

BKA Verfassungsdienst
Herrn Dr. Michael Fruhmann
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Wiedner Hauptstrasse 63 | Postfach 195
1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-243
E rp@wko.at
W <http://wko.at/rp>

per e-mail:

va8@bka.gv.at

michael.fruhmann@bka.gv.at

begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
GZ: BKA-600.883/0040-V/8/2011

Unser Zeichen, Sachbearbeiter
1435/11/Mi/CG
Dr. Annemarie Mille

Durchwahl
4291

Datum
14.09.2011

**Stellungnahme der Wirtschaftskammer Österreich
Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird
(BVergG-Novelle 2011)**

Sehr geehrter Herr Dr. Fruhmann,

die Wirtschaftskammer Österreich dankt für die Übermittlung des Entwurfes für ein Bundesgesetz mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011) und erlaubt sich dazu nachfolgende Stellungnahme abzugeben:

1. Allgemeines

Die Wirtschaftskammer Österreich spricht sich massiv für eine Verankerung der Schwellenwerte-VO direkt im Bundesvergabegesetz bzw. zumindest für eine nochmalige Verlängerung der VO aus. Eine derartige Maßnahme ist einerseits einfach umsetzbar und liefert andererseits einen wesentlichen Beitrag zur Einsparung von Verwaltungskosten.

Die bisherigen Erfahrungen haben klar gezeigt, dass mit den Schwellenwerten aus der VO Verwaltungskosten gesenkt und kostendeckende Preise erzielt werden können.

Laut Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend werden die Vorteile der Schwellenwerte-VO auch durch eine market-Umfrage belegt, in der im Auftrag des Ministeriums 300 österreichische Gemeinden sowie 13 Städte befragt worden sind. Demnach befürworten 92% die Verlängerung der Schwellenwerte-VO. Laut der Befragung können die Kommunen flexibler (89%) und schneller (87%) auf die Marktlage reagieren. 82% sprechen davon, dass intern deutlich weniger Kosten bei der Auftragsvergabe anfallen. Zudem berichten insgesamt 72% der befragten Kommunen, dass vor allem Kleinst- und Kleinbetriebe von 1 bis 9 bzw. 10 bis 49 Mitarbeitern von der Anhebung der Schwellenwerte profitieren.

Die Studie "Potentielle Auswirkungen der Auftragsvergabe an regionale KMU" der KMU-Forschung Austria, in Auftrag gegeben von der Wirtschaftskammer Steiermark, veranschaulicht die volkswirtschaftlichen Auswirkungen einer Million zusätzlichen Auftragsvolumens der öffentlichen Hand in der jeweiligen Region:

- die Schaffung von rund 10 Arbeitsplätzen, davon etwa 1 Ausbildungsplatz (Lehrstelle);
- Kommunalabgaben in der Höhe von rund € 7,300,--
- eine Erhöhung der regionalen Kaufkraft um € 200.000,--
- weitere den Regionen indirekt (z.B. über den Finanzausgleich) zugutekommende Effekte: personenabhängige Steuern und Abgaben sowie Ertragssteuern, je nach Branche in der Höhe von zumindest € 100.00,-- bis € 300.000,-- pro Jahr.

Daneben entsteht durch die Regionalisierung der Auftragsvergabe ein gesamt- und regionalwirtschaftlicher Nutzen, der sich in kürzeren Fahrtzeiten von und zum Erfüllungsort und den daraus resultierenden positiven Umweltaspekten und Auswirkungen auf die Energiebilanz zeigt.

Mit der Verlängerung der Schwellenwerte-VO bis 31.12.2011 erfolgte ein erster Schritt in die richtige Richtung, da damit ein wichtiger Impuls für die heimische Wirtschaft gesetzt wurde. Mindestens so wichtig ist es aber, durch eine Fortführung dieses Weges zu garantieren, dass vor allem regionale Projekte öffentlicher Auftraggeber, die typischerweise für KMUs interessant sind, auch weiterhin rasch und unbürokratisch abgewickelt werden können.

Dadurch wird eine typische Win-win-Situation für die Auftraggeber- und die Auftragnehmerseite geschaffen, die einerseits ein gutes Beispiel für den von allen Seiten geforderten Bürokratieabbau ist und andererseits einen wesentlichen Beitrag zur Stärkung der regionalen Wirtschaft leistet. Denn gerade bei kleineren öffentlichen Projekten, wie beispielsweise der Errichtung oder Sanierung einer Schule, können so vermehrt kleinere und mittlere Betriebe aus der Region zum Zug kommen. Die Vergabe ist unkompliziert, erfolgt rasch und sichert darüber hinaus noch zusätzliche Arbeitsplätze in der Region.

