

An das

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

Wiedner Hauptstraße 63 | 1045 Wien
T 05 90 900DW | F 05 90 900114294
E rp@wko.at
W wko.at/rp

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Unser Zeichen, Sachbearbeiter
1422/11/Mi/CG
Dr. Annemarie Mille

Durchwahl
4291

Datum
25.01.2012

Richtlinienvorschläge der Kommission zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens; Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Dr. Fruhmann,

wir danken dem BKA/VD für die Möglichkeit zur Stellungnahme zu den Richtlinienvorschlägen der Kommission zur Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens und erlauben uns folgende Stellungnahme abzugeben:

Zunächst muss darauf hingewiesen werden, dass die Stellungnahmefrist für ein Dokument, das annähernd 500 Seiten umfasst, viel zu kurz gewählt ist. Diese Kurzfristigkeit ist nicht nachvollziehbar, da das letzte Vergaberechtspaket der Kommission von der Erststellungnahme bis zur Beschlussfassung über vier Jahre verhandelt wurde.

Bei dem vorliegenden Entwurf handelt es sich außerdem um eine sensible und wichtige Rechtsmaterie. Daher ist diese kurze Frist - noch dazu im Hinblick auf die dazwischen liegenden Weihnachtstfeiertage, die die Begutachtungszeit nochmals verkürzt haben - entschieden zu kritisieren.

Aus diesem Grund kann zum bezüglichen Entwurf auch nur in Grundzügen Stellung genommen werden:

Allgemeines:

Rein inhaltlich ist zu diesem Vergabereformpaket zu bemerken, dass aus Sicht der österreichischen Wirtschaft das Hauptproblem nicht im rechtlichen Rahmen für die öffentliche Beschaffung sondern vor allem in der Anwendung des Vergaberechts sowie einer unzureichenden Schulung der Auftraggeber liegt. Aus diesem Grund sehen wir das gesamte legislative Vorhaben der Europäischen Kommission mit gewisser Skepsis, da der Vergaberechtsbereich in den letzten Jahren auf Grund von europäischen Vorgaben aber auch EuGH-Rechtsprechung immer wieder auf innerstaatlicher Ebene novelliert werden musste, was den Vergabepraktikern EU-weit die Arbeit in diesem anspruchsvollen Gebiet noch zusätzlich erschwert hat.

Nach unserer Erfahrung führt eine immer stärkere Verrechtlichung von ökonomischen Vorgängen nicht zu einer sorgfältigeren Rechtsanwendung sondern genau zum Gegenteil: Rechtsnormen

werden ignoriert. Viele Auftraggeber sind bereits jetzt überfordert, die sich ständig ändernden rechtlichen Rahmenbedingungen konkret auf ihre Beschaffungen anzuwenden, wodurch wirtschaftliche Überlegungen in die Beschaffungsprozesse auf Grund von konstanten formalrechtlichen Überforderungen nicht mehr einfließen können. Eine Rückbesinnung auf folgende wesentlichen Elemente des öffentlichen Einkaufs wäre gefordert: transparente Verfahren, Regelungen gegen Marktabschottungen und Wettbewerbsverfahren, die einen qualitativ hochwertigen und innovativen Einkauf der öffentlichen Hand in den EU-Mitgliedstaaten sichern. Diese Regelungen sollten einfach sein und vor allem nicht permanenten Novellierungen unterworfen werden. Handlungsbedarf besteht aus unserer Sicht insbesondere bei der Schulung von öffentlichen Auftraggebern in rechtlicher aber vor allem volks- und betriebswirtschaftlicher Hinsicht, um ihre Beschaffungsprozesse optimal abwickeln zu lernen.

Aus Sicht der österreichischen Wirtschaft öffnen die bestehenden Vergaberichtlinien bereits ausreichend Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umwelt- und Sozialkriterien in der öffentlichen Beschaffung. Anstatt permanent neue Regelungen festzulegen wäre es besser, aus Best Practice Modellen der einzelnen Mitgliedstaaten zu lernen.

Grundsätzlich positiv ist die vorgesehene Berücksichtigung von Verstößen gegen unionsrechtliche (wie zB arbeitsrechtliche) Vorschriften sowie die Vorschrift ein Angebot abzulehnen, wenn es aufgrund eines Verstoßes gegen Pflichten aus dem Unionsrecht auf dem Gebiet des Arbeits- und Sozialrechts ungewöhnlich niedrig ist. Die Formulierung lässt prinzipiell auch einen Spielraum, so dass auf die Schwere des Verstoßes abgestellt werden kann. Begrüßt wird dabei insbesondere die Bestrebung, die Einhaltung von Mindeststandards abzusichern. Fraglich und in der Richtlinie ungeklärt ist in diesem Zusammenhang jedoch, welcher Maßstab für die Verstöße angelegt werden soll, und wo die Grenze für die Berücksichtigung der Verstöße gezogen wird.

Prinzipiell nicht unproblematisch ist das Verlangen nach speziellen Gütezeichen in Vergabeprozessen, zumal Gütezeichen in der Regel keinem Normsetzungsverfahren eines nationalen Gesetzgebers entspringen, sondern häufig von privaten Anbietern entworfen werden.

Positiv zu bewerten sind die Bemühungen der Kommission, Barrieren für KMU abzubauen.

Zu den Richtlinienvorschlägen im Detail:

A **Bezüglich des Vorschlages für eine RL über die öffentliche Auftragsvergabe stellen wir zum Dokument KOM(2011) 896 /2 in einer ersten Einschätzung wie folgt fest:**

Begründung Einzelerläuterungen zum Vorschlag:

Seite 10:

Förderung der elektronischen Auftragsvergabe: ...insbesondere auf eine elektronische Einreichung („e-Submission“), bei sämtlichen Vergabeverfahren innerhalb eines Übergangszeitraums von zwei Jahren vor.

Es ist zu begrüßen, dass die elektronische Auftragsvergabe forciert wird, weil diese tatsächlich auch eine wesentliche administrative Vereinfachung für die Lieferanten in der Funktion als potentielle Auftragnehmer mit sich bringt.

Die Übergangsfrist von 2 Jahren erscheint ambitiös, aber ausreichend für die Lieferanten.

