetzen, als dies europarechtlich unumgänglich ist, da ansonsten der Vorwurf der Inländer-Diskriminierung zu erheben ist.

Es sollte daher als Mindestvoraussetzung auch bei den oben angeführten sonstigen reglementierten Gewerben zumindest der Nachweis der Dienstleistungsanzeige beim Wirtschaftsministerium nach § 373a GewO verpflichtend erbracht werden. Dies wäre unseres Erachtens kein übertriebener Bürokratismus, da bei diesen Gewerben die Erfordernisse ohnehin nicht sehr hoch angesetzt sind. Außerdem würde durch diese Vorgangsweise die Prüfung der Voraussetzungen vom einzelnen Auftraggeber auf das Wirtschaftsministerium verlagert werden.

§ 24 Abs 7 BVergG: Allgemeine Bestimmungen betreffend den Preis

Vor dem Hintergrund zunehmend volatiler Rohstoffmärkte hat in jüngster Vergangenheit die Bestimmung des § 24 Abs 7 BVergG, die die Frage der Ausschreibung zu Festpreisen oder veränderlichen Preisen regelt, an Bedeutung gewonnen. Die derzeitige Formulierung hat in der Praxis Anlass zur Diskussion gegeben, sodass das Bundeskanzleramt mit Rundschreiben vom 11. November 2008 eine Reihe von bisher strittigen Punkten konkretisiert hat. Die bevorstehende Novellierung des Bundesvergabegesetzes sollte unseres Erachtens dazu genutzt werden, um § 24 Abs 7 BVergG zu verbessern und gegebenenfalls notwendige zusätzliche Klarstellungen in die erläuternden Bemerkungen aufzunehmen.

Nach Ansicht der österreichischen Wirtschaft ist es für alle Auftraggeber wirtschaftlich sinnvoll, Bauvorhaben mit stark schwankenden preisbestimmenden Kostenanteilen generell zu veränderlichen Preisen auszuschreiben. In diesem Sinne wird im Gesetzestext eine Reduktion der zeitlichen Obergrenze von maximal zwölf auf maximal sechs Monate vorgeschlagen und der Entfall des Wortes „grundsätzlich“ gefordert, sodass die gesetzliche Obergrenze für die Geltung fester Preise ausnahmslos verbindlich einzuhalten ist.

Zudem schlagen wir eine gleichlautende gesetzliche Bestimmung auch für den Bereich der Sektorenauftraggeber vor.

Wir erachten es für zweckmäßig, in den erläuternden Bemerkungen klarzustellen, dass die zeitliche Obergrenze für feste Preise ab dem Ende der Angebotsfrist zu berechnen ist. Weiters schlagen wir in den erläuternden Bemerkungen eine Konkretisierung der Klausel betreffend „preisbestimmende Kostenanteile, die einer starken Preisschwankung unterworfen sind“ im Sinne der Empfehlung der „Unabhängigen Schiedskommission im BMWA“ vom 14. August 2008, vor. Demnach sind Kostenanteile preisbestimmend, wenn sie mehr als 1 % der Auftragssumme ausmachen.

Die WKÖ fordert die Verkürzung der maximalen Festpreisfrist auf 6 Monate ab Ende der Angebotsfrist. Weiters fordern wir eine analoge Regelung im Bereich der Sektorenauftraggeber. Die im erwähnten Rundschreiben des Bundeskanzleramtes sowie in der Empfehlung der „Unabhängigen Schiedskommission im BMWA“ enthaltenen Klarstellungen sollen in die Erläuterungen eingearbeitet werden.

Preisauflage- und Preisnachlassverfahren:

Jedenfalls sollte klargestellt und festgelegt werden, dass der Nachlass entweder auf die Einheitspreise (in verschiedener Höhe je Position) oder auf den Gesamtpreis (als ein einheitlicher Nachlass) gegeben werden darf.

Zudem würde eine Rechenfehlerregelung begrüßt werden. Derzeit besteht nämlich keine Regelung für den Fall, dass auf den vorgegebenen Bezugspreis (§ 2 Z 28 BVergG) ein Nachlass in bestimmter Höhe ausgewiesen wird und dann der um den Nachlass verminderte Preis mit der Angebotserklärung nicht übereinstimmt.

Eine derartige Regelung könnte wie folgt aussehen:

„Stimmt bei Angeboten mit Preisauflage- und Preisnachlassverfahren der angebotene Aufschlag / Nachlass in Euro nicht mit dem Multiplikationsergebnis aus Bezugspreis und dem angebotenen Prozentsatz für Aufschlag / Nachlass überein, so gelten der angegebene Bezugspreis und der angebotene Prozentsatz.“

§ 43 Abs 1 BVergG: Elektronische Übermittlung:

Wie bei Briefsendungen trifft auch bei E-Mails die Beweislast für den Zugang den Absender. Elektronische Post (Fax, E-Mail) kann jedoch nicht „eingeschrieben“ versendet werden, weshalb der Nachweis des Empfangs schwer möglich ist. Dies zeigt auch eine Entscheidung des OGH (2 Ob 108/07 g), wonach ein E-Mail-Sendeprotokoll keinen geeigneten Anscheinsbeweis für den

Zugang des Mails darstellt. Offen blieb, ob eine automatische Lese- und Empfangsbestätigung für den die Beweislast verschiebenden Anscheinsbeweis ausreicht.