In diesem Zusammenhang sei auch der im Juli 2010 von der Bundesregierung beschlossene Aktionsplan für nachhaltige öffentliche Beschaffung erwähnt, welcher nicht nur dem Umwelt- und Klimaschutz, sondern auch der Förderung von Innovationen im Beschaffungs- und Vergabebereich dient. Die Schwellenwerte-VO ist dabei eine richtige und nötige Verwaltungsvereinfachung, denn mit der Komplexität des Vergaberechts sind sowohl für die öffentlichen Auftraggeber, als auch für die Unternehmen enorme Kosten verbunden.

Einer Studie im Auftrag des deutschen Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie aus dem Jahr 2008 zufolge, erzeugt die Vergabe öffentlicher Aufträge in Deutschland jährliche Prozess- oder Vollziehungskosten in Höhe von € 19 Milliarden; davon geht knapp die Hälfte zu Lasten der öffentlichen Auftraggeber, also zu einem großen Teil zu Lasten der Kommunen. Die Studie sieht die größten Reformpotentiale des Vergabewesens in einer Verschlinkung und Vereinheitlichung der rechtlichen Grundlagen, in einem Überdenken der Notwendigkeit der Verfahrensanwendung, insbesondere bei geringen Auftragswerten und der elektronischen Optimierung von Verfahren etwa hinsichtlich von Bekanntmachungen und Übermittlungen sowie der Bearbeitung selbst. Die Ergebnisse dieser deutschen Studie lassen sich vollinhaltlich auf die österreichischen Beschaffungsmärkte übertragen.

Es steht für uns daher außer Diskussion, dass die bisher mit der Schwellenwerte-VO gemachten positiven Erfahrungen eine unbefristete Verlängerung dieser Verwaltungsvereinfachung und Investitionsbelebungsmaßnahme über das Jahr 2011 hinaus durchaus rechtfertigen würden.

Zur Frage des Bundeskanzleramtes „Stillhaltefrist - Zuschlagsentscheidung“:

Wenn ein Auftraggeber in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung eine längere als die gesetzlich vorgesehene Stillhaltefrist angibt, sollte dies zu einer entsprechenden Fristverlängerung für das Einbringen von Nachprüfungsanträgen für die Bieter führen.

§ 321 möge wie folgt ergänzt werden:

„Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind, so in der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung oder in sonstigen Festlegungen des Auftraggebers nicht längere Fristen genannt werden, bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Enthält die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung keine oder eine zu kurze Stillhaltefrist, so verlängern sich die Stillhaltefrist und die Frist zur Anfechtung auf 30 Tage.“

In diesem Zusammenhang wird gefordert, dass der Auftraggeber in der Frage der Fristen einerseits an eine (von ihm selbst fälschlicherweise angegebene) längere Frist gebunden sein soll, andererseits aber bei fehlender oder zu kurzer Angabe der Frist an längere Fristen gebunden sein soll. Durch eine derartige Regelung wird der Auftraggeber angehalten, die Fristen richtig zu setzen.

Wir regen darüber hinaus an, § 131 bzw. 132 dahingehend anzupassen, dass Zuschlagsentscheidungen, die die Gründe für die Ablehnung eines Angebotes, und/oder die Vergabesumme und/oder die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes nicht oder nicht vollständig bekannt geben, nicht den Beginn der Stillhaltefrist auslösen bzw. diese erst nach Bekanntgabe der vollständigen Information zu laufen beginnt.

Eine Entscheidung für einen Nachprüfungsantrag kann nur dann richtig getroffen werden, wenn

- ausreichende Zeit zur Prüfung vorhanden ist und
- die erforderlichen Informationen nach §§ 131 ff BVergG vorliegen.

2. Zu den einzelnen Bestimmungen:

Zu § 14 Abs 2:

Die nunmehrige Klarstellung, dass die Werte für Dienstleistungen (also auch Planungsdienstleistungen) zum geschätzten Auftragswert für Bauleistungen nicht mehr hinzuzurechnen sind, wird begrüßt.