Seite 12:

Reduzierung der Informationspflichten: ...Die Beibringung konkreter Nachweise soll durch Einführung eines standardisierten Dokuments - des „Europäischen Passes für die Auftragsvergabe“ - erleichtert werden. Dieser soll als Nachweis dafür dienen, dass kein Ausschlussgrund vorliegt. Der Europäische Pass für die Auftragsvergabe wäre eine ideale Einrichtung, da nicht nur der wiederholte Aufwand zur Erbringung der Nachweise entfällt, sondern es ermöglicht vor allem den KMU den leichteren Zugang zu den größeren Märkten, vor allem Deutschland.

Art 1 Gegenstand und Anwendungsbereich

In Abs 2 wird definiert, dass Leistungen zusammenzurechnen sind, sofern es sich bei den Aufträgen um Teile eines einzigen Projekts handelt. Diese Definition sollte dahingehend erweitert werden, bei Liefer- und Dienstleistungen die Zusammenrechnung auf die jeweiligen Branchen zu beschränken. Dahingehend gibt es bereits hinreichende Judikatur der österreichischen Vergabenaufsichtsbehörden - es ist nicht sinnvoll, Leistungen wie etwa Marketing und künstlerisches Design eines Preises gemeinsam auszuschreiben bzw zusammenzurechnen.

Art 22 Rechtswidriges Verhalten

Laut Art 22 soll künftig zu Beginn des Verfahrens von Bewerbern/Bietern verlangt werden, eine ehrenwörtliche Erklärung abzugeben. Dies erscheint nicht sinnvoll, da es in jedem Mitgliedstaat - auch aufgrund von EU Richtlinien - Bestimmungen gibt, die Absprachen und sonstige marktschädliche Verhaltensweisen unter Strafe stellen. Von verantwortungsbewussten Marktteilnehmern muss ein verantwortungsvolles Verhalten erwartet werden. Die Einführung einer ehrenwörtlichen Erklärung führt nur zu einem weiteren bürokratischen Aufwand und erfüllt nicht den gewünschten Zweck: Will etwa ein Marktteilnehmer Absprachen treffen, wird ihm eine ehrenwörtliche Erklärung nicht mehr als die bisher schon bestehenden Normen davon abhalten können.

Art 24 bis 30 Wahl der Verfahren

Der von der Kommission forcierte Ausbau des Verhandlungsverfahrens (besonders Art 24 Abs 1 lit a) wird abgelehnt. Grund dafür ist, dass die Verhandlungsrunden von öffentlichen Auftraggebern vor allem in Bauverfahren als reines Preisdrücken missbraucht werden. Umso mehr verwundert es, dass diese Intention von der Kommission auch offen angesprochen wird („im Hinblick auf die angespannten Haushalte“).

Art 33 Elektronische Auktionen

Aus den Artikeln 19, 33 und 34 der Richtlinienvorschlüsse ist die Tendenz erkennbar, elektronische Beschaffung in Zukunft zu etablieren. Die WKÖ begrüßt diese Entwicklungen grundsätzlich, möchte jedoch darauf hinweisen, dass eine Ausgestaltung elektronischer Systeme stets mit Augenmerk auf KMU einhergehen soll. Es muss Klein- und Kleinstbetrieben künftig auch ohne größere Investitionen möglich bleiben, an Vergabeverfahren teilzunehmen. Daher spricht sich die WKÖ für eine elektronische Beschaffung als Erleichterung für alle Betroffenen aus, warnt jedoch gleichzeitig vor einer unnötigen Bürokratisierung des Vergabewesens und vor einem de-facto-Ausschluss von KMU durch die Einrichtung teurer elektronischer Systeme.

Elektronische Auktionen: ...Die öffentlichen Auftraggeber übermitteln allen Bietern im Laufe einer jeden Phase der elektronischen Auktion unverzüglich zumindest die Informationen, die erforderlich sind, damit den Bietern jederzeit ihr jeweiliger Rang bekannt ist;...

Eine Auktion bietet den Vorteil, dass Bieter die Möglichkeit haben, ihre Angebote beliebig oft zu verbessern. Sie sehen, wie sich der Marktpreis entwickelt und können entsprechend darauf reagieren. Um jedoch den Prozess so fair wie möglich ablaufen zu lassen, soll den Bietern während der Auktion nur das derzeit beste Gebot (anonymisiert) angezeigt werden. Keinesfalls soll den

Bieter der Rang angezeigt werden, denn das führt nur zu Spekulationen. Bei konventionellen Vergabeverfahren erfahren die Bieter auch nicht, wie viele Mitbewerber noch an den Verhandlungen teilnehmen.

Weder Bau- noch Dienstleistungsaufträge mit geistigen Leistungen sind für eine Vergabe im Rahmen einer elektronischen Auktion geeignet. Es ist eine gesetzliche Klarstellung erforderlich, wonach insbesondere Bauaufträge ausnahmslos nicht Gegenstand einer elektronischen Auktion sein können, denn es gibt keine Bauaufträge ohne geistige Leistungen. Darüber hinaus stellen elektronische Auktionen in der bisherigen Praxis einen reinen Preiswettbewerb dar, der durch ein Lizitieren des Preises nach unten geprägt ist. Diese Vorgangsweise ist geprägt von einem massiven Preiswettbewerb, welcher in der Vergabepaxis zu Lasten der Qualität geht und insbesondere österreichische Gewerbe- und Handwerksbetriebe von den öffentlichen Beschaffungsmärkten verdrängt.

Art 39 Vorherige Marktkonsultation

Der von der Kommission kreierte „technische Dialog“ zur Abklärung der Marktsituation vor dem eigentlichen Vergabevorgang entspricht der gängigen Praxis. Es ist äußerst sinnvoll, dass dieser nun endlich einen rechtlichen Rahmen erhält.

Art 43 Varianten

Alternativangebote sind eine Chance sowohl für innovative Unternehmen als auch für den Auftraggeber und können die Kosten für den zu vergebenden Auftrag deutlich senken. Sie sollten daher in Zukunft im Vergabeverfahren generell zugelassen werden und nur dann unzulässig sein, wenn der öffentliche Auftraggeber dies - sachlich begründet - ausschließen will.