Aus diesem Grund sollte der Auftraggeber verpflichtet werden, dem Bieter den Empfang seiner elektronischen Nachricht zu bestätigen.

§ 70 bzw. § 231 BVergG: Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber

Das derzeit bestehende Eignungsnachweissystem stellt sicher, dass Aufträge den Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechend ausschließlich an befugte, zuverlässige, und leistungsfähige Unternehmen vergeben werden. Gleichzeitig bedeutet es eine enorme Kostenbelastung für unsere Mitgliedsunternehmen. Grundsätzlich unterstützen wir daher jede Überlegung bzw. gesetzliche Regelung, die den Eignungsnachweis effizienter und kostengünstiger gestaltet. Unseres Erachtens wäre es jedoch zusätzlich zu den bestehenden Überlegungen zielführend, die bereits vorhandenen Instrumente zur Vereinfachung des Eignungsnachweises zu nutzen, wobei insbesondere die verstärkte Anwendung allgemein zugänglicher Verzeichnisse eines Dritten durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber unterstützt werden sollte. Ähnlich wie in Deutschland könnte das BVergG mit einer klaren und einfachen Regelung bzw. einer Konkretisierung des § 70 Abs 6 BVergG sicherstellen, dass der Eignungsnachweis durch die Eintragung in einem allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten von Auftraggebern zwingend anzuerkennen ist. Diese Vereinfachung würde mit geringem Aufwand eine tatsächliche Entlastung für alle Unternehmen, insbesondere aber KMU, bedeuten und gleichzeitig die erforderliche Eignungsprüfung sicherstellen.

Erbringt der Bieter den Eignungsnachweis durch Verweis auf seine Eintragung in ein Verzeichnis gemäß des vorgeschlagenen § 70 Abs 6 BVergG, sollte auch geprüft werden, ob dieser Umstand als Hinweis auf eine nicht bloß vorübergehend grenzüberschreitende Dienstleistungserbringung gewertet werden kann. In diesem Fall könnte auch für Bieter aus EU und EWR ein Anerkennungs- und Gleichhaltungsbescheid nach der Gewerbeordnung erforderlich sein.

Die WKÖ schlägt eine für den Auftraggeber verpflichtende Anerkennung der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten vor.

Obwohl wir wie bereits oben ausgeführt die Intention des Gesetzgebers die Beteiligungskosten von Unternehmen an öffentlichen Ausschreibungen zu reduzieren begrüßen, erscheint uns die konkrete Umsetzung der Eigenerklärung von Unternehmen schwierig. In den Erläuterungen zum BVergG wird festgehalten, dass eine in keiner Weise substantiierte Erklärung „geeignet zu sein“, als unzureichend anzusehen ist. Es fehlt ein Muster, wie diese Eigenerklärung eines Unternehmers nun auszusehen hat. Will man am System der Eigenerklärung festhalten, muss diese nicht bloß die konkreten Befugnisse des Bieters beinhalten, sondern auch bescheinigen, dass diese insbesondere nach der österreichischen Gewerbeordnung für die Ausführung des Auftrags ausreicht. Da eine Vorlage von Nachweisen nur von bestimmten Bewerbern verlangt werden kann, ist keine Diskriminierung ausländischer Bieter erkennbar.

Wir schlagen vor, § 70 Abs 3 BVergG zu ergänzen, sodass Erklärungen ausländischer Bieter den Auftraggeber jedenfalls berechtigen, die Vorlage von Nachweisen, wie beispielsweise Gewerbeberechtigungen, Eignungsnachweisen und sonstigen Erklärungen - jeweils in beglaubigter Übersetzung - zu fordern. § 70 Abs 4 BVergG wäre im selben Sinn zu ergänzen.

In § 70 § Abs 4 BVergG bzw. § 231 Abs 4 BVergG wird festgelegt, dass der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise zu verlangen hat. Aus unserer Sicht wäre es sinnvoller, die Vorlage der festgelegten Nachweise vor Mitteilung der Zuschlagserteilung vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zu fordern.

In den Erläuterungen wird – je nach Verfahrensart – differenziert, wann Nachweise grundsätzlich verlangt und vorgelegt werden können bzw. müssen. Im 2-stufigen Verfahren soll es dem Auftraggeber überlassen werden, zu entscheiden, ob er die Vorlage der Nachweise vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe verlangt oder ob er lediglich die Vorlage jener Nachweise verlangt, die sich auf die Auswahlkriterien beziehen und sich erst vor Zuschlagserteilung vom Zuschlagsempfänger alle festgelegten Nachweise vorlegen lässt. Aus unserer Sicht wäre eine derartige Vorgehensweise mit den Grundsätzen des BVergG nicht in Einklang zu bringen. Die Intention vom 2-stufigen Verfahren besteht grundsätzlich darin, einen Wettbewerb unter den am besten geeigneten Unternehmen durchzuführen. Sollte sich im Nachhinein herausstellen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger nicht geeignet ist, so hat der Wettbewerb mit „wenigen“ Unternehmen stattgefunden und das gesamte Angebotsverfahren müsste wiederholt werden. Dies erscheint uns vor allem bei langen Verhandlungsverfahren mit zahlreichen Verhandlungsrunden und komplexen Ausschreibungsgegenständen als wenig zielführend.

