

Bundeskanzleramt Österreich  
Ballhausplatz 2  
1010 Wien  
z. H. Mag. Salvina Kalanj

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](mailto:rp@wko.at)  
W <http://wko.at>

Email: [v8a@bka.gv.at](mailto:v8a@bka.gv.at)

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
	Rp 1435/17/Mi/KK	4239	30.3.2017
	Dr. Annemarie Mille		

**Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017) - Stellungnahme**

Sehr geehrte Frau Mag. Kalanj!

Die WKÖ dankt dem BKA für die Gelegenheit zur Stellungnahme und ersucht um Berücksichtigung folgender Punkte:

#### **Zu Artikel 1: Vergaberechtsreformgesetz**

##### **Im Allgemeinen**

##### **Beibehaltung der erhöhten Schwellenwerte: Verlängerung der Schwellenwerteverordnung**

Die Erfahrungen der Wirtschaft in den letzten Jahren mit den erhöhten Schwellenwerten sind durchwegs positiv. Die verstärkte Nachfrage nach Leistungen regionaler Betriebe bringt eine Fülle von vorteilhaften Effekten: Sie fördert die Stabilisierung der regionalen Konjunktur, begünstigt Investitionen in die betriebliche Infrastruktur, wirkt sich positiv auf die Zahl der Arbeits- und Ausbildungsplätze aus, erhöht damit die Kaufkraft und generiert wiederum höhere Steuern und Abgaben. Die erhöhten Schwellenwerte sind eine bedeutende Maßnahme und ein wichtiges Signal zur Stärkung der regionalen Wirtschaft und daher wirtschaftspolitisch insbesondere für KMU von enormer Bedeutung.

Die WKÖ spricht sich daher für eine Verlängerung der SchwellenwerteVO zeitgleich mit Inkrafttreten des neuen BVergG 2017 aus.

##### **Geistige Dienstleistungen**

Unsere Mitgliedsbetriebe erbringen Ingenieurleistungen, kreative Dienstleistungen bzw. geistige Dienstleistungen. Faire und sachgerechte Regelungen im öffentlichen Auftragswesen sowie die Berücksichtigung der Besonderheiten von geistigen Dienstleistungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind für diese Branchen von existentieller Bedeutung.

Mit Befremden haben wir daher zu Kenntnis nehmen müssen, dass im Begutachtungsentwurf zum BVergG 2017 zwar die Definition der geistigen Dienstleistung in § 2 Z 17 unverändert beibehalten wird, dieser Begriff im restlichen Gesetzestext mit Ausnahme des § 44 Abs 3 aber an keiner Stelle des neuen Gesetzes mehr erwähnt wird.

Der Definition „geistige Dienstleistungen“ steht im Entwurf zum BVergG 2017 daher keine einzige Gesetzesbestimmung mehr gegenüber, die darauf Bezug nimmt und die Besonderheiten von geistigen Dienstleistungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Rechnung tragen könnte.

Auch bei der Regelung des Verhandlungsverfahrens ist im vorliegenden Entwurf nicht mehr auf geistige Dienstleistungen Bezug genommen. Obwohl es unbestritten ist, dass geistige Dienstleistungen idR im Verhandlungsverfahren zu vergeben sind, lässt sich dieser Umstand nach der neuen Regelung maximal aus der Zusammenschau und Interpretation der Gesamtregelung erschließen. Zu befürchten ist daher, dass für die Vergabe geistiger Dienstleistungen in Zukunft in unsachlicher Weise andere Verfahrensarten gewählt werden können.

Wir ersuchen daher um diesbezügliche Klarstellung und um ausdrückliche Anführung der geistigen Dienstleistungen als Anwendungsfall für ein Verhandlungsverfahren im Gesetzestext.

Wir sprechen uns vehement für eine Beibehaltung der bisherigen Regelungen des BVergG 2006 zu geistigen Dienstleistungen aus und bringen im folgenden Teil konkrete Formulierungsvorschläge zu den einzelnen Bestimmungen.

#### **Keine Berücksichtigung der speziellen Arbeitskultur der Kreativbranche**

Zu bemerken ist, dass im gegenständlichem Gesetzesentwurf die spezielle Arbeitskultur der Kreativbranche nicht berücksichtigt wird. Das betrifft insbesondere die interessenpolitische Forderung, verstärkt die Beteiligung von KMU und EPU an öffentlichen Ausschreibungen zu ermöglichen (siehe dazu auch die Reformvorschläge von BBG und dem Fachverband Werbung und Marktkommunikation in der Anlage). In diesem Sinne sollten für öffentliche Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte unbürokratische und für die Praxis der Kommunikationsbranche geeignete Lösungen nach folgenden Grundsätzen im Gesetz verankert werden:

- Formale Vergabe-Richtlinien lockern
- Faire Teilnahmebedingungen schaffen
- Qualitative Ausschreibungsstandards setzen.