Art 44 Unterteilung von Aufträgen in Lose

Die vorgeschlagene Möglichkeit der Limitierung von Losen bei der Angebotsabgabe ist ein überaus begrüßenswerter Vorschlag der Kommission. In der Praxis ist es häufig der Fall, dass trotz Aufteilung des Gesamtauftrags in Teillose ein einziger Bieter alle Lose und damit den Gesamtauftrag gewinnt. Gerade diese Klarstellung würde dazu führen, dass bei Rahmenverträgen - etwa im Bereich der Stadt Wien - von vornherein eine gewisse Streuung von Aufträgen daraus resultieren würde. Dies würde in Branchen mit einem hohen Anteil an öffentlichen Aufträgen die Aufrechterhaltung eines Wettbewerbes fördern und dem Auftraggeber das Risiko, bei wirtschaftlichen Schwierigkeiten des (einzigen) Auftragnehmers flächendeckend ohne Vertragspartner dazustehen, in Grenzen halten. Die vorgeschlagene Limitierung wird die Position der KMU am Markt jedenfalls stärken.

Art 46 Vorinformation

Eine Verfahrensverbesserung und damit eine Verbesserung der Auftragsvergabeergebnisse würde eine Verankerung einer verpflichtenden Vorinformation über Ausschreibungsvorhaben (genügend Zeit zur Vorbereitung und Kooperationsbildung bei komplexen Ausschreibungsprojekten für interessierte Bieter) ergeben.

(Vgl. Art 35 Abs 1 der Richtlinie 2004/18/EG und Art 41 Abs 1 der Richtlinie 2004/17/EG)

Art 51 Elektronische Verfügbarkeit der Auftragsunterlagen

Eine grenzübergreifende Auftragsvergabe kann nur dann stattfinden, wenn die anwendbaren Rechtsvorschriften und Rahmenbedingungen, wie zum Beispiel anzuwendende Normen, klar dargestellt werden. Ebenso müssen diese für Interessenten kostenlos zugänglich sein, um zusätzliche Belastungen für Bieter, insbesondere KMU, zu vermeiden.

Art 54 Allgemeine Grundsätze (Abs 3)

Auswahl- und Zuschlagskriterien sollten hinsichtlich der Reihenfolge unverändert getrennt und in der bisher üblichen Reihenfolge bewertet werden.

Art 55 Ausschlussgründe (Abs 3 lit d)

Eine Berücksichtigung bisheriger Erfahrungen ist vehement abzulehnen. Zum einen sind „frühere Erfahrungen“ zwangsläufig subjektiv und verzerren damit den Wettbewerb zwangsläufig in unsachlicher Weise. Zum anderen besteht die Gefahr, dass einige öffentliche Auftraggeber diesen Mechanismus nutzen könnten, um im Rahmen von „Erfahrungen“ Bieter aus dem Wettbewerb zu nehmen, die sich - durchaus im Rahmen des Wettbewerbs und rechtmäßig - bei vergangenen Aufträgen als - aus Sicht des Auftraggebers - „unbotmäßig“ erwiesen haben.

So könnte jede Abrechnungstreitigkeit oder jedes Hinterfragen von Angebotsbedingungen durch einen Bieter, mag er auch im Recht sein, bei zukünftigen Auftragsvergaben gegen ihn verwendet werden. Überlegungen in diese Richtung wären aus praktischer Sicht jedenfalls das Ende jeglicher Diskussionen im Vorfeld über - im Einzelfall möglicherweise grob vergaberechtswidrige - Festlegungen in Ausschreibungsunterlagen und würden damit die Bemühungen des Vergaberechts um faire Vertragsbedingungen konterkarieren.

Art 56 Auswahlkriterien (Abs 3)

Eignungskriterien sind für kleine Unternehmen besonders sensibel, da sie für Aufträge Eintrittsschranken darstellen. Häufig fordern öffentliche Auftraggeber in der Praxis eine unverhältnismäßig hohe Eignung für Aufträge. Deshalb begrüßt die Wirtschaftskammer die Verpflichtung für Auftraggeber, den Gesamtjahresumsatz in der maximal dreifachen Höhe des Auftragswertes nicht überschreiten zu dürfen.

Art 59 EU-Pass

Gemäß Art 59 ist die Einführung eines europäischen Passes für die Auftragsvergabe vorgesehen. Unter anderem soll darin bescheinigt werden, dass sich Wirtschaftsteilnehmer nicht in Insolvenz- oder Liquidationsverfahren befindet. Der Pass soll mindestens 6 Monate gültig sein.

Zur Beurteilung der Eignung eines Bewerbers/Bieters in einem konkreten Verfahren ist eine bis zu 6 Monate zurückliegende Auskunft hinsichtlich Insolvenz- oder Liquidationsverfahren keinesfalls ausreichend und es muss möglich sein, aktuelle Nachweise verlangen zu dürfen.

Art 61 Normen für Qualitätssicherung und Umweltmanagement

Die Nennung von Normen als qualitative Auswahlkriterien ist abzulehnen. KMU, die durchaus den Anforderungen entsprechen würden, allerdings aus Ressourcen- und Kostengründen von Zertifizierungen absehen, würden somit von vornherein ausgeschlossen werden.

Anforderungen an Bieter müssen weiter im Einzelfall mit dem Auftragsgegenstand verknüpft werden. Alle anderen Festlegungen würden zwangsläufig zu ineffizienten Strukturen in den Unternehmen und damit einer massiven Verteuerung öffentlicher Aufträge für die Auftraggeber führen.

Art 62 Inanspruchnahme der Kapazitäten anderer Unternehmen (Abs 2)

Aspekte der Auftragsausführung sollten Sache der nationalen vertragsrechtlichen Regelungen bleiben.

Art 66 Zuschlagskriterien

Für die Erzielung optimaler Preis-Leistungs-Verhältnisse sind das Bestbieterprinzip und die generelle Zulassung von Alternativangeboten notwendig.