Zu § 24:

Vor dem Hintergrund zunehmend volatiler Rohstoffmärkte hat in der jüngeren Vergangenheit die Bestimmung des § 24 Abs 7, die die Frage der Ausschreibung zu Festpreisen oder veränderlichen Preisen regelt, an Bedeutung gewonnen. Nach Ansicht der Wirtschaftskammer 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 12 auf maximal 6 Monate vorgeschlagen und der Entfall des Wortes „grundsätzlich“ gefordert, so dass die gesetzliche Obergrenze für die Geltung fester Preise ausnahmslos verbindlich einzuhalten ist.

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 BMWFJ“ vom 14. August 2008 vor. Demnach sind Kostenanteile preisbestimmend, wenn sie mehr als 1 % der Auftragssumme ausmachen.

Zu den §§ 37, 38 Abs 2, 41:

Bis zum vorliegenden Entwurf dieser Novelle hat das BVergG im Hinblick auf die Subschwellenwerte für vereinfachte Verfahren im Unterschwellenbereich massive Unterschiede zwischen Liefer- und Dienstleistungen auf der einen und Bauleistungen auf der anderen Seite gekannt. Diese Unterschiede für das nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung und das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung wurden auch durch die SchwellenwerteVO 2009 beibehalten.

Die unterschiedliche Höhe dieser Subschwellenwerte im Baubereich korrespondiert mit den Vorgaben des europäischen Gesetzgebers, der für die Abgrenzung des Oberschwellenbereichs vom Unterschwellenbereich für Bauleistungen einen deutlich höheren Wert (dzt. € 4.845.000,-) vorsieht als für Liefer- und Dienstleistungen (dzt. € 193.000,-).

Diese unterschiedliche Behandlung von Bauleistungen ist sinnvoll, notwendig und sachlich gerechtfertigt. So führen die Erläuterungen zum vorliegenden Begutachtungsentwurf selbst explizit aus, dass die Transaktionskosten bei der Vergabe von Bauaufträgen sowohl für Auftraggeber als auch für Auftragnehmer deutlich über den Transaktionskosten für Liefer- und Dienstleistungsaufträge liegen. Laut den in den Erläuterungen genannten Zahlen *„liegen die Gesamtkosten für Bauaufträge etwa 70% über den durchschnittlichen Gesamtkosten von Verfahren“* und in den Erläuterungen weiter: *„Baufträge sind besonders teuer für die Auftraggeberseite (ca. 50% höhere Kosten als die durchschnittlichen Kosten eines Verfahrens), sind aber auch für die Unternehmerseite teurer“*.

Angesichts dieser Kostensituation ist eine Abwägung der Transaktionskosten gegen befürchtete Probleme mit Transparenzvorgaben dringend geboten. Es ist insofern gerade für Bauaufträge der Kosten-Nutzen-Effekt, der mit den vereinfachten Verfahren einhergeht, zu berücksichtigen und in diesem Zusammenhang - eben aufgrund der durchwegs höheren Vergabesummen - unbedingt notwendig, die Subschwellenwerte für das Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung, insbesondere aber für das nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung gegenüber den im Entwurf genannten Subschwellenwerten deutlich zu erhöhen.

Gerade mit sachlich gerechtfertigten - gegenüber dem vorliegenden Entwurf deutlich höheren - Subschwellenwerten für den Baubereich würde es gelingen, die Transaktionskosten für Aufträge im Unterschwellenbereich in einem für Auftraggeber und Bieter erträglichen Ausmaß zu halten. Keinesfalls gerechtfertigt ist es, bei den genannten Subschwellenwerten die bisherige Unterscheidung zwischen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen auf der einen und Bauaufträgen auf der

anderen Seite plötzlich und ohne sachlichen Grund aufzuheben. In weiterer Folge würde ein solches Vorgehen diese Unterscheidung im BVergG grundsätzlich in Frage stellen.