§§ 76 und 233 BVergG: Erbringung von Eignungsnachweisen durch Kapazitäten Dritter

Gemäß § 76 BVergG für den klassischen öffentlichen Auftraggeber kann ein Unternehmer den Nachweis der Leistungsfähigkeit durch andere Unternehmer erbringen. In § 233 BVergG für den Sektorenbereich ist dies derzeit zusätzlich zur Leistungsfähigkeit auch für die Befugnis möglich. In den Erläuterungen zu § 233 BVergG wird diese Abweichung auf die unterschiedliche Diktion der Sektorenrichtlinie in Art 54 Abs 6 zurückgeführt („Anforderungen an die technischen und/oder beruflichen Fähigkeiten“). In der vergleichbaren Regelung der Richtlinie 2004/18/EG für den öffentlichen Bereich lautet die Überschrift zu Art 48 „technische und/oder berufliche Leistungsfähigkeit“. Es ist aus unserer Sicht nicht erkennbar, ob die abweichenden Regelungen aufgrund von unterschiedlichen sprachlichen Fassungen der Richtlinien entstanden sind oder ob sachliche Erwägungen dazu geführt haben, dass hier Unterschiede in Abhängigkeit zur Auftraggebereigenschaft bestehen.

Aus Sicht der österreichischen Wirtschaft wäre eine einheitliche gesetzliche Vorgabe nach Möglichkeit anzustreben. Sollte dies aufgrund der EU-rechtlichen Vorgaben nicht möglich sein, wäre zumindest eine Klarstellung in den Erläuterungen hilfreich.

§§ 80 und 100 BVergG: Wahl des Zuschlagsprinzips

Dem Zuschlagsprinzip des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist gegenüber dem Zuschlagsprinzip des günstigsten Preises der Vorrang einzuräumen. Die erfolgte Gleichstellung von „Best- und Billigstbieterprinzip“ im Unterschwellenbereich wird seitens der österreichischen Wirtschaft abgelehnt.

Ein echtes „Bestbieter-Prinzip“ fördert Innovation und bietet dem Auftraggeber technische Top-Leistungen zu Bestpreisen. Andererseits führt die Forcierung des „Billigstbieterprinzips“ zu erheblichen Qualitätsverlusten, welche zwangsläufig den Auftraggeber zu dessen Nachteil treffen.

Die WKÖ fordert die Streichung von § 80 Abs 3 letzter Satz BVergG:

„Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend das Zuschlagsprinzip erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen.“ Und Streichung der Sonderbestimmung für den Unterschwellenbereich in § 100 BVergG.

§ 81 BVergG: Zulassung von Alternativangeboten

Seit dem BVergG 2006 sind Alternativangebote nur dann zugelassen, wenn dies der Auftraggeber ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen festhält. Auch wenn diese Regelung aus Art 24 der RL 2004/18/EG ableitbar ist, ist dies doch ein klarer Rückschritt im Vergleich zum früheren „innovationsfreudigen“ österreichischen Bundesvergabe-gesetz 2002.

Im Übrigen kamen hochrangige Expertenrunden auf europäischer Ebene (z.B. DG Unternehmen) und in Österreich (BMW A Arbeitsgruppe) zum Schluss, dass Alternativangebote sich bestens zur Innovationsförderung in der öffentlichen Beschaffung eignen. Oft wird seit dem BVergG 2006 in der Praxis aber die fix vorgegebene Lösung („Amtsvariante“) als einzig akzeptable in den Vergabeprozess aufgenommen. Kreative Alternativlösungen sind somit von vornherein vom Zuschlag ausgeschlossen. Die Praxis zeigt, dass insbesondere im Baubereich „Alternativangebote“ nach Vertragsabschluss als „Value Engineering“ verhandelt werden, was aus Sicht der Wirtschaft durch eine grundsätzliche Zulässigkeit von Alternativangeboten im BVergG vermieden werden könnte. Das Nicht-Zulassen von innovativen Alternativangeboten durch den Auftraggeber verhindert nicht nur kreative Innovationen sondern widerspricht in vielen Fällen auch dem Prinzip der sparsamen und effizienten Mittelverwendung durch die öffentliche Hand. Alternativangebote sollten daher entsprechend der Regelung im BVergG 2002 im Vergabeverfahren wieder generell zugelassen werden, wenn sie der Auftraggeber nicht explizit ausschließt. Diesbezüglich sehen wir auch keinen Widerspruch zu den EU-Vergaberichtlinien.

Die WKÖ schlägt daher in § 81 Abs 1 BVergG die Streichung des Satzes „Falls der Auftraggeber keine Angabe über die Zulässigkeit von Alternativangeboten gemacht hat, so sind Alternativangebote nicht zugelassen“ vor.