Das Bestbieterprinzip fördert die betriebliche Innovation und bietet dem Auftraggeber technische Top-Leistungen zu Bestpreisen. Die Forcierung des Billigstbieterprinzips vor allem im Unterschwellenbereich führt zu erheblichen Qualitätsverlusten. Dem Zuschlagsprinzip des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes ist in jedem Fall gegenüber dem Zuschlagsprinzip des günstigsten Preises der Vorrang einzuräumen.

Art 67 Lebenszykluskostenrechnung

Bei der Berücksichtigung der Lebenszykluskosten sollen keine umfassenden und detaillierten Kostenaufstellungen vom Unternehmen selbst gefordert werden. KMU haben im Regelfall nicht die Mittel derartige Analysen selbst durchzuführen und zu präsentieren. Anstatt zu einer Entbürokratisierung käme es zu einem unzumutbaren Mehraufwand für die Unternehmen.

Art 70 Bedingungen für die Auftragsausführung

Die Erreichung ökologischer und sozialer Ziele sollte im Rahmen der Aktionspläne diskutiert werden, nicht aber im Zusammenhang mit dem EU-Vergaberecht an sich. Zur Förderung von Innovation wäre die generelle Zulassung von Alternativangeboten ein Schritt in die richtige Richtung. Werden die ökologischen Kriterien überbewertet, so kann es dazu kommen, dass qualitativ hochwertige Produkte durch schadstoffärmere aber qualitativ minderwertige Produkte ersetzt werden. Dadurch entsteht eine größere Gefahr von Schäden, dadurch ist erhöhter Faktoreinsatz zu deren Beseitigung notwendig, was zu insgesamt weniger Nachhaltigkeit führt!
Beispiel: Lacke mit sehr niedrigem Lösungsmittelanteil müssen im Außenbereich öfter aufgetragen werden, können bei feucht-kalten Witterungsbedingungen kaum effizient verarbeitet werden und besitzen im Vergleich zu Produkten mit höherem Lösungsmittelanteil eine wesentlich kürzere Lebensdauer!

Art 71 Vergabe von Unteraufträgen

Die Möglichkeit der Subunternehmer, künftig fällige Zahlungen unter bestimmten Voraussetzungen direkt vom öffentlichen Auftraggeber beziehen zu können, wird aus KMU-Sicht befürwortet; Kritiker dieser Regelung gibt es vor allem in der Industrie.

Art 72 Auftragsänderungen während der Laufzeit

Vergaberecht sollte mit der Zuschlagserteilung bzw dem Widerruf enden. Die Auftragsausführung sollte im Regelfall Sache der Vertragsparteien sein und nach den nationalen zivilrechtlichen Regelungen abgehandelt werden. Eine Regelung würde insbesondere bei Bauaufträgen - wo Abweichungen regelmäßig vorkommen und in Österreich auch vertragsrechtlich detailliert geregelt sind - bedeuten, dass jede Vertragsausführung mit der ständigen Gefahr einer vergaberechtlichen Nachkontrolle - welcher Art auch immer - bedroht ist. Änderungsregelungen würden bei Bauaufträgen zu massiven rechtlichen Problemen führen. Gleiches gilt für die in Frage 41 angesprochenen Regelungen zur Vertragsbeendigung. Man muss in allen hier angesprochenen Fällen auch berücksichtigen, dass - jedenfalls bei Bauaufträgen und jedenfalls dann, wenn bereits Arbeiten durchgeführt wurden - die Interessen des Auftraggebers aus wirtschaftlichen Gründen (zB Fragen der späteren Gewährleistung, bereits erbrachte Vorleistungen, die sonst „doppelt“ zu zahlen wären) unter Umständen vollkommen anders liegen als vor Beginn der Bauarbeiten.

Artikel 87 - Unterstützung der öffentlichen Auftraggeber und der Unternehmen

Die WKÖ sieht Probleme bei der Veröffentlichung bestimmter Verträge und der Bürokratie, die durch diese Überlegungen generiert wird.

Titel III, Kapitel II: Vorschriften für Wettbewerbe

Die Ausgestaltung von „Design Contests“ (Title III Chapter II) wirft Fragen auf. Aus dem Entwurf der Richtlinie lässt sich nicht erkennen, wie der Begriff „Design“ definiert werden soll und welche Art von Kreativdienstleistung hiervon erfasst ist. Insbesondere erscheint es unerklärlich, warum gemäß Art 78 des Richtlinienentwurfs Designwettbewerbe, die mit Preisen oder Preisgeldern dotiert sind („design contests with prizes or payments to participants“), nunmehr strengeren gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben unterworfen werden sollten. Beachtenswert ist der Umstand, dass die englische Definition „RULES GOVERNING DESIGN CONTESTS“ in der offiziellen deutschen Version des Richtlinienentwurfs mit „VORSCHRIFTEN FÜR WETTBEWERBE“ übersetzt wurde. In der Definition von „Design Contests“ in Art 2 Abs 23 ist noch von „a plan or design selected by a jury“ die Rede, während die deutsche Fassung von „Plan oder Planung“ spricht. Daher stellt sich hier die Frage, ob sich die Reglementierung von „Design Contests“ lediglich auf planerische Arbeiten, oder aber auch auf Designs im herkömmlichen Sinn beziehen soll. Es sei auch noch erwähnt, dass sich das Dialogverfahren, das durch den vorliegenden Entwurf vorangetrieben werden soll, nur in sehr eingeschränktem Ausmaß für die Ausschreibung von Kreativdienstleistungen eignet.

B **Bezüglich des Vorschlages für eine RL über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste stellen wir in einer ersten Einschätzung wie folgt fest:**

Vereinfachung

Grundsätzlich wird angemerkt, dass - unter anderem aufgrund der Vermehrung der Anzahl der Artikel der Sektorenrichtlinie um 40% (!) - nicht unbedingt von einer Vereinfachung des europäischen Vergaberegulativs ausgegangen werden kann, obwohl das ein wesentliches Ergebnis der Umfrage über die Modernisierung des öffentlichen Auftragswesens gewesen ist.

Pressemitteilung der EK vom 24.06.2011:

Auch wenn die Antworten auf die Konsultation unterschiedliche Standpunkte zu der Priorität deutlich werden lassen, die jedem der Ziele der Reform zukommen sollte, spricht sich die Mehrheit der Kommentatoren für eine Vereinfachung, ... aus.

