



Abs.: Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., Abt.: A&B
 Hintere Zollamtsstraße 1, 1030 Wien

Bundeskanzleramt Verfassungsdienst
 Ballhausplatz 2
 1010 Wien

Per E-Mail: v8a@bka.gv.at;
 begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 08.05.2015

GZ BKA-600.883/0002-V/8/2015;
Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden;

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H. (BIG) erlaubt sich, zum betreffenden Entwurf folgende Stellungnahme abzugeben – diese wird unter einem auch dem Präsidium des Nationalrates im Wege der elektronischen Post übermittelt.

01/09

Vorweg ist grundsätzlich anzumerken, dass sich die BIG bei ihrer Stellungnahme auf die sie unmittelbar treffenden Bestimmungen des BVergG für klassische öffentliche Auftraggeber beschränkt hat.

Im Einzelnen hat die BIG folgende Anmerkungen zum vorliegenden Entwurf:

Zu Artikel 1:

Zu § 14 Abs. 3, § 15 Abs. 4, § 16 Abs. 5 und § 22 Abs. 4:

Zur Vermeidung von (vermeintlichen) Rechtsunsicherheiten vor dem Hintergrund der Entscheidung des VwGH vom 23.05.2014, 2013/04/0025 wird die gesetzliche Klarstellung zur "Kleinlosregelung" ausdrücklich begrüßt.

Lediglich der guten Ordnung halber wird angemerkt, dass es in der Überschrift der Erläuterungen zu einem redaktionellen Fehler bei der Angabe der Gesetzesstellen gekommen ist: statt "§ 15 Abs. 3" muss es richtig "§ 15 Abs. 4" heißen.

Im Hinblick auf § 22 Abs. 4 (neu) regt die BIG an, diese Verpflichtung ausdrücklich auf den Oberschwellenbereich zu beschränken, weil ein dadurch verursachter zusätzlicher Dokumentationsaufwand im Unterschwellenbereich unverhältnismäßig erscheint, zumal es dem Auftraggeber ohnehin schon durch den (von der Novelle nicht veränderten) § 22 Abs. 1 verwehrt ist, diese Ermessensentscheidung willkürlich zu treffen.

Zu §§ 49 Abs. 2, 55 Abs. 5 erster Satz und 332 Abs. 7

Zunächst ist festzuhalten, dass die hier in den Erläuterungen zitierte EuGH-Rechtsprechung formal nur für den Oberschwellenbereich von Relevanz ist.

Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.
 1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 1
 T +43 5 0244 - 0, F +43 5 0244 - 2211
 E office@big.at, W www.big.at

Handelsgericht Wien
 FN 34897w
 DVR 0737372
 UID ATU38270401

BANK RLB NÖ Wien
 1020 Wien, F.-W.-Raiffeisen-Platz 1
IBAN AT79 3200 0000 0046 2903
BIC RLNWATWW



Der Entwurf nimmt hier jedoch in Bezug auf die vorgeschlagenen Änderungen keine Differenzierung vor. Dies ist aus Sicht der BIG schon insofern "überschießend", als im Unterschwellenbereich - im Gegensatz zum Oberschwellenbereich - ein nichtoffenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung existiert, bei dem schon von Gesetzes wegen - mit Ausnahme des Nichterreichens des jeweils festgelegten Unterschwellenwerts gemäß § 37 - keine weiteren einschränkenden Voraussetzungen (wie sie im Oberschwellenbereich für die Anwendung eines Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung normiert sind) erfüllt sein müssen.

Abgesehen davon, führt die faktische Abschaffung der (formalen) Präklusionswirkung einer freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung (worauf weiter unten noch genauer eingegangen wird) ganz allgemein zu einer weiteren "Advokatisierung" des schon sehr komplexen bestehenden Regelungsregimes. Dies gilt es, zumindest für den Unterschwellenbereich, so weit als möglich hintanzuhalten.

Demzufolge "passt" die im Sinne der Erläuterungen vorgeschlagene "Verschärfung" des § 55 Abs. 5 erster Satz in dieser Allgemeinheit von vornherein nicht für das Regime des Unterschwellenbereichs, zumal die Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich nicht in den rechtlichen Anwendungsbereich der betreffenden EU-Richtlinie und der dazu ergangene EuGH-Judikatur fallen. Zumindest in diesem Bereich ist daher jedenfalls ein entsprechend "pragmatischer" Zugang zu wählen, der sich strikt an der bereits gefestigten österreichischen (höchstgerichtlichen) Judikatur zum Präklusionssystem für gesondert anfechtbare Entscheidungen orientiert.