§ 89 BVergG: Kosten der Ausschreibungsunterlagen

Die bisherige Regelung hat für alle Verfahren mit Ausnahme des offenen Verfahrens die Möglichkeit vorgesehen, in begründeten Fällen für die Ausschreibungsunterlagen ein Entgelt vom Bieter oder Bewerber zu verlangen. Nunmehr wird klargestellt, dass dieses Entgelt bei allen Verfahren lediglich die Herstellungskosten (Druck- und Vervielfältigungskosten) sowie allfällige Portospesen abdecken darf.

Diese klare und einheitliche Regelung zur Frage der Kosten von Ausschreibungsunterlagen wird unterstützt.

Weiters regt die österreichische Wirtschaft an, dass die Ausschreibungsunterlagen vom öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich elektronisch zur Verfügung zu stellen sind. Das kostenlose Downloaden der Ausschreibungsunterlagen wäre für den Auftraggeber von Vorteil, weil sich dadurch der Kreis der interessierten Unternehmen vergrößert.

Zusätzlich ist seit der Annahme des „Small Business Act“ auf europäischer Ebene auch der freie Zugang zu den vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen geforderten ÖNORMEN zu gewährleisten.

Darüber hinaus ist auch sicherzustellen, dass interessierte Dritte, wie z.B. gesetzliche Interessenvertretungen, einen Zugang zu öffentlichen Ausschreibungsunterlagen erhalten.

Die WKÖ schlägt daher folgende Formulierung vor: „Die Ausschreibungsunterlagen einschließlich aller vom Auftraggeber geforderten ÖNORMEN sind vom Auftraggeber grundsätzlich elektronisch kostenlos zur Verfügung zu stellen. Wünscht ein Bieter die Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich auch in Papierform, hat er dafür auch weiterhin einen angemessenen Kostenersatz zu leisten“

§ 103 Abs 5, § 154 Abs 4, § 160 Abs 5, § 286 Abs 4, § 118 Abs 6, § 121 Abs 6, § 128 Abs 2 und 3 BVerG: Entfall der formalisierten Antragserfordernisse

Der Entfall dieser formalisierten Antragserfordernisse wird positiv gesehen.

§ 108 BVerG: Inhalt der Angebote

Im Zusammenhang mit der Stellungnahme zu § 83 BVerG wird die vorgeschlagene Änderung des § 108 Abs 1 Z 2 BVerG ebenfalls abgelehnt.

§ 111 Abs 3 BVerG: Vergütung für die Ausarbeitung der Angebote

In der Praxis werden Ingenieurbüros verstärkt aufgefordert, in ihren Angeboten bereits Lösungen bekannt zu geben. Der Auftraggeber nützt diese Lösung, aber erteilt in der Folge einem anderen Ingenieurbüro den Auftrag. Die Vorgehensweise ist aus Sicht der WKÖ inakzeptabel.

Die WKÖ ersucht daher um folgende Formulierung in § 111 Abs 3 BVerG:

§ 111 Abs. 3 BVerG Zitat: "Werden für die Ausarbeitung des Angebotes besondere Ausarbeitungen, worunter auch technische Lösungen verstanden werden, verlangt, so ist hierfür eine angemessene Vergütung vorzusehen. Diese Vergütung wird jedoch nur dann fällig, wenn das Angebot der Ausschreibung entspricht."

Sollte die von uns vorgeschlagene Formulierung nicht in das BVerG aufgenommen werden, ersuchen wir zumindest um eine ausdrückliche Klarstellung in den erläuternden Bemerkungen zu § 111 Abs 3 BVerG. Es ist darauf hinzuweisen, dass zu „besonderen Ausarbeitungen“ auch technische Lösungen zählen. Dazu zählen beispielsweise Montagepläne sowie weitere Lösungen, die ein besonderes Maß an Erfahrung und technisches Wissen benötigen.

§ 112 Abs 3 BVerG: Nachweise

Da wir die praktischen Auswirkungen der Möglichkeit zur Beibringung des Nachweises, dass der Bieter die fehlenden Kenntnisse inzwischen erworben hat, nicht abschließend beurteilen können, hinterfragen wir diese Bestimmung kritisch. Zu verhindern ist jedenfalls, dass ein Bieter das Vergabeverfahren mutwillig verzögern kann, obwohl er nicht Bestbieter ist.

§ 129 Abs 2 BVerG: Nachweis der Dienstleistungsanzeige

Der Auftraggeber sollte verpflichtet werden, auch bei den sonstigen reglementierten Gewerben den Nachweis der Dienstleistungsanzeige beim Wirtschaftsministerium nach § 373a GewO einzufordern.

Alternativ könnte eine fundierte Erklärung, welcher der Bieter z.B. durch einen österreichischen Rechtsanwalt erstellen lässt, eingefordert werden. Dieser haftet als Sachverständiger für allfällige Schäden übergangener Bieter.