Andere Politiken

Negativ sei angemerkt, dass arbeits-, sozial- und umweltpolitische Maßnahmen verstärkt in die Vergaberichtlinien eingeflossen sind und damit dem öffentlichen/Sektorenauftraggeber bei der Beschaffung von Leistungen die Umsetzung dieser politischen Ziele übertragen wurden. Dadurch ist zu erwarten, dass der administrative Aufwand sowohl auf Auftraggeberseite, als auch auf Bewerber-/Bieterseite zunimmt. Mit einer einfacheren, flexibleren und zeitlich rascheren Abwicklung von Vergabeverfahren ist durch die Berücksichtigung von gesellschaftspolitischen Zielen nicht zu rechnen.

Vielmehr wäre es zielführender gewesen, die Berücksichtigung der arbeits-, sozial- und umweltpolitischen Maßnahmen in den jeweiligen Materiengesetzen zu implementieren und nicht in den Vergabebestimmungen.

„A“- und „B“- Dienstleistungen

Kritisch zu sehen ist auch das Abgehen von der Unterscheidung zwischen prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen.

Durch den Wegfall der Erleichterungen bei den nicht prioritären Dienstleistungen, zB im Bereich der rechtsfreundlichen Beratung, ergibt sich ein deutlich erhöhter Aufwand bei der Abwicklung von Vergabeverfahren.

Es ist zu bezweifeln, dass durch die Vollenwendung der vergaberechtlichen Verfahrensregeln im Bereich der derzeitigen nicht prioritären Dienstleistungen ein Unterschied im kaufmännischen Ergebnis bei den Ausschreibungen auftreten wird. Es verbleibt somit lediglich ein erhöhter Aufwand bei der vergebenden Stelle, weswegen wir den Entfall der nicht prioritären Dienstleistungen nicht begrüßen.

Modernisierung der Verfahren

Die Freistellung der Abfolge der Prüfung des Angebotes bzw der Eignungskriterien wird ausdrücklich begrüßt, ebenso wie der Umstand, dass Organisation und Qualität der mit der Ausführung des Auftrags zu betreuenden Mitarbeiter als Zuschlagskriterium gewertet werden können.

Interessenskonflikte

Die vorgeschlagenen Regelungen in Art 21 für den klassischen Bereich bzw Art 36 für den Sektorenbereich sind aufgrund der Definition sehr weitreichend gefasst (Interessen aus „familiären, gefühlsmäßigen, wirtschaftlichen, politischen oder anderen Gründen“) und konkurrieren mit ähnlichen Bestimmungen im nationalen Recht.

Arbeitsrecht, Dienstrecht und Strafrecht bieten hier ausreichende Basis, um pflichtwidriges Verhalten von Mitarbeitern des Auftraggebers hintanzuhalten. Bezüglich des rechtswidrigen Verhaltens von Bewerbern/Bietern bestehen bereits einschlägige Regelungen im Wettbewerbs- und Kartellrecht, weswegen eine weitere eigenständige Regelung in einer Vergaberichtlinie entbehrlich erscheint.

Im Übrigen bestehen im angesprochenen Rechtsgebiet eher Beweisprobleme als Regelungslücken. Diesbezügliche erforderlichenfalls notwendige Regelungen sollten daher besser auf nationaler und lokaler Ebene getroffen werden.

Rahmenvereinbarungen

Durch die vorgeschlagene Fassung des Artikels 45 Abs 1 SRL würde die Dauer von Rahmenvereinbarungen auf vier Jahre begrenzt werden.

Unterstellt man, dass diese Regelung lediglich für Neuverträge gilt, wird Ziel und Zweck der Regelung wohl nicht zu erreichen sein. Detto käme es zu einer massiv unterschiedlichen Rechtslage für Alt- und Neuverträge. Mögliche Konsequenz wäre demnach, dass die Vierjahresbegrenzung für unbefristete Altverträge und für alle Neuverträge gilt. Eine solche Regelung erscheint jedoch im Hinblick auf die unterschiedlichen Vertragsgegenstände der Rahmenvereinbarungen sehr vereinfacht und daher in vielen Fällen sicher sachlich nicht gerechtfertigt.

Die strikte einheitliche Regelung der Laufzeit von Rahmenvereinbarungen wird daher abgelehnt.

Unterteilung von Aufträgen in Lose

In den Erwägungsgründen beider Vorschläge wird ein starker Trend zur Auftragsbündelung, zB. durch zentrale Beschaffungsstellen, mit der Folge, dass diese Verfahren zur Verbesserung des Wettbewerbs und zur Rationalisierung des öffentlichen Auftragswesens beitragen, festgestellt.

Andererseits sind Regelungen in Art 59 Sektorenrichtlinie bzw Art 44 klassische Richtlinie enthalten, die den Auftraggebern eine Aufteilung von Aufträgen in Lose nahe legen, um einen leichteren Zugang von KMU zu ermöglichen.

Nach unserer Ansicht muss die Entscheidung, ob eine Aufteilung in Lose erfolgt und wenn ja, in wie viele Lose und in welcher Art und Weise dies erfolgt, im Sektorenbereich im jeweiligen Einzelfall beurteilt und entschieden werden. Dies sollte jedenfalls dem Auftraggeber vorbehalten bleiben, ohne sich dafür rechtfertigen zu müssen.

Ausschlussgründe Art 74 SRL

Bei der Sanktionierung von Verstößen gegen verbindliche arbeits-, sozial- und umweltrechtliche Vorschriften durch den **Bieter** bezieht sich die Richtlinie ausdrücklich auf Verstöße gegen Verpflichtungen der EU-Sozial-, Arbeits- und Umweltbestimmungen.