Im Übrigen ist in diesem Zusammenhang Folgendes anzumerken:

Bei der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung handelt es sich ihrem Wesen nach um eine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung, die nach dem System des BVergG in Umsetzung der Vergabe-RL eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt. Der einzige Unterschied zur "normalen" Mitteilung der Zuschlagsentscheidung besteht darin, dass sich diese nicht an bestimmte, im Verfahren verbliebene Bieter richtet, sondern eine allgemein zugängliche Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung darstellt (s. EBRV 2009 zu § 55 Abs. 5, die auch ausdrücklich festhalten, dass es sich um eine Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 49 handelt).

02/09

Es ist daher einzig sachgerecht, dass auch an die inhaltlichen Anforderungen (der Begründung) einer solchen Mitteilung der gleich hohe inhaltliche Maßstab anzulegen ist: Das jeweils interessierte Unternehmen muss also aufgrund der (objektiv nachvollziehbaren) Begründung der Zuschlagsentscheidung in die Lage versetzt werden, wirksam einen (begründeten) Nachprüfungsantrag einzubringen (vgl. EuGH 28.1.2010, C-406/08, *Uniplex*; VwGH 9.4.2013, 2011/04/0224). Eine entgegen diesem Maßstab begründete ex-ante Transparenzbekanntmachung kann im Wege eines Nachprüfungsverfahrens wirksam angefochten werden, bevor der jeweilige Vertrag abgeschlossen wird.

In der jetzigen Formulierung, die die Entscheidung des EuGH dahingehend interpretiert, dass die Vergabenachprüfungsinstanz trotz der Veröffentlichung der ex-ante Transparenzbekanntmachung (samt entsprechender Begründung und deren Anfechtbarkeit) und der bereits ungenutzt verstrichenen Anfechtungsfrist von 10 Tagen bei einem entsprechenden Feststellungsantrag immer in einem förmlichen Verfahren jeweils festzustellen hat, ob der Auftraggeber bei seiner Entscheidung, ein Vergabenachprüfungsverfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, sorgsam gehandelt hat und ob er zu Recht der Ansicht sein konnte, dass die dafür gesetzlich festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind (vgl. EuGH 11.9.2014, C-19/13, *Fastweb SpA*, Rn 50), führt dies de facto zu einer Durchbrechung der bisher geltenden Präklusionswirkung der freiwilligen ex-ante Transparenzbekanntmachung.

MaW: die Einhaltung der Formalerfordernisse und die Versäumnis der Anfechtungsfrist für die Nachprüfung der gesondert anfechtbaren ex-ante Transparenzbekanntmachung seitens des Antragstellers allein ist dann kein ausreichender Grund mehr für eine Ab- bzw. Zurückweisung eines diesbezüglichen Feststellungsantrags mangels Antragslegitimation. Dies steht aber klar im Gegensatz zur sonst geltenden Grundsatz der Präklusion im Zusammenhang mit der Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen und der Unzulässigkeit von Feststellungsanträgen.

Diese de facto Durchbrechung der bisher geltenden Präklusionswirkung widerspricht jedoch der Entscheidung des EuGH vom 11.09.2014 in der Rechtssache C-19/13, *Fastweb II*, wenn der EuGH dort zum ersten Spiegelstrich des Art 2d Abs. 4 RMRL ausführt, dass der öffentliche Auftraggeber der „Ansicht“ sein



müsse, dass es zulässig sei, einen Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung zu vergeben ("[...] the condition laid down in the first indent of Article 2d(4) of Directive 89/665 relates to the need for the contracting authority to consider it permissible under Directive 2004/18 to award the contract without prior publication of a contract notice in the Official Journal" (Fastweb II, Rz 47). Letztlich geht es also darum, dass der Auftraggeber subjektiv (Wortlaut: „for the contracting authority to consider it permissible“) zur Auffassung gelangt, dass er berechtigt ist, in Form der ex-ante Transparenzbekanntmachung vorzugehen.

Daran zeigt sich die Stoßrichtung der Regelung: Nur ein Auftraggeber, der die Präklusionswirkung der ex-ante Transparenzbekanntmachung bewusst missbräuchlich verwendet (um eine selbst seiner eigenen Überzeugung unzulässige Direktvergabe „unanfechtbar in trockene Tücher“ zu bringen), soll von einer Präklusionswirkung nicht profitieren können.

Das Ergebnis der auftraggeberinternen („nach bestem Wissen und Gewissen“ getroffenen) Abwägung bzw. seine Beweggründe hat der Auftraggeber in der ex-ante-Transparenzbekanntmachung entsprechend offen zu legen (und zwar „... the reasons that moved the contracting authority to consider it legitimate to award the contract without prior publication of a contract notice, so that interested persons are able to decide with full knowledge of the relevant facts whether they consider it appropriate to bring an action before the review body and so that the review body is able to undertake an effective review.“ (Fastweb II, Rz 47, 48). Das Ausmaß der Offenlegung der Begründung wird angesichts des vom EuGH klar hervorgestrichenen Zwecks („to decide [...] whether they consider it appropriate to bring an action before the review body and so that the review body is able to undertake an effective review“) offensichtlich: Die Begründung muss außenstehenden Dritten (geeigneten, interessierten Unternehmen) ermöglichen, im Wesentlichen abzuschätzen (arg. „consider it appropriate“), ob sie gegen die Vorgehensweise der Auftraggeberin Rechtsmittel ergreifen wollen („to bring an action before the review body“).