#### **Qualitativ hochwertige Auftragsvergabe („Bestbieterprinzip“)**

Die Vergabepaxis in Österreich, und eine von unseren Industriefachverbänden FEEI und FMTI beim WIFO in Auftrag gegebene Studie<sup>1</sup> zeigen, dass bei Anwendung des Bestbieterprinzips die Gewichtung preisfremder Kriterien dermaßen gering ist, dass meist der Auftragnehmer mit dem niedrigsten Preis den Auftrag für sich entscheiden konnte. Hierbei handelt es sich um versteckte Billigstbietervergaben, denen jedenfalls entgegengewirkt werden muss.

Es ist zwar positiv zu sehen, dass das Bestbieterprinzip im gegenständlichen Entwurf gefördert werden soll - es hilft jedoch nichts, wenn Auftraggeber über Graubereiche auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis zugreifen können.

Angesichts dieser Problematik fordern wir bei Bestbieterverfahren eine ausgewogene Gewichtung von Preis und Qualitätskriterien. Um diese Forderung noch mehr zu spezifizieren, empfehlen wir

---

<sup>1</sup> Siehe <https://www.feei.at/recht/vergaberecht/vergaberecht-wifo-studie-im-auftrag-des-feei>

eine gesetzliche Verankerung der Verwendung von mindestens zwei preisfremden Kriterien sowie eine gesetzliche Verankerung einer Mindestgewichtung von preisfremden Kriterien in einem Bereich zwischen 60 und 80 %.

Des Weiteren empfehlen wir, dass die ausschreibenden Stellen dazu verpflichtet werden, sich entsprechender Kriterienkataloge zu bedienen.

#### **Zu den einzelnen Bestimmungen:**

##### **Zu § 2 Z 22 lit d sublit aa): Zuschlagskriterien**

Durch die Stärkung des Bestbieterprinzips wird sichergestellt, dass kleine und mittlere Betriebe, die eine qualitativ hochwertige Leistung erbringen, bei den Vergabeverfahren zum Zug kommen können. Die Anwendung von zumindest zwei preisfremden Kriterien wird seitens der Wirtschaft insofern befürwortet, als die Anwendung solcher Kriterien inhaltlich sinnvoll ist (zB geistige Leistungen), was aber bei standardisierten Produkten wie zB genormten Bauprodukten nicht immer der Fall sein wird.

Weiters treten wir dafür ein, dass auch die Verwendung von Recycling - Baustoffen, die nach der Recycling - Baustoffverordnung hergestellt wurden, als beispielhaftes Zuschlagskriterium angeführt wird. Die Herstellung und die Verwendung von Recycling - Baustoffen werden in der Recycling - Baustoffverordnung klar definiert. Die tatsächliche Verwendung von Recycling - Baustoffen bei Bauvorhaben trägt dazu bei, die Anhäufung von Abfällen zu verhindern. Weiters wird durch die Verwendung von Recycling - Baustoffen dazu beigetragen, dass Primärrohstoffe nicht abgebaut werden müssen.

##### § 2 Z 22 lit d könnte wie folgt lauten:

„aa) sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes neben den niedrigsten Kosten noch zumindest zwei weitere Kriterien, die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegt werden; die Kriterien dürfen nicht diskriminierend sein und müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen; die Zuschlagskriterien...

... nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Beispielsweise kann die Verwendung von Recycling-Baustoffen bei Bauvorhaben ein Zuschlagskriterium im Sinne des § 2 Ziffer 23 lit d sublit aa) sein.“

##### **Zu § 2 Z 34: Subunternehmerdefinition**

Die WKÖ begrüßt den Entfall des Wortes „handelsüblich“. Diese Regelung wird zukünftig die Unterscheidung zwischen Subunternehmer und Lieferant erleichtern. In den Erläuterungen zur Definition eines Subunternehmers sollte folgende Klarstellung erfolgen, um lange Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden.

„Allgemein bietet das Zivilrecht für menschliche Erwerbstätigkeit drei Vertragstypen: den (durch persönliche Leistungspflicht, Arbeitszeit- und Weisungsbindung gekennzeichneten arbeitsrechtlichen) Dienst- oder Arbeitsvertrag, den freien Dienstvertrag sowie den Werkvertrag. Ein geschäftsführender Gesellschafter eines Unternehmens, welcher für sein Unternehmen tätig ist (kein Vorliegen eines Dienst- oder Arbeitsvertrages), ist nicht als Subunternehmer im Sinne des BVergG zu qualifizieren und muss daher keine Subunternehmererklärung abgeben.“

Es könnte weiters in den Erläuterungen klargestellt werden, dass zB vorgefertigte Wandsysteme in aller Regel ebenfalls als individuell erstellt für die jeweilige Baustelle zu betrachten sind: „Die Maßanfertigung von Fertig-, Wand-, Boden und Deckenelementen (zB inkl. Installationen, Verfließungen) ist jedenfalls eine Subunternehmerleistung“.