Selbst wenn man das von uns ins Treffen geführte Argument der Transaktionskosten in Verken-
nung der wirtschaftlichen Bedeutung des öffentlichen Vergabewesens ignoriert, kommt man
doch an folgendem Argument für höhere Schwellenwerte nicht vorbei:

Der europäische Gesetzgeber macht im Hinblick auf seine Schwellenwerte keinen Unterschied
zwischen der Vergabe von Bauaufträgen durch klassische öffentliche Aufträge und der Vergabe
von Bauaufträgen durch Sektorenauftraggeber. Das BVergG macht diesen Unterschied sehr wohl.
Auch im vorliegenden Entwurf liegen so die Schwellenwerte für die Direktvergabe (im Sektoren-
bereich € 100.000,-) und die neue Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung
(im Sektorenbereich € 150.000,-) deutlich über den entsprechenden Werten für klassische öf-
fentliche Auftraggeber. Es wäre hier schwer einzusehen, wenn der durch die SchwellenwerteVO
erhöhte Schwellenwert für die Direktvergabe mit dem Argument fehlender Transparenz im
klassischen Bereich auf € 40.000,- abgesenkt, im Sektorenbereich aber auf € 100.000,- belassen
werden soll. Mit anderen Worten: Wenn europarechtlichen Mindestanforderungen mit einem
Schwellenwert von € 100.000,- im Sektorenbereich entsprochen wird, dann muss dies im klas-
sischen Bereich ebenso der Fall sein.

Darüber hinaus sind wir aufgrund der Rückmeldungen unserer Mitglieder der Meinung, dass das
öffentliche Vergabewesen - vor allem im Bereich der Schwellenwerte - Kontinuität benötigt.
Die sich ständig ändernden Schwellenwerte sind mittlerweile sogar für Vergaberechtsexper-
ten, umso mehr für die praktischen Anwender, unüberschaubar und verwirrend und führen so nur
zu Rechtsunsicherheit und Fehlern im Vergabeverfahren.

**Die WKÖ spricht sich zusammenfassend für eine Beibehaltung der durch die
SchwellenwerteVO 2009 eingeführten Schwellenwerte für die Direktvergabe und das
Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung und für einen sachlich gerechtfertigten und
deutlich über dem im Entwurf vorgesehenen Wert liegenden Schwellenwert für das nicht
offene Verfahren ohne Bekanntmachung aus.**

Zu § 38 Abs 2 Z 1:

Die Absenkung des Schwellenwertes für Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntma-
chung von € 100.000 auf € 60 000 wird von der österreichischen Wirtschaft abgelehnt, weil sie
für uns nicht nachvollziehbar ist.

Als Begründung für diese Absenkung heißt es in den Erläuterungen:

*"Das völlige Fehlen einer Ausschreibung steht daher mit den Grundsätzen des Unionsrechts
nicht im Einklang (vgl. dazu etwa das Urteil in der Rs C-324198, Telaustria oder das Urteil in
der Rs C-458(03), Parking Brixen). Diese Verpflichtung zur ex ante Transparenz, dh zur vorher-
igen Ausschreibung einer geplanten Auftragsvergabe besteht nach der Judikatur des EuGH
auch für wertmäßig kleine Aufträge (vgl. dazu das Urteil in der Rs C-220106, AP, vom
18.12.2007), wobei jedoch stets eine Einzelfallbeurteilung hinsichtlich des potentiellen
grenzüberschreitenden Interesses zu erfolgen hat (so EuGH Rs C-507103, Kommission/ Irland,
verb Rs C-147106 und C-148106, SECAP): Für Aufträge bis 100.000 Euro wird mit der Möglichkeit
der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung dieser Judikatur Rechnung
getragen. Im Lichte dieser Judikatur müssen die Schwellenwerte für das nicht offene Verfahren
ohne vorherige Bekanntmachung sowie das Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntma-
chung gesenkt werden.*

Der Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH liefert aus Sicht der Wirtschaftskammer keine ausreichende Begründung für die geplante Absenkung der Schwellenwerte. Denn zum einen kann man weder im Falle des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, noch im Falle des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung von einem völligen Fehlen einer Ausschreibung sprechen, da es auch bei diesen Verfahrensarten sehr wohl zu einer Ausschreibung an einen - lediglich zahlenmäßig beschränkten - Unternehmerkreis kommt. Würde man daher die laut angeführter EuGH- Judikatur bestehende Verpflichtung zur ex-ante Transparenz tatsächlich so ernst nehmen, dann müsste man sämtliche Verfahrensarten ohne vorherige Bekanntmachung gänzlich abschaffen. Da es das aber auch aus Sicht des Gesetzgebers nicht sein kann, ist die nunmehr festgesetzte € 60.000 Wertgrenze wiederum nur als eine vollkommen willkürlich festgesetzte Grenze zu sehen.