Gerade die Fastweb II – Entscheidung des EuGH zeigt damit, dass eine subjektive Beurteilung der Umstände durch den Auftraggeber erfolgen soll. Das verdeutlicht nicht zuletzt das Wort „Ansicht“ oder – wie es der englische Text der Entscheidung noch klarer zum Ausdruck bringt - „[the] reasons that moved the contracting authority to consider“. Die subjektive Bewertung des Auftraggebers, d.h. seine Beweggründe („reasons that moved“) sollen einer Überprüfung durch Betroffene zugänglich gemacht werden können – und folglich sollen auch nur diese offengelegt werden müssen.

03/09

Dass aber angemessene Präklusionsfristen auch gemeinschaftsrechtlich – ohne Bedingung – zulässig sind, hat der EuGH bereits ausdrücklich bestätigt (vgl. EuGH 30.09.2010, C-314/09, *Stadt Graz gegen Strabag AG ua*, Rz 37: "Nach ständiger Rechtsprechung müssen die Mitgliedstaaten nämlich zwar Rechtsschutzmöglichkeiten vorsehen, mit deren Hilfe die Aufhebung einer vergaberechtswidrigen Entscheidung eines öffentlichen Auftraggebers herbeigeführt werden kann, doch sind sie in Anbetracht des mit der Richtlinie 89/665 verfolgten Ziels einer zügigen Behandlung befugt, für diese Art von Rechtsschutzmöglichkeiten angemessene Ausschlussfristen vorzusehen, um zu verhindern, dass die Bewerber und Bieter jederzeit Verstöße gegen Vergabevorschriften rügen und dadurch den öffentlichen Auftraggeber zwingen können, das gesamte Verfahren erneut durchzuführen, um den Verstoß zu beheben").

Im Übrigen besteht bei einer solchen Festlegung der Durchbrechung der Präklusion auch ein systeminterner Widerspruch zwischen § 332 Abs. 5 und Abs. 7, weil die freiwillige ex-ante Transparenzbekanntmachung immer auch einer Nachprüfung gemäß den §§ 320 ff zugänglich ist (Subsidiarität des Feststellungsantrags).

Sollte ungeachtet dieser aufgezeigten Bedenken dennoch unverändert am Entwurfstext festgehalten werden, ist bei der Anwendung dieser vorgeschlagenen Bestimmungen jedenfalls darauf Bedacht zu legen, dass die Sorgfalts- und Begründungspflicht des Auftraggebers nicht unzulässig überspannt wird, indem letztlich nur mehr auf einen jeweils "entschuldbaren Rechtsirrtum" abgestellt wird, zumal dies zu einer inakzeptablen Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten führen würde.

Zumindest in den Erläuterungen wäre daher eine entsprechende Klarstellung in diese Richtung notwendig und wünschenswert, dass die Präklusionswirkung der ex-ante Transparenzbekanntmachung in Bezug auf die Nichtigerklärung des Vertrages nur dann nicht eintreten soll, wenn es nach den Umständen des Einzelfalls offenkundig ist (vgl. die derzeit gültige Regelung gemäß § 334 Abs. 3, die ebenfalls auf eine Offenkundigkeit abstellt), dass der Auftraggeber nicht im guten Glauben gehandelt hat und daher nicht davon ausgehen konnte, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung



zulässig ist. Man kann sich jedenfalls des Eindrucks nicht erwehren, dass der Auftraggeber allein aus dem Umstand des Gebrauchs der ex-ante Transparenzbekanntmachung heraus mit einem "Misstrauensvorschuss" ausgestattet wird, vom dem er sich – trotz Erfüllung der "formalen Transparenz" und Anfechtungsmöglichkeit in einem Vergabenachprüfungsverfahren – zunächst einmal im Rahmen eines dennoch angestrebten Feststellungsverfahrens "exkulpieren" muss, was dem ursprünglichen Gedanken der Regelung des Art. 2d Abs. 4 der RMRL 89/665/EWG (idF der RL 2007/66/EG), nämlich dem Interessenausgleich durch die Herstellung einer möglichst zeitnahen Rechtssicherheit im Austausch mit der Herstellung einer (zusätzlichen) Transparenz mittels freiwilliger Bekanntmachung durch den Auftraggeber, diametral widerspricht.