### **Zu § 5 Z 3: Definition „Bauftrag“**

Die bisherige, im BVergG 2006 gewählte Textierung sollte beibehalten werden, um Umgehungsmöglichkeiten durch den Wortlaut „... entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat“ zu vermeiden.

Zudem sollte der § 5 mit Leben erfüllt werden, indem der Sektor „Gemeinnütziger Wohnbau“ mit einbezogen wird.

### **Zu § 9 Z 16: ausgenommene Verfahren (Katastrophenschutz)**

Wir sprechen uns dafür aus, dass eine korrekte Umsetzung von Art. 10 lit. h der EU-Vergabe RL 2014/24/EU erfolgen muss. Im Erwägungsgrund 28 (Seite 69) wird klar ausgeführt: „die Ausnahme des Art. 10 lit. h. soll nicht über das notwendigste Maß hinaus ausgeweitet werden. Es sollte daher festgelegt werden, dass der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung nicht ausgenommen werden sollte“.

Art. 10 lit. h der EU-Vergabe RL 2014/24/EU differenziert klar, welche Bereiche ausgenommen werden sollen:

*„h) Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die folgenden CPV-Codes fallen: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3 mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung;*

Wir sprechen uns gegen jede Form eines Gold Platings aus, zumal zB. eine Einbeziehung in die Ausnahme von Krankenwagen direkt die wirtschaftlichen Interessen von Mitgliedern des Fachverbandes für das Personenbeförderungsgewerbe mit PKW berühren. Eine Differenzierung zwischen „Katastrophenschutz, Zivilschutz und Gefahrenabwehr“ und einer „reinen Patientenbeförderung mit Krankenwagen oder PKW“ (die ausgenommen bleibt) ist für uns unabdingbar.

### **Zu § 9 Z 18: ausgenommene Verfahren (nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse)**

Die Ausnahme in § 9 Abs 1 Z 18, wonach Dienstleistungsaufträge über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vom Anwendungsbereich des geplanten Bundesvergabegesetzes ausgenommen sind, worunter nach den Erläuterungen auch Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung wie beispielsweise Kur- und Rehabilitationsleistungen fallen, wird sehr begrüßt. Dadurch ist eine schnellere Abwicklung möglich, kann eine höhere Flexibilität erzielt werden und ist auch der finanzielle Aufwand geringer. Die EU-Vergaberichtlinie lässt diese dezidierte Festlegung in Erwägung 6 der Richtlinie ausdrücklich zu. Eine Einbeziehung der Gesundheitsleistungen der Sozialversicherung in das BVergG 2017 würde daher über die Richtlinie der EU hinausgehen und eine Umsetzung im Sinne eines *Gold Platings* bedeuten.

### **Zu § 16 Abs 4: Auftragswert bei Dienstleistungen (Zusammenrechnungspflicht)**

Im Entwurf zum BVergG 2017 ist vorgesehen, dass bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes von Dienstleistungsaufträgen alle zum Vorhaben gehörigen Leistungen zusammenzurechnen sind. Die bisherige Einschränkung der Zusammenrechnungspflicht auf Lose mit „gleichartigen Dienstleistungen“ entfällt (§ 16 Abs 4).

Von dieser Zusammenrechnungspflicht wären daher zukünftig bei einem Planungsauftrag nicht nur alle (Fach)Planungsleistungen umfasst, sondern auch alle begleitenden Dienstleistungen und Baubetreuungsleistungen wie Projektsteuerung und -management, ÖBA, BK, Vermessungsleistungen sowie Verfahrensorganisation und Beratungsleistungen. Diese

Berechnungsmethode würde in der Praxis wohl dazu führen, dass kaum mehr Aufträge im Unterschwellenbereich abgewickelt werden können, da auch bei kleinen Projekten sehr schnell der für Dienstleistungsaufträge niedrige Schwellenwert überschritten ist.

Dies bedeutet sowohl für die Auftraggeberseite als auch für Bieter einen deutlich erhöhten Aufwand aufgrund der Durchführung von Oberschwellenverfahren für Aufträge, deren tatsächlicher Wert deutlich im Unterschwellenbereich liegt. Darüber hinaus ist zu befürchten, dass durch den höheren geschätzten Auftragswert ohne sachlichen Hintergrund auch die Mindesteignung für die Teilnahme am Verfahren höher angesetzt wird.

Wir ersuchen daher dringend, von der beabsichtigten Änderung im BVergG 2017 abzusehen, für die Schätzung des Auftragswertes von Dienstleistungsaufträgen die Zusammenrechnungspflicht wie bisher auf gleichartige Lose zu beschränken und allfällige Klarstellungen in den Erläuterungen vorzunehmen.