§ 131 bzw. § 272 BVerG: Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung

Aus unserer Sicht wäre es vor allem für kleine öffentliche Auftraggeber, die sich nicht täglich mit dem BVerG auseinandersetzen, wünschenswert, wenn entweder ein Verweis auf § 43 BVerG in diese Bestimmung aufgenommen wird oder folgender Text beibehalten wird:

„Die Mitteilung der Zuschlagserteilung hat elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. Sofern eine nachweisliche Übermittlung elektronisch oder mittels Telefax nicht möglich ist, ist die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung brieflich zu übermitteln.“

Die nunmehr durch Gesetz eingeräumte Möglichkeit des (klassischen) Auftraggebers von einer Mitteilung der Zuschlagsentscheidung Abstand zu nehmen, wenn eine Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems vergeben werden soll, wird von uns kritisch gesehen, auch wenn dies gemeinschaftsrechtlich zulässig ist. Wenn etwa noch mehrere Parteien bei einem erneuten Aufruf zum Wettbewerb am Verfahren beteiligt sind, wird

unserer Ansicht nach bei einem Entfall der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zumindest ein Vergabegrundsatz, jener der Transparenz, verletzt. Die neue Feststellungskompetenz des BVA in diesem Zusammenhang ist nicht als ausreichend anzusehen. Aus diesem Grund sollte von dieser Möglichkeit für den Auftraggeber abgesehen werden.

§§ 132, 140, 321 BVergG: Stillhaltefrist; Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung; Fristen für Nachprüfungsanträge

Der Begutachtungsentwurf sieht eine Verkürzung der oben genannten Fristen von derzeit 14 auf nunmehr 10 bzw. 7 Tage vor. Begründet wird die Änderung mit einem Verweis auf die Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass die Rechtsmittelrichtlinie keineswegs zwingend eine Verkürzung der genannten Fristen auf 10 Tage verlangt. Die Rechtsmittelrichtlinie legt lediglich Mindestfristen fest und lässt damit dem österreichischen Gesetzgeber die Möglichkeit offen, bei der Umsetzung auf nationaler Ebene längere Fristen festzulegen.

Die Vergabepaxis zeigt, dass schon die derzeitigen Fristen äußerst knapp bemessen sind. Unserer Erfahrung nach ist schon die längere Frist von 14 Tagen in vielen Fällen nicht ausreichend, um effektiven Vergaberechtsschutz zu gewährleisten. Insbesondere ist keine sachliche Rechtfertigung dafür zu erkennen, warum die Frist für Nachprüfungsanträge im Unterschwellenbereich 7 Tage und im Oberschwellenbereich 14 Tage beträgt. Die kürzere Frist von 7 Tagen ist aus unserer Sicht ein klares Hindernis zum Zugang zum Vergaberechtsschutz. Will man einen in der Praxis wirkungsvollen Vergaberechtsschutz, sind angemessene Fristen unverzichtbar. 10 Tage ist jedenfalls zu knapp bemessen, dies auch im Hinblick auf die Tatsache, dass die Absendung der Entscheidungen durch den Auftraggeber und nicht das Eintreffen beim Bieter fristauslösend ist.

Die WKÖ fordert einheitliche Stillhaltefristen und Fristen für Nachprüfungsanträge von zumindest 15 Tagen und zwar ausnahmslos sowohl im Oberschwellenbereich als auch im Unterschwellenbereich.

§ 132 Abs 2 bzw. 273 Abs 2 BVergG: Stillhaltefrist

Diese Bestimmung sollte aus Sicht der WKÖ gründlich überdacht werden. Der reine Wortlaut dieses Absatzes widerspricht eindeutig der Bestimmung in § 131 Abs 1 BVergG bzw. der Bestimmung in § 272 Abs 1 BVergG. Erst aus den Erläuterungen ergibt sich, was der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung erreichen möchte. Für den Rechtsanwender ist die Bestimmung vom Wortlaut her missverständlich und in der Praxis ist es aus unserer Sicht nicht denkbar, dass jeder Rechtsunterworfenen die Erläuterungen zur Interpretation des Gesetzes heranzieht.

Darüber hinaus sprechen wir uns für eine Beibehaltung der bisherigen Bestimmungen in § 132 Abs 2 und 3 BVergG 2006 bzw. § 273 Abs 2 und 3 BVergG 2006 aus.

§ 155 Abs 4 BVergG: Durchführung von Wettbewerben

Die WKÖ regt an, in die Bestimmung über die Zusammensetzung des Preisgerichtes einzufügen, dass bei mehreren, zur Durchführung des ausgeschriebenen Projektes berechtigten Berufsgruppen die Zusammensetzung des Preisgerichtes derart gestaltet werden muss, dass ein ausgewogenes Verhältnis von Berufsangehörigen herrscht (z.B. Ziviltechniker und Ingenieurbüros).

§ 163 BVergG: Sektorenauftraggeber (PSO-VO): (siehe dazu auch Rechtsgutachten von Schramm/Öhler in der Anlage)

I. PSO Verordnung:

Für die WKÖ, insbesondere die Bundessparte Transport und Verkehr, ist abseits der geplanten Änderungen durch die Novelle eine Änderung des BVergG 2006 im Lichte der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) 1107/70 des Rates (im Folgenden PSO genannt) von großer Bedeutung und unbedingt erforderlich.