Zudem wird durch eine zu restriktive Auslegung der Regelungen über die ex-ante Transparenzbekanntmachung, die für diese gesondert anfechtbare Entscheidung ohnehin vorgesehene Nachprüfungsmöglichkeit gemäß §§ 320 ff BVergG im Wege des ordentlichen Nachprüfungsverfahrens grundlegend "entwertet", wenn trotzdem eine weitgehende meritorische Überprüfung der Auftraggeberentscheidung auch in einem späteren Feststellungsverfahren Platz findet und diese Auftraggeberentscheidung praktisch rückgängig gemacht werden kann. Dies birgt auch ein erhebliches Missbrauchspotential seitens konkurrierender Bieter/ Unternehmer in sich, weil diese ein abgeschlossenes Vertragsverhältnis – trotz früherer tatsächlicher oder möglicher Kenntnis - noch lange Zeit nach Abschluss mutwillig zunichtemachen könnten.

Zu §§ 71 Abs. 2 und 72 Abs. 1 und 73 Abs. 1 und 3

Im Einklang mit den bereits im Vorfeld zum gegenständlichen Entwurf im Rahmen des "Auftraggeber-Arbeitskreis: Faire Vergaben" vertretenen Standpunkten begrüßt die BIG ausdrücklich die vorgeschlagenen mit dem ASRÄG 2014 im Zusammenhang stehenden Änderungen der §§ 71 Abs. 2 und 72 Abs. 1 und 73 Abs. 1 und 3 BVergG mit der Zielsetzung der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping.

04/09

Es wird hiermit zwar einerseits ohne Zweifel zu einer Erhöhung des Aufwands sowohl auf Seiten der sich an einem Vergabeverfahren beteiligenden Unternehmen als auch auf Seiten aller öffentlichen Auftraggeber kommen, andererseits ermöglicht nur ein gemeinsamer Standpunkt beider Seiten, insbesondere dadurch, dass auch die teilnehmenden Unternehmen wesentlich auf die Einhaltung der Vorschriften gegen Lohn- und Sozialdumping achten, eine langfristige Verbesserung der immer wieder zu beobachteten, unbefriedigenden Situationen auf Baustellen.

Der guten Ordnung halber darf in diesem Zusammenhang aber auch darauf hingewiesen werden, dass in Folge dieser Regelungen bereits im Vorfeld sicher gestellt werden muss, dass die Prüfung der gesamten vom Unternehmer genannten Subunternehmerkette mit vernünftigem zeitlichen Aufwand und innerhalb einer kurzen Zeitspanne möglich sein muss, somit die in der Phase der Angebotsprüfung angeforderten Informationen regelmäßig verfügbar sind.

Zu § 79 Abs. 3 und 3a, Entfall des 5. Unterabschnittes

Die BIG sieht das "Bestangebotsprinzip" als Instrument zur Sicherstellung der Vergleichbarkeit im Sinne der Optimierung des Preis-Leistungsverhältnisses bei jenen Konstellationen, bei denen die Vergleichbarkeit typischerweise nicht schon durch Definition der gewünschten Qualitätsanforderungen in der Ausschreibung erfolgen kann oder die Qualität der Leistung eine besondere Bedeutung genießt.

Diese Parameter müssen aber immer für den Einzelfall bewertet werden, da bei Bauleistungen und mit diesen verbundenen Dienstleistungen (insbesondere Planungsleistungen), entgegen vieler Beschaffungen von reinen Lieferleistungen, grundsätzlich "Unikate" geplant und errichtet bzw. saniert werden.

Dieses wohl verstandene Bestangebotsprinzip hält die BIG im Sinne der oben angesprochenen Optimierung für einen wichtigen Bestandteil neben dem Billigstangebotsprinzip und begrüßt dementsprechend im Grundsatz auch ausdrücklich den vom Entwurf gewählten Zugang einer Definition bzw. Klarstellung von Konstellationen, bei denen neben dem Preis jedenfalls die Anwendung eines weiteren Zuschlagskriteriums oder weiterer Zuschlagskriterien für eine Vergleichbarkeit der Angebote notwendig ist.



Hingegen eignet sich die Regelung des Zuschlagsprinzips als solches nicht schlechthin als "Waffe" zur Bekämpfung von Lohn – und Sozialdumping und ist gerade in diesem "sensiblen" Bereich der Bewertung des Angebots dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz besonderes Augenmaß zu schenken. Zuschlagskriterien dienen der Ermittlung des besten Angebotes – in diesem Sinn weist auch der Gesetzgeber in den Erläuterungen darauf hin, dass die vielerorts in der Praxis gewählte Bezeichnung "Bestbieterprinzip" in genauer Betrachtung an der Intention des Vergaberechts "vorbei geht", da nicht der beste Bieter, sondern das beste Angebot jenes Bieters zu ermitteln ist, der jedenfalls sämtliche Anforderungen der Eignung besitzt.