#### **Zu § 16 Abs 6: Kleine Losregelung**

Für Dienstleistungsaufträge im Unterschwellenbereich, die aus mehreren Losen bestehen, ist die Wahl der Direktvergabe für Kleinlose auf 40 % des kumulierten Wertes aller Lose beschränkt. Für den Baubereich (§ 14 Abs 4) ist eine Beschränkung der Direktvergabe auf Teile des Gesamtwertes jedoch nicht vorgesehen. Unverständlich ist daher, warum für Dienstleistungsaufträge, die ohnehin bereits einem wesentlich niedrigeren Schwellenwert unterliegen als Bauaufträge, eine solche Beschränkung im BVergG normiert werden soll.

Wir regen daher an, diese unsachliche Differenzierung im BVergG zu beseitigen, die Losregelung für Dienstleistungsaufträge im Unterschwellenbereich der Regelung für Bauaufträge gleichzustellen und § 16 Abs 6 wie folgt zu adaptieren:

„(6) Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose die in § 12 Abs 1 Z 1 bis 3 genannten Schwellenwerte nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses.“

#### **Zu § 20 Abs 8: Teilnahme von KMU an der Vergabe**

Wir begrüßen § 20 Abs 8.

Diese Bestimmung könnte jedoch in ihrer Wirkung noch dahingehend verstärkt werden, dass zB im Unterschwellenbereich eine Ausschreibung in Einzelgewerken vorgeschrieben ist. Gerade bei Ausschreibungen in Einzelgewerken haben kleine und mittelgroße Unternehmen die Möglichkeit bei einer Vergabe nicht nur als Subunternehmer, sondern als Auftragnehmer mitzubieten. Jedenfalls sollte der Auftraggeber sachlich begründen müssen, warum er nicht in Einzelgewerken ausgeschrieben hat.

#### **Zu § 20 Abs 9: Umgehungsstrukturen und Einschränkung des Wettbewerbs**

Auch die im § 20 Abs 9 getroffene Textierung, zur Vermeidung von Umgehungsstrukturen und Einschränkungen des Wettbewerbs ist sehr zu begrüßen.

#### **Zu § 28 Abs 6: Gesamt- oder Losvergabe**

Das grundsätzliche Gebot, Aufträge, wenn möglich in Losen zu vergeben, sollte deutlicher herausgearbeitet werden.

#### **Zu § 29: Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren**

Das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren soll wie bisher der Ausnahmefall bleiben und kein gleichwertiges Verfahren werden. Wir sprechen uns daher für eine Beibehaltung der

ursprünglichen Ergänzung wie folgt aus: „Das Preisauflags- und Preisnachlassverfahren ist nur in zu begründenden Ausnahmefällen zulässig.“

### **Zu § 32: Wettbewerbe**

Wettbewerbe sind ein Verfahren zur Sicherstellung einer qualitätsorientierten Planung von Bauvorhaben mit besonderem öffentlichen Interesse.

### **Prüf- und Dokumentationspflicht für Wettbewerbe**

Die Bundesrepublik Deutschland hat in der neuen Regelung ihres Vergaberechts nun eine grundsätzliche Pflicht öffentlicher Auftraggeber vorgesehen, sich vor der Ausschreibung von Planungsleistungen mit der Frage zu befassen, ob die Durchführung eines Wettbewerbs möglich und sinnvoll ist.

Eine solche Verpflichtung schränkt öffentliche Auftraggeber in ihrer Freiheit bezüglich Verfahrenswahl in keiner Weise ein und ist dennoch geeignet, die Vorteile der Durchführung von Wettbewerben im Bewusstsein öffentlicher Auftraggeber besser zu verankern.

Wir schlagen daher vor, eine an der deutschen Rechtslage orientierte grundsätzliche Prüf- und Dokumentationspflicht auch für das BVergG 2017 in Österreich vorzusehen und § 32 Abs 1 folgendermaßen zu ergänzen:

„(1) [...] Auftraggeber prüfen bei Ausschreibungen von Planungsleistungen im Hoch- und Städtebau sowie in der Landschafts- und Freiraumplanung, ob für diese ein Wettbewerb durchgeführt werden soll, und dokumentieren diese Entscheidung.“

Als Alternative schlagen wir folgenden Hinweis auf die Vorteile des Planungswettbewerbs in den Erläuterungen zum BVergG 2017 vor:

„Die Durchführung von Wettbewerben stellt zweifellos ein qualitätsförderndes und innovatives Instrument im Rahmen der Vergabe von Planungsleistungen dar. Durch den Vergleich von unterschiedlichen anonym vorgelegten Konzepten steht die Wahl der besten Lösung für eine Planungsaufgabe und damit die Qualität der Leistung im Vordergrund. Deshalb ist der Wettbewerb, im besonderen Maße dazu geeignet, das im BVergG vorgesehene Bestangebotsprinzip für geistige Dienstleistungen in die Vergabepaxis umzusetzen.“

### **Zu § 46 Abs 3: Direktvergabe**

Die Wortfolge „oder mangels kostendeckenden Vermögens kein Insolvenzverfahren eröffnet wurde“ ist ersatzlos zu streichen. Diese Bestimmung widerspricht der GewO, nach der die Abweisung einer Insolvenz mangels Masse einen Gewerbeausschlussgrund darstellt (§ 13 Abs 3 GewO).