Diese Änderungen werden auch vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie unterstützt und in dessen Stellungnahme zur Novelle gefordert.

Aufgrund der oben angeführten Verordnung, welche mit 3. Dezember 2009 in Kraft tritt, sind die Mitgliedstaaten dazu angehalten, die gesetzlichen Bestimmungen auf nationaler Ebene über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße dementsprechend anzupassen. Die betreffende Verordnung regelt im Wesentlichen die Vorgangsweise für die Vergabe von Ausgleichszahlungen und die Gewährung von ausschließlichen Rechten für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen, wobei die PSO eine Direktvergabe in gewissen, in Art 5 der Verordnung aufgezählten, Bereichen ermöglicht, sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist.

Nach dem BVergG 2006 (und bis dato auch dieser Novelle) sind jedoch im Wesentlichen sowohl Schienen- als auch Busverkehre ab einem Schwellenwert von € 40.000,- einem entsprechenden Vergabeverfahren zu unterziehen.

Um die Ausnahmebestimmungen der PSO, d.h. Möglichkeiten der Direktvergabe, für die Ausschreibung von Verkehrsdiensten vorsehen zu können, wäre künftig eine entsprechende Berücksichtigung im entsprechenden Materiensgesetz (Erhöhung oder Abschaffen der Schwellenwerte) notwendig:

- für interne Betreiber iSd PSO,
- für Dienstleistungskonzessionen im Bereich Bus/Straßenbahn unter einem Schwellenwert von € 1 Mio Jahresdurchschnitt oder weniger als 300.000 km jährlicher Personenverkehrsdienstleistung (für kleine oder mittlere Unternehmen mit weniger als 23 Fahrzeugen können diese Schwellenwerte auf € 2 Mio Jahresdurchschnitt oder weniger als 600.000 km jährlicher Personenverkehrsdienstleistung erhöht werden),
- für Dienstleistungsaufträge im Bereich Bus/Straßenbahn nach den EG-Vergaberichtlinien unter einem Schwellenwert dieser Richtlinien (€ 206.000,- Jahresdurchschnitt),
- für Dienstleistungsaufträge oder Dienstleistungskonzessionen im Eisenbahnverkehr ohne Begrenzung durch einen Schwellenwert oder durch eine Jahreskilometerleistung.

Nach dem BVergG 2006 (und bis dato auch dieser Novelle) sind jedoch im Wesentlichen sowohl Schienen- als auch Busverkehre ab einem Schwellenwert von € 40.000,- einem entsprechenden Vergabeverfahren zu unterziehen, und zwar:

für Fall 2: gemäß § 11 BVergG 2006.

für Fall 3: gemäß § 41 BVergG 2006.

für Fall 4: gemäß § 141 Abs 3 BVergG 2006.

Folgende Gründe sprechen für eine Anpassung des Bundesvergabegesetzes 2006:

- kein Golden Plating: Es muss vermieden werden, dass die europäischen Vorgaben (im konkreten: betragsmäßige Festschreibung der Schwellenwerte) nicht überschießend bzw. strenger als erforderlich angewendet werden,
- Vermeidung eines zusätzlichen komplizierten Verwaltungsaufwandes, da eine lückenlose Umstellung auf ein Ausschreibungssystem mit enormen administrativem Aufwand der betreffenden Behörden und somit mit zusätzlichen Verwaltungskosten verbunden wäre,

- Vermeidung, dass bereits gut funktionierende sowie bedürfnisgerechte Verkehrsdienste künftig durch eine Ausschreibung beeinträchtigt werden und somit weitläufig der bisher erworbenen Kunden- bzw. Nachfragenutzen verringert wird.
Dass der Wechsel zu einem regulierten Wettbewerb iSd PSO-Verordnung nicht mit sofortiger Wirkung erfolgen kann, ist auch dadurch dokumentiert, dass die Verordnung selbst einen Übergangszeitraum von zehn Jahren vorsieht und entsprechende Direktvergabeoptionen auch nach Ende dieses Übergangszeitraums zulässig bleiben.
- Berücksichtigung des Erwägungsgrundes 9 der PSO-Verordnung, wonach alle zuständigen Behörden die Möglichkeit haben müssen, die Betreiber eines öffentlichen Dienstes gemäß den Bedingungen der PSO frei auszuwählen, um die öffentlichen Personenverkehrsdienste optimal nach den Bedürfnissen der Bevölkerung gestalten zu können.
- Berücksichtigung des europapolitischen Willens, diesem speziellen Sektor eine eigene, bedarfsgerechte Rechtsgrundlage zu verschaffen.