Von wesentlich größerer praktischer Bedeutung sind jedoch die Verstöße gegen die üblicherweise strengeren nationalen Regelungen, die zum Ausscheiden eines Bieters führen sollten. Hier wird es also Aufgabe der nationalen Gesetzgebung sein, eine Regelung zu finden, die es einerseits der vergebenden Stelle ermöglicht, das Kontrahieren mit solchen Bietern abzulehnen, andererseits darf solch eine nationale Regelung auch nicht zu einer mittelbaren Inländerdiskriminierung führen, weil ausländische Bieter selten gegen die Sozial-, Arbeits- und Umweltbestimmungen des Staates der vergebenden Stelle verstoßen haben und für die Verstöße gegen die nationalen Bestimmungen des Herkunftslandes oft die Kognitionsmöglichkeit fehlt.

Die Verpflichtung **Angebote** abzulehnen, die auf einer gegen sozial-, arbeits- oder umweltrechtlichen Vorschriften verstoßenden Kalkulation basieren, ist jedenfalls bei Bauleistungen und Dienstleistungen leichter handhabbar, da diese Leistungen nicht im Herkunftsland erbracht werden, sondern im Territorium der vergebenden Stelle, was die Überprüfung einfacher macht, und auch die Bietergleichbehandlung unabhängig vom Herkunftsland sicherstellt.

Direkte Zahlungen an Subunternehmer

Weiter wird das Vorsehen von direkter Bezahlung an Subunternehmer aus zivilrechtlichen Überlegungen hinterfragt.

Im österreichischen Recht besteht zwischen Auftraggeber und Subunternehmer kein direktes Rechtsverhältnis, sondern die jeweiligen Schuldrechte werden „in der Kette“ abgewickelt. Eine direkte Zahlung des Auftraggebers über mehrere „Vertragsinstanzen“ hinweg an einen Subunternehmer unterstellt, dass alle Verträge „in der Kette“ den gleichen Inhalt haben.

Da dies nur in Ausnahmefällen der Fall sein wird, erfordert eine solche Bestimmung in einer Vergaberichtlinie eine detailliertere Regelung. Seitens einiger Sektorenauftraggeber wird diese Bestimmung in Art 81 SRL strikt abgelehnt.

Auftragsänderungen während der Laufzeit

Die bisherige Bestimmung des Artikels 40 Abs 3 lit f der Richtlinie 2004/17/EG wurden zwar ersetzt durch den Artikel 82 Abs 6 des vorliegenden Entwurfes, darüber hinaus wurden aber im

Art 82 weitere Bestimmungen aufgenommen, die bei der Vertragsabwicklung zu unvorhersehbaren Schwierigkeiten führen können.

Insbesondere die Bestimmung in Artikel 82 Abs 4, die definiert, dass eine wesentliche Änderung, die zu einer Neuausschreibung führt, eine solche ist, wenn ihr Geldwert 5 % des ursprünglichen Auftragswertes (kumuliert) erreicht.

In Lehre (Quelle: TU Wien, Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement) und Praxis ist eine Genauigkeit von Kostenanschlägen (in der Diktion der Richtlinie „Auftragspreis“) im Tiefbau von plus minus 10 % lege artis.

Aus unserer Sicht muss daher der Artikel 82 Abs 4 komplett entfallen oder zumindest für Bauleistungen ausgenommen werden.

Andernfalls stellt sich die Frage, wie man bei Bauleistungen in der Praxis mit der Regelung umgeht, wenn man (typischerweise erst mitten im Bauvorhaben) feststellt, dass es Kostenmehrungen im Umfang von 5 % gibt. Ist dann der Vertrag ex nunc zu beenden und der Rest neu auszusprechen (die Baustelle „steht“ dann mehrere Monate)?

Ebenso ist die Regelung der Bekanntmachung von Änderungen im Abs 6 höchst untunlich.

Man denke nur an die Situation eines unterlegenen Bieters in einem Nachprüfungsverfahren, der während der Bauabwicklung das Amtsblatt der EU nach solchen Bekanntmachungen perlustriert, um bei der vergebenden Stelle und dem Zuschlagsempfänger Rache für den nicht erteilten Auftrag nehmen zu können. Dass eine wesentliche Änderung vorhersehbar war, lässt sich schnell behaupten und eine entsprechende einstweilige Verfügung würde den Bau stoppen.

„Aufsichtsstelle“

Die verpflichtende Einrichtung einer zentralen Aufsichtsstelle gemäß Art 92 ff SRL ist aus unserer Sicht abzulehnen.

Nachstehend werden beispielhaft einige Kritikpunkte angeführt:

Aus der Summe der vorgeschlagenen Bestimmungen ergibt sich, dass neben den bestehenden Vergabeaufsichtsbehörden eine weitere Stelle (Aufsichtsstelle) geschaffen werden soll, die schon aufgrund des Erfordernisses der Unabhängigkeit nicht auf Ministeriumsebene angesiedelt werden kann.

Sie kann auch nicht beim Bundesvergabeamt integriert werden, da eine ihrer Aufgaben darin bestehen soll, „*die mit der Überprüfung der Entscheidung von Vergabestellen zuständige Gerichtsbarkeit zu befassen*“. Der Aufgabenbeschreibung nach soll es sich um eine Stelle mit staatsanwaltsähnlichem Charakter handeln.

Die Aufgaben dieser Aufsichtsstelle sind umfassend und ihre Einrichtung wäre in Österreich nach unserer Ansicht verfassungsrechtlich aus mehreren Gründen bedenklich. Hingewiesen wird insbesondere auf eine mögliche Verletzung des verfassungsrechtlichen Grundprinzips der Gewaltenteilung durch die Einrichtung einer solchen Stelle. Die Errichtung einer zentralen Aufsichtsstelle für Bund und Länder in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens ist in Österreich auch aus dem verfassungsrechtlich gewährleisteten bundesstaatlichen Prinzip kritisch zu sehen (vgl Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG iVm Art 14b B-VG).

Die Aufsichtsstelle soll gemäß Abs 2 der Art 93 bzw Art 84 einen Jahresbericht erstellen, der nach lit c) leg cit „zentralisierte Daten über berichtete Fälle von Betrug, Korruption, Interessenskonflikten und **anderen schwerwiegenden Unregelmäßigkeiten im Bereich des öffentlichen Auftragswesens**“ enthalten soll.