### **Zu §§ 48 und 49: Elektronische Kommunikation**

Gegen die Einführung der gesetzlichen Verpflichtung der elektronischen Kommunikation im Oberschwellenbereich haben wir keine Einwände, solange sichergestellt ist, dass die für die elektronische Kommunikation vom Auftraggeber zur Verfügung gestellten IT-Systeme fehlerfrei funktionieren und andernfalls dies nicht zum Nachteil der Bieter führt (zB bei Einhaltung von Fristen). Des Weiteren ist die dafür notwendige Software den Unternehmern kostenlos zur Verfügung zu stellen.

### **Wettbewerbe:**

Im Begutachtungsentwurf ist zur elektronischen Kommunikation zwischen Auftraggeber und Bieter in § 48 Abs 6 Z 4 eine Ausnahme von der Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation insoweit vorgesehen, als physische Modelle verlangt werden. Unklar ist allerdings, ob insbesondere

Wettbewerbe, bei denen häufig Modelle und umfangreiche Planskizzen vorzulegen sind, in diesem Fall zur Gänze nicht elektronisch abgewickelt werden können, oder ob sich die Ausnahme von der Verpflichtung nur auf die Vorlage der Modelle bezieht. Im letzteren Fall hätte dies zur Folge, dass Wettbewerbe „geteilt“ abgewickelt werden müssten, was offensichtlich dem Ziel der Transparenz und Effizienz in der Abwicklung durch elektronische Vergabeverfahren zuwiderläuft.

In Anbetracht der in der Praxis entstehenden Nachteile einer solchen Vorgangsweise regen wir an, eine diesbezügliche Klarstellung im Gesetz zu treffen bzw. Wettbewerbe generell aus der Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation auszunehmen.

#### **Zu § 54 Abs 2: Veröffentlichung und Standardisierung von Kerndaten**

Um Monopolstellungen hintanzuhalten, sprechen wir uns dafür aus, dass Informationen nicht nur für natürliche Personen in einer les- und suchbaren Weise anzubieten sind, sondern auch für Maschinen.

#### **Zu § 64: Bekanntmachungen in Österreich**

Veröffentlichungen im Unterschwellenbereich sollten auf die EU-rechtlichen Notwendigkeiten beschränkt werden. Wir sprechen uns in diesem Bereich entschieden gegen ein Gold Plating aus.

#### **Zu §§ 69 ff, insb § 71: generell verkürzte (Angebots) Fristen**

Schon die aktuellen Fristen im Vergabeverfahren sind oftmals eine Herausforderung für die Bieter. Ausreichend lange Angebotsfristen sind - von allen unbestritten - eine wesentliche Grundlage für qualitativ hochwertige Angebote. In der Praxis hat sich gezeigt, dass der Grundsatz ausreichender Fristen zu wenig beachtet wird und sich die überwiegende Zahl der Auftraggeber an den zahlenmäßig festgeschriebenen Mindestfristen orientiert. Insofern ist nicht nachvollziehbar, wenn Angebotsfristen über ein in den Richtlinien gefordertes Ausmaß hinaus verkürzt werden.

Es sollten zumindest alle Möglichkeiten innerhalb der Vorgaben der Richtlinie genutzt werden, um möglichst lange „Standard“-Angebotsfristen zu erreichen (vgl. die bisherigen im BVergG 2006 genannten Fristen).

Gerade diese Fristen werden in der Praxis von Unternehmen oft dazu benutzt, Fragen zum Teilnahmeantrag bzw. zur Ausschreibungsunterlage zu stellen. Eine Verkürzung dieser jetzt schon kurzen Fristen führt dazu, dass viele, speziell kleine Betriebe, nicht ausreichend Zeit haben, etwaige Unklarheiten in der Ausschreibung zu einzelnen Details zu erfragen und nicht ordnungsgemäß anbieten können. Hier wäre eine längere Frist wünschenswert. In den EU-Vergabe-Richtlinien sind nur Mindestfristen vorgesehen. Österreich ist nicht verpflichtet, seine bisherigen bewährten Fristen zu verkürzen. Gleichzeitig sei darauf hingewiesen, dass Unternehmen aus unternehmerischer Vorsicht bei längerer Kalkulationsmöglichkeit, kompetitivere Angebote legen können als bei kurzen Fristen. Dies sehen wir als eine wichtige Maßnahme vor allem für die Beteiligung von KMU.

#### **Zu § 78 Abs 1 Z 4: Ausschluss wegen wettbewerbsbehinderndem Verhalten**

Die gegenständliche Bestimmung nennt Gründe, bei deren Vorliegen Unternehmer von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen sind. In Z 4 wird ein solcher mit „... hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür ..., dass ... nachteilige Abreden getroffen hat ...“ formuliert. Es handelt sich dabei um einen zwingenden Ausschlussgrund, der ohne die notwendige Klarheit und Nachvollziehbarkeit formuliert ist. Diese undefinierten Gesetzesbegriffe sind als solche abzulehnen, erfordern eine entsprechende Klarstellung oder sind zu streichen.