Konkrete Änderungswünsche aufgrund der PSO-VO:

Um die Möglichkeiten der Direktvergabe, die die PSO eröffnet, nutzen zu können, wären folgende Anpassungen im BVergG 2006 erforderlich:

Formulierung spezieller Ausnahmebestimmungen in den §§ 11 und 141 Abs 3 BVergG:

§ 11 BVergG vorletzter Satz hätte wie folgt zu lauten:

„Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur zulässig, sofern der geschätzte Leistungswert € 40.000,- ohne Umsatzsteuer nicht übersteigt oder sofern im Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1169/91 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates einer der Ausnahmetatbestände des Art 5 Abs. 2, 4 oder 6 erfüllt ist.“

§ 141 Abs 3 BVergG erster Satz hätte wie folgt zu lauten:

„Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 40.000,- zulässig, bei nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen im Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1169/91 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates weiters dann, wenn einer der Ausnahmetatbestände des Art 5 Abs 2, 4 oder 6 erfüllt ist.“

Formulierung einer speziellen Ausnahmebestimmung im § 41 Abs 2 BVergG, sodass eine zusätzliche Ziffer 3 - wie folgt - angefügt wird:

„Z 3 es sich um Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen handelt, wenn der Auftragswert unter den Schwellenwerten für Dienstleistungsaufträge nach diesen Richtlinien liegt.“

Mit Hilfe dieser Anpassungen soll klargestellt werden, dass mit dem BVergG 2006 jedenfalls keine innerstaatliche Regelung verbunden ist, die die Anwendung der Ausnahmen des Art 5 Abs 2, 4 und 6 PSO-VO untersagt.

§167 BVergG: Sektorentätigkeit Gas, Wasser, Elektrizität

Nachdem durch die Entscheidung 2008/585/EG der Europäischen Kommission die Stromerzeugung in Österreich freigestellt wurde, ersucht die WKÖ um entsprechende Anpassung von § 167 BVergG.

§ 204 BVerG: Wege der Informationsübermittlung

Fragwürdig ist, warum die briefliche Übermittlung von Ausschreibungsunterlagen etc. im gegenständlichen Entwurf nicht mehr zulässig sein soll (mit Ausnahme von Teilnahmeanträgen § 252 Abs 2 BVerG und Angeboten § 259 BVerG). Die Übermittlung von Unterlagen auf elektronischem Weg oder per Telefax wird zwar in der Regel auch für den Auftraggeber einfacher sein und deshalb von ihm bevorzugt werden. Trotzdem sollte die Entscheidung, welche Form der Übermittlung im konkreten Fall die geeignetste darstellt, die freie Wahl des Auftraggebers bleiben. Der Briefform könnte etwa bei der Übermittlung von Mustern oder großformatigen Plänen nach wie vor der Vorzug zu geben sein. Es ist unklar, ob diese Fälle eine begründete Ausnahme darstellen, oder ob ein Ausnahmefall – ähnlich wie bei § 272 BVerG – nur dann vorliegt, wenn eine elektronische Übermittlung oder per Telefax (technisch) nicht möglich ist (siehe auch Materialien).

Weiters bleibt unklar, was die Konsequenz einer dennoch brieflich übermittelten Ausschreibungsunterlage wäre.

Es wird daher vorgeschlagen, bei der bisherigen Regelung zu verbleiben und auf das Urteil des Auftraggebers zu vertrauen, die geeignetste Übermittlungsart zu wählen.

§ 312 ff BVerG: Neue Kompetenzen des Bundesvergabeamtes

Aufgrund der Richtlinie 2007/66/EG sind Änderungen des nach dem Bundesvergabegesetz zu gewährenden Rechtsschutzes unumgänglich. Zur Verhinderung elementarer Verstöße gegen das Vergaberecht wird die vorgesehene Kompetenz des Bundesvergabeamtes zur Nichtigerklärung geschlossener Verträge und Verhängung alternativer Sanktionen wie Geldbußen, Verkürzung der Vertragslaufzeit und Veröffentlichung des Verstoßes daher vom Grundsatz begrüßt.

Allerdings kann die Nichtigerklärung von Verträgen zivilrechtliche Probleme nach sich ziehen (siehe § 334 BVerG).

Kritisch betrachten wir auch den Umstand, dass Leistungsvergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht für nichtig erklärt werden können. Auch wenn dies durch die VfGH-Judikatur abgesichert erscheint, bewirkt es doch eine Rechtsschutzlücke für übergangene Bieter.

§ 312 Abs 3 Z 3 BVerG: Vergaberechtschutz bei Direktvergabe

Die derzeit vorgesehene Bestimmung könnte für den Fall einer offenkundig unzulässigen Direktvergabe als nicht ausreichend angesehen werden. Um Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, in denen abgeklärt werden muss, ob eine offenkundig unzulässige Direktvergabe ein Vergabeverfahren im Sinne des § 312 Abs 3 Z 3 BVerG ist, würden wir empfehlen, die bisherige Bestimmung des § 312 Z 3b BVerG 2006 beizubehalten:

„im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, aufgrund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war.“

Damit sollen öffentliche Auftraggeber deutlich erkennen, dass offenkundig unzulässige Direktvergaben geahndet werden können. Würde die Bestimmung, wie derzeit vorgesehen, gestrichen werden, so könnte davon ausgegangen werden, dass ein derartiger Verstoß gegen das BVerG nun nicht mehr bekämpft werden kann, was aus Sicht der WKÖ ein gewaltiger Rückschritt im Vergleich zur bisherigen Rechtslage wäre.