Zum einen wird darauf hingewiesen, dass die Formulierungen „berichtete Fälle“ und „andere schwerwiegende Unregelmäßigkeiten“ dem notwendigen Bestimmtheitserfordernis in der österreichischen Rechtsordnung nicht Genüge tun, zum anderen sind gerade Betrug und Korruption Strafrechtstatbestände, die von der Staatsanwaltschaft verfolgt und vor der Strafjustiz abgehandelt werden, sodass die Rolle für eine über solche Fälle berichtende Behörde der österreichischen Rechtsordnung wohl wesensfremd ist.

Im Vergaberecht selbst ist ein ausreichender Rechtsschutz gegeben, der durch eine zusätzliche Aufsichtsstelle qualitativ keine Verbesserung erfährt.

Zudem soll diese Aufsichtsstelle unbeschränkten Zugang zu sämtlichen Aufträgen, also zu sämtlichen Verträgen, die dem Vergaberegime unterliegen, haben und jedermann Einsicht geben können. Völlig unsachlich und auf das schärfste abzulehnen ist die Bestimmung, dass Antragsteller, die um Zugang zu solchen Aufträgen bei der Aufsichtsstelle ansuchen, ausdrücklich **kein** unmittelbares oder mittelbares Interesse an diesem bestimmten Auftrag nachweisen müssen (Art93 bzw Art 84, vorletzter Satz).

Weiters bestehen beträchtliche datenschutzrechtlich Bedenken gegen die umfangreichen Einsichts- und Auskunftsrechte dieser Aufsichtsstelle.

Nicht zuletzt ist die im Richtlinienentwurf vorgesehene Einrichtung einer Aufsichtsstelle auch aus Kosten- und Effizienzgründen abzulehnen.

C Bezüglich des Vorschlages für eine RL über die Konzessionsvergabe stellen wir in einer ersten Einschätzung wie folgt fest:

Insgesamt wird die in der Richtlinie vorgesehene Ausdehnung des europäischen Sekundärrechts zur Konzessionsvergabe bei Dienstleistungskonzessionen kritisch gesehen.

Wir illustrieren dies an folgenden Beispielen.

Daseinsvorsorge

Insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge ist eine Überregulierung abzulehnen, zumal hinsichtlich der den Bereich der Wiener Stadtwerke betreffenden Personenverkehrsdienste sowie der Energieverteilnetze eigenständige europäische Regelwerke existieren, die als absolut ausreichend anzusehen sind.

Hinsichtlich der Verteilernetze im Einflussbereich des Konzerns der Wiener Stadtwerke Holding AG erachten wir diese im Übrigen schon aus folgendem Grund als von der Richtlinie nicht betroffen:

Gemäß Art 8 der Richtlinie sind Dienstleistungskonzessionen, die an einen Wirtschaftsteilnehmer vergeben werden, vom Anwendungsbereich dieser RL ausgenommen sind, wenn die Konzession auf einem ausschließlichen Recht beruht, das diesem Wirtschaftsteilnehmer gemäß veröffent-

lichten nationalen Recht- oder Verwaltungsvorschriften sowie im Einklang mit dem AEUV oder mit sektoralen Vorschriften der Union über die Verwaltung von Netzinfrastruktur im Zusammenhang mit den in Anhang III aufgeführten Tätigkeiten (insbesondere im Bereich Gas/Wärme und Elektrizität) gewährt wurde.

Die „Verteilernetzkonzessionen“, die die Wien Energie Gasnetz GmbH (WEG) bzw die Wien Energie Stromnetz GmbH (WES) betreffend der Bereitstellung und dem Betreiben von Gasnetzen bzw Stromnetzen auf Grund des Gaswirtschaftsgesetzes auf der einen sowie den Landeselektrizitätswirtschaftsgesetzen auf der anderen Seite inne haben, beruhen aus Sicht der Wiener Stadtwerke auf solchen besonderen oder ausschließlichen Rechten iSd Art 4 Abs 3 der Richtlinie, die vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen sind.

Zudem sind sowohl WEG als auch die WES (wie im Übrigen auch die Fernwärme Wien GmbH) Eigentümer der jeweiligen Verteilernetze und gehen diese Verteilerunternehmen ihrer Tätigkeit nicht als Konzessionäre im Sinne der RL nach.

Tritt die RL in der vorgeschlagenen Form in Kraft, so würde sie lediglich zum Tragen kommen, wenn die Verteilerunternehmen aus eigenem Konzessionen zum Betrieb der jeweiligen Netze vergeben würden. Ob solche Konzessionen allerdings aus energierechtlicher Sicht überhaupt vergeben werden können, muss gesondert untersucht werden.

Zudem wird darauf hingewiesen, dass die Eigentümereigenschaft der Verteilerunternehmen eine Konzessionsvergabe der Verteilernetze durch Gemeinde, Bund oder Land geradezu verunmöglichen, da eine solche in realiter einer Enteignung gleichkäme. (Gleiches gilt im Übrigen für Unternehmen, die öffentliche Personenverkehrsdienste anbieten und in deren Eigentum sich Schienenstraßen befinden.)

Insgesamt sind die im Richtlinienentwurf vorgeschlagenen Regelungen zur Dienstleistungskonzessionsvergabe unzweckmäßig und abzulehnen. In jedem Fall ist Anhang III aus Sicht der Wiener Stadtwerke Holding AG zur Gänze zu streichen.

Hingewiesen wird abschließend darauf, dass die Richtlinie in der vorgeschlagenen Form nicht geeignet ist, das in der Begründung der Kommission (Punkt 1, 2. Absatz) angeführte Ziel, vor allem kleinen und mittleren Unternehmen die mit Konzessionen verbundenen wirtschaftlichen Möglichkeiten zu eröffnen, zu erreichen. Zum einen sind gerade kleine und mittlere Unternehmen wohl nicht in der Lage, die für das Betreiben von Energieverteilernetzen notwendigen Ressourcen aufzubringen, zum anderen bedeutet es geradezu eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit, wenn Aufgaben der Daseinsvorsorge durch überbordende europäische Regulative in die Hand von notwendigerweise wirtschaftlich kurzfristig ausgerichteten Unternehmen gegeben werden sollen.