In diesem Zusammenhang hegt die BIG daher im Besonderen gegen folgende Aspekte des Entwurfs grundlegende Bedenken:

- § 79 Abs. 3 Z 3:

Ob eine Ausschreibung funktional oder konstruktiv formuliert ist, hat keine Auswirkung darauf, ob der entsprechende Qualitätsstandard der Leistung durch den Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig definiert ist (vgl. für die funktionale Leistungsbeschreibung § 96 Abs. 2: "[...] sodass die Vergleichbarkeit der Angebot im Hinblick auf die vom Auftraggeber vorgegebenen Leistungs- oder Funktionsanforderungen gewährleistet ist").

Die Beschreibung der Leistung in funktionaler oder konstruktiver Hinsicht sagt nur etwas darüber aus, in welcher Form der Bieter seine Leistung zu kalkulieren und sodann auf der Baustelle zu erbringen hat, nämlich mit mehr oder weniger Möglichkeiten innerhalb der Vorgaben seine Werkleistungen zu steuern. Die Beschreibung der Leistung hat keine Auswirkungen auf die Tatsache, ob und mit welcher Sorgfalt ein Unternehmer dafür Sorge trägt, gesetzliche Vorgaben, insbesondere im Bereich der Sozialgesetzgebung, einzuhalten. Es ist daher nicht ersichtlich, warum rein die Tatsache, dass eine Leistung funktional formuliert ist, dazu führen soll, dass zwingend nach dem Bestangebotsprinzip auszuschreiben ist.

05/09

Des Weiteren muss beachtet werden, dass selbst in den vom Gesetzgeber in den §§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2 festgelegten Leitlinien bereits funktionale Leistungsbeschreibungen verankert sind, insbesondere in den sogenannten Standardisierten Leistungsbeschreibungen. In welchem Verhältnis diese Leitlinien zu der allgemeinen Bestimmung der Ziffer 3 stehen oder stehen sollen, ist aus dem Entwurf und den Erläuterungen nicht ersichtlich.

Folge dieser allgemeinen Bestimmung wäre Rechtsunsicherheit in Bezug darauf, dass ein Auftraggeber, der Leitlinien exakt einhält und eben gerade deswegen auch funktionale Leistungsbeschreibungen in seinem Leistungsverzeichnis beinhaltet hat, sich im Falle der Wahl des Billigstangebotsprinzips nicht darauf verlassen kann, das "richtige" Zuschlagssystem gewählt zu haben.

- § 79 Abs. 3 Z 5:

Diese Bestimmung sieht eine obligatorische Anwendung des Bestangebotsprinzips vor, *"wenn in der Ausschreibung von geeigneten Leitlinien (§§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2) abgewichen wird und dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind"*. Abgesehen davon, dass gegen diese Formulierung aufgrund ihres weiten Interpretationsspielraums (*"[...] und dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind"*) verfassungsrechtliche Bedenken bestehen, handelt es sich dabei von vornherein um einen systemwidrigen Ansatz.

Allein der Umstand des Abweichens von geeigneten Leitlinien allein bewirkt nämlich nicht, dass keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind, weil eine solche Abweichung ja für alle Angebote gleichermaßen gilt.

Für die Abweichung von geeigneten Leitlinien hat der Auftraggeber ohnehin die Vorgaben gemäß §§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2 (und die dazu ergangene Judikatur) einzuhalten. Zudem gilt für eine solche Abweichung von geeigneten Leitlinien immer der allgemeine Grundsatz, der klaren und eindeutigen Definition des Qualitätsstandards gemäß § 79 Abs. 3 1.Satz für die Festlegung des Billigstangebotsprinzips in der Ausschreibung. Die sachliche Rechtfertigung für die Anführung des Tatbestands gemäß § 79 Abs. 3 Z 5 besteht daher nicht und würde letztlich im Fall des Abweichens von geeigneten Leitlinien nur der Rechts-



unsicherheit bei der Bestimmung des Zuschlagsprinzips Vorschub leisten, weshalb diese Regelung gänzlich abzulehnen ist.

Auch hier muss beachtet werden, dass selbst in den vom Gesetzgeber in den §§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2 festgelegten Leitlinien bereits Abweichungen verankert sind, insbesondere in standardisierten Leistungsbeschreibungen. Standardisierte Leistungsbeschreibungen regeln inhaltlich ca. 80% bei Bauvorhaben in Verwendung stehender, "üblicher" Positionen, eben standardisierte Positionen. Die restlichen im Leistungsverzeichnis zu vereinbarenden Positionen, sind bewusst frei zu formulierende Positionen (sogenannte "Z"-Positionen), da es bei jedem Bauvorhaben zwingend erforderliche Positionen gibt, welche aus dem Einzelfall heraus frei formuliert werden müssen und auch solche bei denen die standardisierte Formulierung nur zum Teil verwendbar ist.