Zum anderen liegen die angeführten EuGH-Entscheidungen schon Jahre zurück, wobei die älteste Entscheidung (Urteil in der Rs C- 324/98, Telaustria) mit 07.12.2000 und die jüngste Entscheidung (Rs C-147/06 und C-148/06, SECAP) mit 15.05.2008 datiert sind. Es ist daher aus unserer Sicht nicht nachvollziehbar, weshalb man gerade im Zuge dieser Novelle länger zurückliegende EuGH-Entscheidungen als Begründung für die beabsichtigte radikale Senkung der Schwellenwerte sowie für eine Forderung der ex-ante Transparenz heranzieht.

Davon abgesehen ist es aber allein aus Gründen der Rechtssicherheit aus Sicht der Wirtschaftskammer nicht argumentierbar, dass sich nahezu jedes Jahr die Wertgrenzen für die verschiedenen Verfahrensarten ändern. Diese Problematik der sich ständig ändernden Wertgrenzen für die verschiedenen Verfahrensarten soll anhand folgender Aufstellung dargestellt werden:

Jahr 2006	2009	2011
Direktvergabe:		
€ 40.000,--	€ 100.000,--	€ 40.000,--
Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung:		
		€ 100.000,--
Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (Baufträge):		
€ 80.000,--	€ 100.000,--	€ 60.000,--
Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (Liefer- und DL-Aufträge):		
€ 60.000,--	€ 100.000,--	€ 60.000,--
Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung (Baufträge):		
€ 120.000,--	€ 1 Mio	€ 60.000,--
Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung (Liefer- und DL-Aufträge):		
€ 80.000,--	€ 100.000,--	€ 60.000,--

Zu § 38 Abs 1:

Im Gegensatz zu Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung sieht der Entwurf eine Anhebung des Subschwelenwerts für das Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung für den Baubereich von dzt. € 1.000.000,- auf nun € 4.845.000,- vor. Und das obwohl der entsprechende Subschwelenwert erst mit der letzten Novelle zum BVergG von damals € 350.000,- massiv auf die dzt. €

1.000.000,- erhöht wurde. Hier wird plötzlich sehr wohl zwischen Bauaufträgen auf der einen und Liefer- und Dienstleistungsaufträgen auf der anderen Seite unterschieden (dort liegt und bleibt der Wert bei € 193.000,-).

Die Erläuterungen zum Entwurf dazu: „*Verhandlungsverfahren weisen grundsätzlich ähnliche Gesamtkosten auf wie offene Verfahren, jedoch sind die Kosten für die Unternehmer 30% höher als beim offenen Verfahren (daraus folgt, dass die Kosten für die Auftraggeberseite entsprechend niedriger ausfallen.)*“. Wie die Rückmeldungen aus unserem Mitgliederkreis ergaben, handelt es sich immer wieder um Projekte, die aufgrund mangelnder Planungsqualität in den Verhandlungen mit den Bietern „fertig entwickelt“ werden. Noch gravierender ist jedoch, dass es sich in vielen Fällen um reine Preisverhandlungen handelt, die - obwohl ausdrücklich vergabe-rechtswidrig - unter dem Verhandlungsdruck von den Bietern akzeptiert werden müssen. Es kann wohl nicht im öffentlichen Interesse liegen, dass im ursprünglichen Angebot angemessen kalkulierte Preise durch "erzwungene Nachlässe" zu Unterpreisen werden, die betriebswirtschaftlich weder erklär- noch nachvollziehbar sind.

Die WKÖ erachtet den geltenden Subschwellenwert für das Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung im Baubereich für ausreichend und sachlich gerechtfertigt und hält eine Ausdehnung auf den gesamten Unterschwellenbereich für nicht sinnvoll.

Zu § 41a:

Falls man unserer Forderung zur Beibehaltung des Subschwellenwertes für die Direktvergabe nicht folgen sollte (womit das neu vorgesehene Verfahren nach § 41a erst relevant würde), würden wir die Einführung einer Nachfolgeregelung der Direktvergabe grundsätzlich begrüßen. In der derzeit vorgesehenen Form ist dieses Verfahren unserer Ansicht nach allerdings zu komplex ausgestaltet. Die Verpflichtung zu ex-ante Transparenz sollte entfallen, da sie einen erheblichen Aufwand auf Seiten der Auftraggeber (entgegen den Intentionen der Verwaltungskostenreduktion) sowie der Bieter darstellt. Publikationsverpflichtungen - und hier können wir uns bestenfalls eine ex-post Publikationsverpflichtung vorstellen - sollten unbürokratisch und kostenfrei vorzugsweise auf der Homepage des Auftraggebers erfolgen.