Zu Art 15 der Richtlinie wird noch ausdrücklich vorgeschlagen, dass Vergaben an Unternehmen, die mittelbar oder unmittelbar zu 100% im Eigentum einer vergebenden Stelle stehen ohne Prüfung von weiteren Voraussetzungen von der Richtlinie ausgenommen werden sollen.

Seilbahnen

Bislang waren sowohl Bau- als auch Dienstleistungskonzessionen im vergaberechtlichen Regime der RL 2004/17/EG und 2004/18/EG wesentlich privilegiert. Bis zum gegenwärtigen Zeitpunkt erschien das europarechtliche Vergaberegime im Bereich von (österreichischen) Seilbahnunter-

nehmen somit allenfalls nur für die Fragestellung relevant, ob seitens der (privaten) Seilbahnunternehmen Sektorenauftraggeber-tätigkeiten durchgeführt werden.

Nunmehr soll diese grundsätzliche Privilegierung für Konzessionen wegfallen und gemäß Punkt 5. des Anhangs III der KonzessionenRL insbesondere auch die Vergabe von „Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Bereitstellung und dem Betrieb von Netzen zur Versorgung der Öffentlichkeit im Bereich des Verkehrs per Schiene, automatische Systeme, Straßenbahn, Trolleybus, Bus oder Kabel“ unter die Anwendung dieser neuen RL fallen.

Die Anwendung der geplanten Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen auch für Seilbahnen würde mit dem Rechtscharakter der seilbahnrechtlichen Konzession in Österreich in keiner Weise korrelieren. Ein allfälliges Unterliegen touristisch genutzter Seilbahnen unter den Geltungsbereich der Richtlinie wäre überdies auch nicht sachgerecht und zweckmäßig, dienen diese - abweichend von daseinsvorsorgenden Leistungen - doch hauptsächlich Zwecken der Bereitstellung eines attraktiven touristischen Angebotes der Region und werden ausschließlich auf private Initiative sowie privates Risiko errichtet.

Laut Österreichischem Seilbahngesetz 2003 wird seitens der Behörde für jede von einem privaten Unternehmen selbst geplante neue Seilbahn eine sogenannte „Konzession“ erteilt. Diese „Konzession“ wird seitens des privaten Unternehmens bei der Behörde beantragt. Bei dieser „Konzession“ handelt es sich vom Rechtscharakter her um einen antragsbedürftigen und rechtsmittelfähigen Verwaltungsakt zum Bau und Betrieb einer neuen Seilbahn, der nicht als Auftrag einer Gebietskörperschaft, sondern gleichsam als ein den nachfolgenden Baugenehmigungs- und Betriebsbewilligungsverfahren vorgelagerter Hoheitsakt der Seilbahnbehörde zu bewerten ist. Diese verwaltungsrechtliche „Konzession“ bietet zudem die Möglichkeit, Fragen, für die in den konkreten (technischen) Genehmigungsverfahren zur Erteilung der Baugenehmigung und der Betriebsbewilligung kein Raum ist, einer Mitberücksichtigung zuzuführen.

Die Seilbahnbehörde verfügt weder über irgendwelche dingliche Berechtigungen an den Seilbahnen, noch ein eigenständiges Interesse an der Errichtung oder dem Betrieb neuer Seilbahnen. Vielmehr müssen sämtliche obligatorischen und dinglichen Berechtigungen im Zusammenhang mit den von der „Konzession“ umfassten Seilbahnanlagen ausschließlich bei dem privaten Unternehmen, das die „Konzession“ beantragt, liegen.

Es handelt sich bei der „Konzession“ unter dem Regime des Seilbahngesetz 2003 somit weder um einen Auftrag der öffentlichen Hand an ein privates Unternehmen noch um einen Vertrag der öffentlichen Hand mit dem privaten Unternehmen, sondern lediglich um die öffentlich-rechtliche Genehmigung bzw Reglementierung von Projekten privater Investoren.

Die Anwendung der geplanten Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen auf Seilbahnen würde eine gänzliche Änderung des derzeit in Österreich wie auch in den meisten anderen großen EU-Seilbahnländern geltenden Rechtssystems bedeuten. Zwar sprechen bereits aufgrund der bisherigen Textierung gute Gründe dafür, dass die geplante Richtlinie auf Seilbahnkonzessionen nach dem österreichischen Seilbahngesetz 2003 nicht zur Anwendung kommt. Zur Klarstellung, dass das österreichische System einer ausschließlich antragsgebundenen Erteilung von sogenannten „Konzessionen“ nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, plädiert die WKÖ jedoch für eine präzisierende Ergänzung der Erwägungsgründe oder allenfalls für die Schaffung einer Sonderregelung für Seilbahnen.

Vorschlag zur Ergänzung von ErwGr 6 zum Entwurf der EU-DienstleistungskonzessionenRL:

„Konzessionen sind entgeltliche Verträge zwischen einem oder mehreren Wirtschaftsteilnehmern und einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern bzw Vergabestellen über die Durchführung von Bauarbeiten oder die Erbringung von Dienstleistungen, wobei die Gegenleistung gewöhnlich im Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks bzw der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen besteht. Die Ausführung dieser Bauarbeiten oder Dienstleistungen unterliegt bestimmten verbindlichen Verpflichtungen, die vom öffentlichen Auftraggeber bzw von der Vergabestelle festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind. Bestimmte staatliche Handlungen, wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, in deren Rahmen der Staat oder eine Behörde die Bedingungen für die Ausübung der Wirtschaftstätigkeiten bestimmt, insbesondere dann, wenn solche Genehmigungen oder Lizenzen ausschließlich auf Antrag von privaten physischen oder juristischen Personen, somit nicht auf Initiative eines öffentlichen Auftraggebers bzw einer Vergabestelle, erteilt werden, sollten dagegen nicht als Konzessionen gelten. Dies gilt auch für bestimmte Vereinbarungen über das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers, öffentliche Bereiche oder Ressourcen zu nutzen, wie zB Pachtverträge, bei denen der Staat oder der öffentliche Auftraggeber bzw die Vergabestelle nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt, ohne bestimmte Arbeiten oder Dienstleistungen in Anspruch zu nehmen.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'R. Schön', with a long horizontal flourish extending to the right.

Dr. Rosemarie Schön
Abteilungsleiterin