In welchem Verhältnis die standardisierten Leistungsbeschreibungen als Leitlinien zu der allgemeinen Bestimmung dieser Ziffer 5 stehen oder stehen sollen, ist aus dem Entwurf und den Erläuterungen nicht ersichtlich. Insbesondere ist völlig unklar, welche Auswirkungen sich aus zwingend notwendig, frei zu formulierenden Positionen ("Z"-Positionen) ergeben.

Vielmehr halten die Erläuterungen entgegen der gängigen Praxis bei der Formulierung von Leistungsverzeichnissen auf Basis von standardisierten Leistungsbeschreibungen als Beispiel eine Leistung fest ("standardisierte Rohbauarbeiten"), die auf einer Baustelle nur einen Teil einer Gesamtleistung innerhalb eines einzigen Gewerkes, nämlich dem Gewerk Baumeister, bilden.

- § 79 Abs. 3 Z 8:

Hier ist anzumerken, dass die gewählte Formulierung "... die Planung nicht bloß unwesentlichen Charakter hat." unbestimmt ist und dies dazu führt, dass ein großer Interpretationsspielraum vorhanden ist. Zudem hat diese Formulierung keinen Bezug zu in standardisierten Leistungsbeschreibungen festgehaltenen Leistungen. Auch die Erläuterungen helfen hier nicht weiter, da in diesen, Planungen mit nicht bloß unwesentlichem Charakter in die Definition "kleinere Planungsnebenleistungen" übersetzt werden.

06/09

Gerade jedoch Leistungen, die der Gesetzgeber in den Erläuterungen als "kleinere Planungsnebenleistungen" bezeichnet, stellen klassisch Leistungen dar, die von den entsprechenden Gewerkeunternehmen erbracht werden müssen. Sowohl die Ausführungsplanung aufbauend auf der Führungsplanung des Auftraggebers bei den Gewerken der technischen Gebäudeausrüstung (TGA – Leistungen der HKLS, Elektro, MSR, ...) als auch grundsätzlich die Werk- und Montagepläne bei allen Gewerken sind keine "Nebenleistung" der Planung des Auftraggebers, sondern Leistungsinhalte der Werkverträge der Gewerkeunternehmen für die in den standardisierten Leistungsbeschreibungen Positionen, welche im Leistungsverzeichnis ausgepreist werden, vorgesehen sind.

- Uneingeschränkte Anwendung des im Entwurf gewählten Ansatzes auf den Unterschwellenbereich:

Vor allem im Hinblick auf den mit der Einführung von zusätzlichen Zuschlagskriterien typischerweise einhergehenden zusätzlichen Bewertungsaufwand und das erhöhte Anfechtungsrisiko (im Vergleich zum Billigstangebotsprinzip) hält die BIG die Abschaffung der freien Wahl zwischen den Zuschlagsprinzipien im Unterschwellenbereich für unverhältnismäßig bzw. überschießend und daher unsachgemäß. Die BIG spricht sich daher dafür aus, die derzeit geltende Bestimmung gemäß § 100 BVergG uneingeschränkt aufrecht zu erhalten.

Zu § 83 Abs. 2 und 3, § 108 Abs. 1 Z 2, § 123 Abs. 2 Z 2

Die BIG befürwortet grundsätzlich die vollständige Transparenz in der Angebotsphase in Bezug auf das "Subunternehmernetzwerk" (Subunternehmer und weitere Subunternehmer). Im Einzelnen sieht die BIG jedoch folgende Punkte des Entwurfs kritisch:



Während die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern und erforderlichen weiteren Subunternehmern gemäß den Erläuterungen wie bisher das Ausscheiden des betroffenen Angebotes zur Folge haben soll (vgl. § 129 Abs. 1 Z 2 bzw. § 269 Abs. 1 Z 2), soll die Unterlassung der Nennung von nicht erforderlichen Subunternehmern und weiteren Subunternehmern im Angebot lediglich dazu führen, dass deren Einsatz dem Regime des § 83 Abs. 4 (bzw. § 240) unterliegt.

Diese Differenzierung steht in einem Spannungsverhältnis zur (uneingeschränkten) Angebotsprüfpflicht des Auftraggebers (und damit zur Prüfpflicht aller Subunternehmer) und steht im Widerspruch zur ausdrücklichen Zielsetzung der vollständigen Transparenz in Bezug auf das Subunternehmernetzwerk bereits in der Angebotsphase. Nachdem das in § 83 Abs. 4 vorgesehene Regime nur für die Phase nach Auftragserteilung gilt, würde diese Regelung in der Praxis dazu führen, dass die Nennung nicht notwendiger Subunternehmer in das Vertragsverhältnis mit dem Bieter verlagert und dadurch der vorvertraglichen Prüfung durch den Auftraggeber entzogen wird.

Damit würde man der Unterlassung der Nennung von nicht erforderlichen Subunternehmern in der Angebotsphase geradezu Vorschub leisten, ohne das damit – im Gegensatz zur bestehenden Rechtslage – eine Konsequenz in Bezug auf die Mangelhaftigkeit des Angebots verbunden wäre.