§ 321 Abs 4 BVerG: Nachprüfungsanträge

Diese Bestimmung sollte aus unserer Sicht gründlich überdacht werden. Erst aus den Erläuterungen ergibt sich, was der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung erreichen möchte. Für

den Rechtsanwender ist die Bestimmung schwer verständlich. In der Praxis ist es aus unserer Sicht, wie bereits auch bei den Ausführungen zu §§ 132 Abs 2 bzw. 273 Abs 2 BVergG angemerkt, nicht denkbar, dass jeder Rechtsunterworfenen die erläuternden Bemerkungen zur Interpretation des Gesetzes heranzieht. Darüberhinaus sprechen wir uns für eine Beibehaltung der bisherigen Bestimmungen in § 321 Abs 2 BVergG 2006 aus. Gerade eine Nachprüfung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen und eine damit allenfalls verbundene Änderung der Unterlagen schon im Vorfeld einer Ausschreibung bringen in der Regel sowohl für Auftraggeber als auch für Auftragnehmer Vorteile.

Weiters sprechen wir uns für eine Nachprüfungsfrist von mindestens 15 Tagen im gesamten Oberschwellenbereich und für eine Nachprüfungsfrist von zumindest 15 Tagen im Unterschwellenbereich aus.

Unserer Ansicht nach ist eine zehntägige Frist für die Ausformulierung eines Nachprüfungsantrages im Oberschwellenbereich schon aufgrund der zahlreichen Formalvorschriften nicht ausreichend.

§ 331 BVergG: Direktvergabe

Hier sprechen wir uns für die Beibehaltung der Bestimmung im § 331 Abs 1 Z 4 BVergG 2006 aus, die wie folgt lautet:

„eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, aufgrund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war.“

§ 334 Abs 4 BVergG: Nichtigerklärung von Verträgen und alternative Sanktionen

Wie bereits beim Vergabeforum 2008 von Univ.Prof. Dr. Aicher vorgebracht, zieht die Nichtigerklärung von Verträgen mannigfache zivilrechtliche Probleme nach sich. Denn der Auftraggeber wird im Regelfall keine Rückabwicklung wollen bzw. wird diese Rückabwicklung einfach in vielen Fällen faktisch nicht möglich sein (z.B. bereits erbrachte Bauleistungen). Somit bliebe es im Falle einer Vertragsaufhebung bei einer „bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung“, welche aber in der Konsequenz möglicherweise am faktischen Status quo nichts ändert: Der Vertrag ist zwar nichtig, der Auftraggeber aber um die Gegenleistung „bereichert“, wodurch ein Entgelt - bzw. bereicherungsrechtlicher Anspruch des anderen Vertragspartners - bestehen bleibt.

„Alternative Sanktionen“ wie die Verhängung von Geldbußen werden möglicherweise für einen Auftraggeber nur bedingt abschreckende Wirkung haben, wenn man bedenkt, dass diese Geldstrafe von einem Budget einer Gebietskörperschaft in ein anderes Budget, aber eben auch ein hoheitliches, fließt.

Nach Ansicht der WKÖ sollte aber ein Höchstbetrag ziffernmäßig eingefügt werden, der eher gering und somit für teilnehmenden Auftraggeber verkraftbar ist.

§ 334 Abs 5 BVergG: Feststellung von Rechtsverstößen

§ 334 Abs 5 BVergG zur Umsetzung der Rechtsmittelrichtlinie ist unklar formuliert. Der Gesetzgeber ordnet an, dass das Bundesvergabeamt den Vertrag mit dem Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung oder einem späteren Zeitpunkt aufheben kann. Fraglich ist, ob es sich in diesem Fall um eine Aufhebung ex tunc oder ex nunc handelt.

Es ist daher unser Anliegen, dass die Rechtsmittelrichtlinie zwar im erforderlichen Ausmaß umgesetzt wird, jedoch nicht darüber hinaus in weiteren Bereichen, wie insbesondere im Unterschwellenbereich.

§ 341 Abs 2 BVergG: Schadenersatz

Eine Schadenersatzklage soll nur zulässig sein, wenn zuvor eine Feststellung der Vergabekontrollbehörde über die in Z 1 bis 6 genannten Punkte erfolgte.

Augenscheinlich ist tatsächlich, dass im § 341 Abs 2 BVergG die Anfechtung der Ausschreibung als solche nicht unter die feststellungsbedürftigen Rechtsakte (als notwendige Voraussetzung für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches) angeführt wurde. Dies könnte unseres Erachtens so interpretiert werden, dass bei Schäden, die aufgrund einer rechtswidrigen Ausschreibung resultieren (siehe Fall oben) für die Geltendmachung einer zivilrechtlichen Schadenersatzklage kein vorheriger Feststellungsantrag nach § 341 Abs 2 BVergG notwendig ist.

Hier sprechen wir uns für die Beibehaltung der Bestimmung im § 341 Abs 2 Z 4 BVergG 2006 aus, die wie folgt lautet:

„eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, aufgrund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war, oder“

Eine Klarstellung zumindest in den erläuternden Bemerkungen wäre im Sinne unserer Interpretation wünschenswert.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Christoph Leitl
Präsident

Mag. Anna Maria Hochhauser
Generalsekretärin