In Sinne eines BVergG, das nur so komplex sein soll wie unbedingt notwendig, ist die Beibehaltung der bisherigen Direktvergabe mit einem Subschwellenwert von € 100.000,- aber jedenfalls vorzuziehen.

Zu § 67 erster Satz:

Die vorgesehene Neuregelung, wonach bei Standardleistungen die Möglichkeit zur Verkürzung der Angebots- und Teilnahmefristen bestehen soll, wird von uns kritisch beurteilt. Dies deshalb, da zu kurze Angebotsfristen negativen Einfluss auf die Qualität der Angebote haben.

Zu § 70 Abs 3:

Die neu vorgesehene weitere Vereinfachung beim Nachweis der Eignung für den Unterschwellenbereich, wonach der Auftraggeber beim Vorliegen einer Eigenerklärung unabhängig vom Wert des Auftrages grundsätzlich nicht verpflichtet ist, vom Zuschlagsempfänger weitere Eignungsnachweise zu verlangen, wird begrüßt, da es sich hier um einen Beitrag zur Senkung der Verwaltungskosten handelt.

Zu § 81:

Die Wirtschaftskammer fordert bereits seit mehreren BVergG-Novellen, dass Alternativangebote im § 81 Abs 1 BVergG grundsätzlich zulässig sein sollen. Leider wird dieser Forderung auch im vorliegenden Entwurf wieder nicht entsprochen. Im Sinne des Wunsches vieler Wirtschaftstreiber sollte man den dritten Satz „*Falls der Auftraggeber keine Angaben über die Zulässigkeit*

von Alternativangeboten gemacht hat, so sind Alternativangebote nicht zugelassen.“ dadurch abändern, dass das Wort „nicht“ entfällt.

Flankierend sollte es im § 106 heißen: „Beim Verhandlungsverfahren sind Alternativangebote jedenfalls zulässig.“

Zu den §§ 125 und 126:

Wir halten die vorgeschlagenen Änderungen (insbesondere auch in Verbindung mit der Änderung in § 70) für bedenklich und dem Grundsatz der Transparenz widersprechend und lehnen die geplante Änderung daher ab. Der Auftraggeber muss wie bisher möglichst weitgehend verpflichtet sein, die Preisangemessenheit der Preise zu prüfen und den Bietern zur Aufklärung eine verbindliche Gelegenheit zu geben.

Mit der vorgesehenen Änderung würde es dem Auftraggeber im Unterschwellenbereich freistehen, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen und damit der Preisspekulation im Unterschwellenbereich Tür und Tor öffnen. Diese Bestimmungen sind aus unserer Sicht äußerst bedenklich und mit den fundamentalen Prinzipien des Vergaberechts (Transparenz, Gleichbehandlung) nicht in Einklang zu bringen.

Weiters würden bei einer Umsetzung dieser geplanten Änderungen die Bieter veranlasst, die Vergabekontrollbehörden nach der Zuschlagsentscheidung vermehrt in Anspruch zu nehmen, um eine etwaige Mangelhaftigkeit des Angebots des präsumtiven Bestbieters klären zu lassen. Die Folgen sind Verzögerungen und zusätzlichen Kosten im Vergabeverfahren. Da gerade Fragen der Preisangemessenheitsprüfung in Vergabekontrollverfahren eine herausragende Rolle spielen, ist es unserer Ansicht nach nicht zweckmäßig, die Aufklärung durch die Bieter im gesamten Unterschwellenbereich bei Bauaufträgen (immerhin bis € 4.845.000,-) in das Ermessen des Auftraggebers zu stellen.

Zu § 131 Abs 2 Z 2:

Diese Neuregelung, wonach bei den Verfahren ohne Bekanntmachung bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 60.000 die Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung abgeschafft wird, wird von uns abgelehnt, da dadurch die an anderer Stelle so vehement geforderte Transparenz der vom Auftraggeber getroffenen Zuschlagsentscheidung nicht mehr in der notwendigen Form gegeben ist.