Die BIG ist der Ansicht, dass es dem Bieter jedenfalls zumutbar ist, bereits in seinem Angebot sämtliche Subunternehmer und weiteren Subunternehmer zu nennen, auch wenn dies für manche Bieter eventuell eine Herausforderung darstellen mag.

Ebenso kritisch sind die Erläuterungen zu sehen, wenn darin im Zusammenhang mit der Überprüfung der Eignung davon die Rede ist, dass anders als bei erforderlichen Subunternehmern und erforderlichen weiteren Subunternehmern das Misslingen dieses Nachweises (gegebenenfalls im Rahmen einer Aufklärung) bei nicht erforderlichen Subunternehmern und nicht erforderlichen weiteren Subunternehmern nicht zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters führt, sondern dazu, dass der Auftraggeber den betroffenen Subunternehmer bzw. weiteren Subunternehmer ablehnen muss, das Angebot als solches jedoch weiterhin im Vergabeverfahren verbleibt.

07/09

In letzter Konsequenz hieße das, dass der Bieter seine nicht erforderlichen Subunternehmer und nicht erforderlichen weiteren Subunternehmer in der Angebotsphase *ad infinitum* austauschen könnte, bis dieser Nachweis gelingt. Ein solcher Zustand wäre schon im Hinblick auf den damit einhergehenden Prüfungsaufwand und die potentiellen Verzögerungen für alle Beteiligten untragbar und gänzlich impraktikabel, zumal der Bieter bei ordnungsgemäßer Kalkulation sein Angebot ja auf der Grundlage des im Angebot konkret vorgesehenen Subunternehmereinsatzes gelegt haben muss und diese Kalkulation im Nachhinein nicht einfach geändert werden kann.

Bezugnehmend auf die Erläuterungen zu Abs. 3 versteht die BIG diese in der Form, dass alle Subunternehmer und alle weiteren Subunternehmer als wesentlichen Teil ihrer Eigenerklärung rechtsverbindlich bestätigen, dass sie über das erforderliche Eigenpersonal zur Erbringung ihrer Leistungen verfügen und die ihnen im Auftragsfall übertragenden Leistungen sodann auch mit Eigenpersonal erbringen werden. Dies mit allen rechtlichen Konsequenzen für den Bieter während der Ausschreibungsphase und für den Auftragnehmer während der Leistungserbringung, insbesondere im Zusammenhang mit Abs. 4.

Zu § 83 Abs. 4 und 5, § 108 Abs. 1 Z 2a

Wie die Erläuterungen zu § 83 Abs. 4 eingangs festhalten, enthielt das Gesetz für die Phase nach Zuschlagserteilung bislang keine Regelung im Zusammenhang mit Subvergaben, und stellt der Entwurf in diesem Punkt daher ein echtes "Novum" dar.

Die prinzipielle Zielsetzung, nämlich das Unterbinden eines Einsatzes nicht bekannt gegebener Subunternehmer (und weiterer Subunternehmer) oder der Wechsel solcher Subunternehmer bei der Auftragsausführung, wird von der BIG uneingeschränkt geteilt und unterstützt.

Einer vertragswidrigen Praxis der Auftragnehmer kann aber auch nur mit den Instrumentarien der vertraglichen Grundprinzipien des Zivilrechts ("pacta sunt servanda") bzw. vertraglichen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen (Vertragsstrafenregelungen; s. dazu auch die Erläuterungen) am geeignetsten und wirksamsten begegnet werden.



Bei der vorgeschlagenen Regelung (samt den dazu vorgesehenen Erläuterungen) besteht hingegen die Gefahr, dass diese aus den folgenden Gründen nicht zu einer Verbesserung, sondern zu einer Verschlechterung der zivilrechtlichen Stellung des Auftraggebers in dieser Hinsicht führen würde und diese damit kontraproduktiv wäre:

Schon nach der derzeitigen allgemeinen (Zivil-)Rechtslage muss sich der Auftragnehmer nämlich auch in Bezug auf den Einsatz von Subunternehmern grundsätzlich an seinen mit dem Auftraggeber geschlossenen Vertrag halten und darf daher ohne Zustimmung des Auftraggebers weder neue Subunternehmer hinzuziehen noch andere als die im Vergabeverfahren bekannt gegebenen Subunternehmer einsetzen; dies wird der Auftraggeber oft auch noch durch geeignete Vertragsklauseln (Pönale) ausdrücklich vertraglich abzusichern wissen.