Derart unpräzise Formulierungen eröffnen einen großen Interpretationsspielraum und damit Anfechtungen und Prozessen Tür und Tor, die in weiterer Folge zu Verzögerungen und Verteuerungen von Projekten führen.

**Zu § 78 Abs 1 Z 9: Ausschluss wegen einer mangelhaften Leistung bei einem früheren Auftrag (Berücksichtigung bisheriger Erfahrungen wie in Art 57 Abs. 4 g der Richtlinie)**

Ein Unternehmer ist von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er „bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder eines früheren Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“.

Dies stellt einen neuen zwingenden Ausscheidungsgrund für den Auftraggeber dar, der oft objektiv nicht nachvollziehbar und vermutlich Auslöser von zahlreichen langen Rechtsschutzverfahren sein wird. Die Folge wäre, dass Vergabeprojekte durch teure Sachverständigengutachten und Prozesse beträchtlich verzögert und verteuert werden könnten. Zusätzlich ermöglicht dieser Ausschlussgrund subjektive Entscheidungen zu fällen, was im Vergaberecht keinen Platz haben sollte.

Der Erwägungsgrund 101 der Richtlinie spricht beispielhaft von „Lieferungsausfall oder Leistungsausfall; erheblichen Defiziten der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen; oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt“ und verlangt die Festlegung einer Höchstdauer für solche Ausschlüsse sowie eine besondere Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Die gesetzliche Regelung, jedenfalls aber die Erläuterungen, müssen um diese Aspekte ergänzt werden, um auszuschließen, dass unterschiedliche Rechtsansichten hinsichtlich laufender Projekte (zB zu berechtigten Mehrkostenforderungen) zu einer Benachteiligung in künftigen Verfahren führen können. Weiters muss unbedingt klargestellt werden, dass aus dieser Bestimmung kein Recht der Auftraggeberseite abgeleitet werden kann, über den eigenen Tätigkeitsbereich hinaus „schwarze Listen“ über bisherige Erfahrungen mit den Bietern zu führen.

Die WKÖ fordert Klarstellungen in diesem Bereich, um gegenwärtige Auftragnehmer bei laufenden Vorhaben nicht erpressbar zu machen und Rechtssicherheit zu schaffen. Wünschenswert wäre daher hier eine Klarstellung im Gesetz, wonach das Vorliegen so gravierender Mängel durch entsprechende Gerichtsentscheidungen festgestellt sein muss.

Außerdem sollte taxativ aufgezählt werden, was unter „... andere, vergleichbare Sanktionen...“ zu verstehen ist. Des Weiteren sollten diese Sanktionen zwingend gerichtlich zugesprochen worden sein, da andernfalls eine Vielzahl langer Rechtsschutzverfahren - zB ob dieser Ausschlussgrund tatsächlich vorliegt - zu befürchten ist.

**Zu § 78 Abs 1 Z 11 Ausschluss wegen Übermittlung fahrlässig irreführender Informationen**

Nach dieser neuen Bestimmung hat der öffentliche Auftraggeber einen Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn dieser Unternehmer fahrlässig irreführende Informationen an den öffentlichen Auftraggeber übermittelt. Wir fordern die Einschränkung auf „grob fahrlässig“.

**Zu § 78 Abs 2: Ausschlussgründe**

Der Auftraggeber hat Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn diese aufgrund bestimmter Straftatbestände rechtskräftig verurteilt wurden. Dies gilt auch, wenn die Voraussetzungen in Bezug auf natürliche im Unternehmen vertretungsbefugte Personen erfüllt sind. Daher haben die Mitglieder der Geschäftsführung und - seit einem VwGH-Erkenntnis aus dem Herbst 2016 - auch alle Prokuristen eines Unternehmens einen Strafregistrauszug vorzulegen.

Die vorgeschlagene Regelung ist hinsichtlich der Betroffenheit von Prokuristen ebenso unklar formuliert wie die derzeit geltende und führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. In dieser Form



entstehen den Bietern erhebliche unnötige Kosten und es bleibt bei einem enormen administrativen Mehraufwand sowohl für die Bieter- als auch für die Auftraggeberseite. Eine Präzisierung der gesetzlichen Regelung oder zumindest eine Klarstellung in den Erläuterungen, dass Prokuristen nicht von § 78 umfasst sind, ist unbedingt notwendig.

Eine Klarstellung ist auch für den Sektorenbereich in § 249 Abs 1 zu treffen.