In den Erläuterungen heißt es dazu:

„Mit der Neuregelung des § 131 Abs 2 Z 2 ist die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 37 und im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 38 Abs 2 Z 1 nur mehr fakultativ. Es liegt daher im Ermessen des Auftraggebers, ob er den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitteilt, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Entscheidet sich der Auftraggeber für die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung (etwa weil er an der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidung zweifelt und vor Zuschlagserteilung Rechtssicherheit erlangen möchte), so kann die Zuschlagsentscheidung wie bisher mittels Nachprüfungsantrag angefochten werden. Erfolgt keine Mitteilung der Zuschlagsentscheidung (etwa weil der Auftraggeber ein Interesse an einem möglichst raschem Vertragsabschluss hat), so kann die Zuschlagserteilung mittels Feststellungsantrag bekämpft werden. Mit dieser Neuregelung soll dem Bestreben nach einer Entbürokratisierung bei der Vergabe kleiner Aufträge Rechnung getragen werden.“

Dazu ist aus unserer Sicht festzustellen, dass es etwas bedenklich scheint, wenn es in den Erläuterungen zu einem Bundesgesetz wörtlich heißt: "Entscheidet sich der Auftraggeber für die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung (etwa weil er an der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsent-

scheidung zweifelt...)" Soll hier etwa einem Auftraggeber unterstellt werden, dass er selbst an der Rechtmäßigkeit seiner Zuschlagsentscheidung Zweifel hat bzw. gibt es auf der anderen Seite überhaupt einen Auftraggeber, der kein Interesse an einem möglichst raschen Vertragsabschluss hat?

Daraus folgt, dass die überwiegende Zahl an Auftraggebern künftig auf die bisher vorgesehene Mitteilung der Zuschlagsentscheidung verzichten wird, was für die nicht zum Zug gekommenen Bieter die Frage aufwirft, wie und wann sie davon Kenntnis erlangen können, dass der Auftrag zwischenzeitlich bereits vergeben worden ist.

Die Abschaffung der Verpflichtung, die Zuschlagsentscheidung bei den Verfahren ohne Bekanntmachung bis € 60.000,- mitzuteilen, lehnen wir ab, da dadurch unserer Ansicht nach insbesondere das Transparenzgebot verletzt wird. Das entstehende Rechtsschutzdefizit für die Bieter ist beträchtlich und steht unserer Meinung nach in keinem Verhältnis zu den angestrebten Vorteilen einer Entbürokratisierung. Zudem entsteht auch den Auftraggebern aus dieser Regelung massive Rechtsunsicherheit, sodass auf diese Änderung verzichtet werden sollte.

Dass auch hier - wie bei den sich ständig ändernden Wertgrenzen - der rote Faden fehlt, zeigt der Vergleich mit der neu geschaffenen Regelung im § 41a Abs 5:

Abs 5 enthält nämlich zumindest eine Verpflichtung für den Auftraggeber, einen im Wege der Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung vergebenen Auftrag binnen 20 Tagen bekannt zu machen.

Zu § 337 Abs 1:

Das Gesetz möge festlegen, dass entsprechende Haftungseinschränkungen in Ausschreibungsunterlagen nichtig sind. Andernfalls besteht weiterhin Unklarheit, ob eine entsprechende, wenngleich dem Bundesvergabegesetz widersprechende Bestimmung in Ausschreibungsunterlagen bei Nichtanfechtung bestandsfest wird. Es ist weder im Sinne der Bieter, noch im Sinne der Auftraggeber, ob dieser Frage Vergabekontrollbehörden zu befassen.

Weiters wird angeregt, den „qualifizierten Verstoß“ im Bundesvergabegesetz zu definieren, anstatt auf EuGH-Judikatur zu verweisen. Textvorschlag: *„Ein qualifizierter Verstoß i.S.v § 337 BVergG liegt insbesondere vor, wenn ein Zusammenhang zwischen der verletzten Norm und dem eingetretenen Schaden glaubhaft dargelegt werden kann.“* Eine derartige Regelung entspricht den Grundsätzen des österreichischen Schadenersatzrechtes und schafft Rechtssicherheit.

Nunmehr soll es im § 337 Abs 1 heißen: *„Bei hinreichend qualifiziertem Verstoß ... Anspruch auf Schadenersatz“*. Heißt das: Wenn zwar objektiv ein Verstoß vorliegt, dieser auch qualifiziert ist, nur nicht „hinreichend“, also beispielsweise das Ausmaß der krass groben Fahrlässigkeit nicht erreicht ist, soll in Zukunft auch kein Schadenersatz gebühren?