Im Übrigen stellt auch schon die EuGH-Judikatur zur Frage der Wesentlichkeit von Vertragsänderungen ein vergaberechtliches Regulativ für solche Änderungen im Hinblick auf den Subunternehmereinsatz dar (vgl. EuGH 13.4.2010, C-91/08, *Wall*). Der Auftraggeber hat daher – abgesehen von "Ausreißern" wie Insolvenzen oder Ähnlichem – grundsätzlich auch keine Veranlassung, diesbezüglichen einseitigen Vertragsänderungswünschen seitens der Auftragnehmer näher zu treten.

Wenn aber nun im Hinblick auf den Subunternehmereinsatz nach Vertragsabschluss laut Erläuterungen eine Einschränkung des Zustimmungsverweigerungsrechts des Auftraggebers auf (festgelegte) sachliche Gründe Anwendung finden soll, dann bedeutet dies de facto eine Zustimmungspflicht mit Ausnahme sachlicher Gründe, bei denen die Beweislast für deren Vorliegen noch dazu der Auftraggeber zu tragen hätte. Außerdem hätte dies zur Folge, dass der Auftraggeber de facto jeden neuen Subunternehmer zu akzeptieren hätte, wenn dieser nur entsprechend geeignet ist.

Dies setzt ferner voraus, dass der Auftraggeber jeden nach Vertragsabschluss vom Auftragnehmer vorgeschlagenen Subunternehmer auch entsprechend auf seine Eignung hin zu prüfen hätte – ein Prüfaufwand für den Auftraggeber, für den ansonsten (nach allgemeinen vertraglichen Prinzipien) von vornherein kein Anlass besteht, wenn kein besonders gewichtiger Grund für die Vertragsänderung seitens des Auftragnehmers vorliegt.

08/09

Vor diesem Hintergrund besteht bei diesem Verständnis der Regelung auch ein erhebliches Missbrauchspotential seitens der Auftragnehmer, zumal eine Unterlassung der (ursprünglichen) Nennung von (nicht notwendigen) Subunternehmern in der Phase der Angebotslegung nach den Erläuterungen kein Ausscheidungsgrund mehr sein soll: Welche Motivation hätte dann ein Bieter noch, sich bei der Angebotslegung Gedanken über die Bekanntgabe seiner Subunternehmer zu machen, wenn er die Gewissheit hat, dass der Auftraggeber nach Vertragsabschluss de facto ohnehin die vom Auftragnehmer beantragten (geeigneten) Subunternehmer zu akzeptieren hat?

Hat sich der Auftraggeber aber schon in der Ausschreibungsunterlage gemäß § 83 Abs 2 (neu) aus sachlichen Gründen darauf festgelegt, dass nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, im Angebot bekannt zu geben sind, dann besteht für eine Regelung der Bekanntgabepflicht (auch hinsichtlich der nicht wesentlichen Teile) in der Phase nach Zuschlagserteilung auch kein Bedarf.

Die BIG plädiert daher dafür, betreffend die Regelungen für den Bereich nach dem Vertragsabschluss – unabhängig der Instrumente des Zivilrechts – eine ausdrückliche Klarstellung innerhalb der Erläuterungen aufzunehmen, damit gegenüber den allgemeinen Grundsätzen des Vertrags- und Zivilrechts jedenfalls keine Verschlechterung der Stellung des Auftraggebers verbunden ist und daher das Missbrauchsverbot bzw. die Sittenwidrigkeit prinzipiell die Grenze des Rechts des Auftraggebers, seine Zustimmung zu verweigern, bilden.

Einer sachlichen Begründung, Notwendigkeit oder Rechtfertigung bedarf eine Verweigerung der Zustimmung des Auftraggebers zu den nachträglich beantragten Subunternehmern daher in der Regel nicht, außer es ergibt sich aufgrund der spezifischen Vertragsbestimmungen im Einzelfall eine weitergehende Zustimmungspflicht des Auftraggebers.

§ 83 Abs. 5 wird zur Klarstellung der bisherigen Rechtslage und im Hinblick auf die Umsetzung der diesbezüglichen Bestimmungen der RL 2014/24/EU ausdrücklich und vollinhaltlich begrüßt. Die Regelung des Abs. 5 stellt ein entscheidendes Instrument dar, dass der Auftraggeber jene Teile der ausgeschriebenen



Leistungen, die fach- und abwicklungstechnisch jedenfalls durch den Bieter bzw. ein Mitglied der Arbeitsgemeinschaft ausgeführt werden müssen, in der entsprechenden (direkten) Verantwortung des Auftragnehmers sicher gestellt bekommt und somit die Steuerung der Qualität der Leistung "berechenbarer" wird.

Mit freundlichen Grüßen



Mag. Claudius Weingriff
Leiter
Architektur & Bauvertragswesen



Mag. Andreas Juen LLM
Rechtsangelegenheiten
Architektur & Bauvertragswesen

Mag. Andreas Juen LLM
Architektur & Bauvertragswesen, T +43 5 0244 - 1266, F +43 5 0244 - 4719,
M +43 664 807 45 -1266, E andreas.juen@big.at

09/09