**Zu § 78 Abs 3: Möglichkeit der Abstandnahme von einem Ausschluss eines Unternehmens**

§ 78 Abs 3 normiert, dass ein Unternehmer in einem Insolvenzverfahren bzw. dessen Insolvenzverfahren abgewiesen wurde sowie bei Liquidation oder Einstellung der gewerblichen Tätigkeit, trotzdem beauftragt werden kann, sofern die Leistungsfähigkeit des Unternehmers ausreicht. Es soll hier zur allgemeinen Regel zurückgekehrt werden, wonach „in begründeten Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ nicht auf die Beteiligung verzichtet werden kann bzw. sofern die Leistung im Verhandlungsverfahren vergeben wird. Hier sollte, wenn dann nur auf die Insolvenz verwiesen werden, allenfalls noch auf Liquidation.

**Zu § 80: Eigenerklärung Verlangen der Nachweise durch den öffentlichen Auftraggeber**

Wir ersuchen um folgende Klarstellung:

„Nachweise über die berufliche Zuverlässigkeit (wie etwa Strafregisterbescheinigungen, Firmenbuchauszüge, letztgültige Kontobestätigungen bzw. Unbedenklichkeitsbescheinigungen des zuständigen Sozialversicherungsträgers und die letztgültige Rückstandsbescheinigung), Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sowie Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit dürfen im Unterschwellenbereich vorerst durch die Abgabe einer Eigenerklärung bestätigt werden.“

Nach Aufforderung beigebrachte Nachweise bezüglich der Eignung dürfen ein späteres Datum aufweisen, als im § 79 BVergG.“

**Zu §§ 80 bzw. 251: ANKÖ als Verzeichnis eines Dritten**

Im aktuellen Bundesvergabegesetz 2006 ist klargestellt, dass die Eignungsnachweiserbringung auch durch die Eintragung in einem Verzeichnis eines Dritten, wie der ANKÖ eines zur Verfügung stellt, erfolgen kann (Recht des Unternehmens).

Auf diese Weise wird sichergestellt, dass sich der öffentliche Auftraggeber nicht in eine Vielzahl von Datenbanken (Firmenbuch, GISA, GKK, BUAK, AuslBG, LSD-BG, Wirtschaftsauskunftei, EMAS, Zertifikat Umweltzeichen) einloggen muss, um den jeweiligen Einzelnachweis zu erhalten und so der administrative Aufwand für Auftraggeber und Bieter möglichst geringgehalten wird. Dass dies auch weiterhin der Fall ist, ist im Gesetzestext oder zumindest in den Erläuterungen zu den § 80 Abs 5 und § 251 Abs 5 klarzustellen: „Der Unternehmer muss jene Nachweise nicht vorlegen, die der öffentliche Auftraggeber direkt über das Verzeichnis eines Dritten, wie beispielsweise der ANKÖ es führt, erhalten kann.“

**Zu § 82 Abs 2 Z 1: Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit**

Diese Bestimmung sieht Registerauskünfte für Verbände vor und hätte zur Folge, dass jedes Unternehmen Auskunft bei der WKStA für ein Verfahren einzuholen hätte. Da es in Österreich fast keine Fälle nach dem Verbandsverantwortlichkeitsgesetz gibt, stellt sich die Frage, ob dieser Aufwand nicht überschießend ist, da er auch mit Kosten für den Unternehmer verbunden ist.

**Zu § 84: Verpflichtende Eignungskriterien zur Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit**

Im Sinne eines fairen Wettbewerbes sollten Auftraggeber von der Festlegung von überschießenden bzw. sachlich nicht gerechtfertigten Eignungskriterien Abstand nehmen.

Wir regen an, dass öffentliche Auftraggeber sowie Sektorenauftraggeber zur Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit eines Bieters verpflichtend folgende Eignungskriterien heranziehen:

- **Mindestrating:** Ratingzahlen haben bereits Eingang in die Judikatur gefunden und werden auch von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern bereits in der Praxis erfolgreich gelebt. Zweckmäßigerweise sind im BVergG 2017 (bzw. in den Erläuterungen zum Gesetzestext) zusätzlich beispielhaft vorhandene Ratingsysteme zu nennen bzw. auch Empfehlungen für Mindestratingwerte abzugeben (zB KSV-Rating geringer/gleich als 400).
- **Zumindest positive Eigenkapitalquote:** Die Bedeutung der Eigenmittelquote zur Früherkennung von Unternehmenskrisen wird durch eine Vielzahl von Untersuchungen zu den Insolvenzursachen bestätigt. Nur Bieter mit positivem Eigenkapital bzw. ohne Reorganisationsbedarf bei öffentlichen Aufträgen anbieten zu lassen, ist wirtschaftlich sinnvoll. Die Eigenmittel haben neben der Haftungsfunktion auch eine Verlustausgleichsfunktion und zeigen damit die Reservenausstattung eines Unternehmens an. Hieraus folgt unmittelbar, dass die Gefahr einer durch Überschuldung ausgelösten Insolvenz mit wachsenden Eigenmitteln geringer wird. Auch vor dem zweiten Konkursatbestand, der Zahlungsunfähigkeit, schützt eine hinreichende Eigenmitteldecke, weil die Beschaffung von Fremdkapital erleichtert wird. In der Regel sollte die Forderung nach einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung mit der Erreichung eines bestimmten Mindestratingwertes (siehe oben) erfüllt sein.
- **Mindestjahresumsatz:** Es sollte von den Bietern ein Mindestjahresumsatz verlangt werden, wobei ein Verhältnis Mindestjahresumsatz zu geschätzter Jahresauftragssumme von 2:1 angestrebt werden sollte. „Jahresauftragssumme“ bedeutet, dass bei mehrjährigen Aufträgen der jeweilige Jahresanteil in Relation zum Jahresumsatz heranzuziehen ist. Der Mindestjahresumsatz bezieht sich auf den Gesamtumsatz des anbietenden Unternehmens.