Die Wirtschaftskammer regt daher an, diese Bestimmung nochmals zu überdenken.

4. Über den Begutachtungstext hinausgehende Forderungen der österreichischen Wirtschaft

Abseits der im Begutachtungsentwurf konkret angesprochenen Punkte dürfen wir an weitere Forderungen unsererseits zum BVergG erinnern, die nach Ansicht der WKÖ für eine faire und effiziente Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber unbedingt notwendig sind:

Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen:

Aus unserer Sicht ist es für alle an einem Vergabeverfahren Beteiligten von größtem Vorteil, eine Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen im BVergG zur Nachprüfung von Ausschreibungsunterlagen zu verankern.

Das Bundesvergabegesetz sieht die Verwendung von Ausschreibungsunterlagen vor, welche die gewünschte Leistung eindeutig, vollständig und kalkulierbar beschreiben und dadurch 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 aus folgenden Gründen kaum genutzt:

- Der Unternehmer weiß vor Angebotseröffnung noch nicht, ob er überhaupt eine Chance auf den Auftrag hat oder ob er mit seinem Prüfungsantrag nicht einem Konkurrenten „in die Hände spielt“.
- Der Unternehmer muss 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 „bestandsfest“, d.h. unanfechtbarer Bestandteil des Auftrages, werden. Es finden in vielen Fällen unklare bzw. unausgewogene Ausschreibungsbedingungen Verwendung, die in der Zuschlags- und/oder Ausführungsphase zu Streitigkeiten führen und damit das Vergabeverfahren bzw. die Vertragserfüllung verzögern und für alle Beteiligten verteuern.

Um dies zu verhindern, sollte die Antragslegitimation zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Ausschreibungsunterlagen unserer Ansicht nach künftig nicht nur für Unternehmungen, sondern auch für gesetzliche Interessenvertretungen möglich sein. In der Phase **vor Öffnung der Angebote** kann eine gesetzliche Interessenvertretung vergaberechtswidrige Ausschreibungsunterlagen von der Vergabekontrollbehörde prüfen lassen ohne in den Wettbewerb einzugreifen. Mit einem Minimum an zeitlichem und finanziellem Aufwand könnten so die gesetzlich geforderten fairen und vergaberechtskonformen Ausschreibungsunterlagen sichergestellt, unnötige Verzögerungen und zusätzliche Kosten für den Auftraggeber (und damit letztlich den Steuerzahler) sowie die an einem Vergabeverfahren beteiligten Bieter vermieden werden.

Eine derartige Antragslegitimation hat primär präventiven Charakter und trägt alleine durch ihre Existenz zur Hebung der Ausschreibungsqualität bei. Im Anlassfall können damit rechtswidrige Ausschreibungsbedingungen vor Ablauf der Angebotsfrist, d.h. in der Frühphase des Vergabeverfahrens geprüft und verbessert werden. Kostspielige und zeitaufwändige Streitigkeiten bzw. Verfahrensverzögerungen während der Zuschlags- oder Ausführungsphase werden dadurch minimiert und der Abschluss vergaberechtswidriger Verträge verhindert.

Die WKÖ fordert daher nochmals eindringlich eine - insbesondere für den Baubereich dringend notwendige - gesetzliche Verankerung einer Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Ausschreibungsunterlagen vor Angebotsöffnung.

Übernahme von vertragsrechtlichen Vorgaben auch für Sektorenauftraggeber:


Da es für die Ausführung eines Bauvertrags in der Regel unerheblich ist, ob der Auftraggeber vom 2. oder 3. Teil des BVergG erfasst war, und in sämtlichen Vertragsbeziehungen, die sich aus dem BVergG ergeben, faire und kalkulierbare Vertragsbestimmungen wünschenswert sind, erachten wir es für wichtig und wünschenswert, gewisse vergaberechtliche Vorgaben an den klassischen öffentlichen Auftraggeber auch zu Vorgaben für den Sektorenauftraggeber zu machen.

Dies gilt insbesondere für eine Übernahme der in den §§ 97 Abs 2 und 99 Abs 2 verankerten so genannten Normenbindung und weiters für die im Sektorenbereich korrespondierenden Bestimmungen zu dem eben ausgeführten § 24 Abs 7 (veränderliche Preise) sowie zu § 85 (Sicherstellungsmittel).

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Christoph Leitl
Präsident



Mag. Anna Maria Hochhauser
Generalsekretärin