**Zu § 91 Abs 5: (Inhalte, bei denen jedenfalls das Bestbieterprinzip zur Anwendung kommen muss)**

#### **Neue Z 1: Geistige Dienstleistungen**

##### **Durchgängiges Bestangebotsprinzip für geistige Dienstleistungen**

Im Rahmen der letzten Novelle des BVergG wurde für geistige Dienstleistungen das verpflichtende Bestangebotsprinzip ausdrücklich vorgesehen. Diese Klarstellung wurde allgemein begrüßt, da gerade bei geistigen Dienstleistungen die Qualität eine zentrale Rolle spielt.

Umso unverständlicher, dass - obwohl das Bestangebotsprinzip hier völlig unbestritten war - gerade für den Bereich der geistigen Dienstleistungen mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf nun eine Einschränkung vorgenommen wird.

Der nunmehr unter Verweis auf die Regelungen zum Verhandlungsverfahren verwendete Begriff „Aufträge, die konzeptionelle oder innovative Lösungen enthalten“ ist wesentlich enger gefasst und schließt einen großen Teil von typischen geistigen Dienstleistungen nicht mehr ein. Außerhalb vom klassischen Planungsbereich, bei welchem Entwurfskonzepte vorgelegt werden, sind von der neuen Definition sämtliche Beratungsleistungen, baubegleitende Dienstleistungen wie Projektsteuerung und -management, Verfahrensorganisation, Sachverständigenleistungen, ÖBA und begleitende Kontrolle sowie Prüftätigkeiten nicht mehr umfasst. Sollten diese Leistungen daher auch ohne zwingende vorherige Verhandlungen vergeben werden können, wäre eine Vergabe nach dem niedrigsten Preis formal nun zulässig.

Warum daher zB Beratungsleistungen, bei denen die Qualität (insbesondere des eingesetzten Schlüsselpersonals) jedenfalls von entscheidender Bedeutung ist, nach dem billigsten Preis bewertet werden können, ist schwer nachzuvollziehen. Eine Vergabe an den billigsten Bieter ist bei den oben angeführten geistigen Dienstleistungen weder sinnvoll noch erwünscht.

Wir ersuchen daher dringend, von dieser negativen Änderung im Bereich der geistigen Dienstleistungen Abstand zu nehmen und wieder für sämtliche geistige Dienstleistungen das verpflichtende Bestangebotsprinzip vorzusehen.

### **Verpflichtende Qualitätskriterien für geistige Dienstleistungen**

Der Begutachtungsentwurf subsumiert unter „*technisch und wirtschaftlich günstigstes Angebot*“ („Bestangebot“) nunmehr zwei unterschiedliche Zuschlagsprinzipien: neben der Festlegung von Kriterien wie bisher soll nun auch ein Kostenmodell als Zuschlagssystem herangezogen werden, bei dem ausschließlich kostenwirksame Aspekte in die Bewertung einfließen. Die beiden Zuschlagssysteme können zur Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots wahlweise angewendet werden. Eine Vergabe nach niedrigsten Kosten gemäß Kostenmodell ist somit auch dort ohne Einschränkung möglich, wo das BVergG eine verpflichtende Anwendung des Bestangebotsprinzips vorsieht.

Wir sehen diese Neuregelung äußerst kritisch: Schon in der derzeitigen Vergabepaxis spielen Aspekte, die sich auf die Qualität der Leistung selbst beziehen, oft nur eine untergeordnete Rolle. Mit der Möglichkeit, ausschließlich Kostenfaktoren zu bewerten und auf preisfremde Kriterien vollkommen zu verzichten, wird diese negative Tendenz noch verstärkt. Für die Bewertung von Planungsleistungen bzw. den Bereich der geistigen Dienstleistungen ist beispielsweise eine rein kostenwirksame Betrachtung nicht sachgerecht und führt keinesfalls zum besten Preis-, Leistungsverhältnis.

Die Richtlinie erlaubt es, für bestimmte Aufträge bzw. Auftragsgruppen ein bestimmtes Zuschlagsprinzip vorzusehen. Es kann für bestimmte Auftragsgruppen daher auch eine verpflichtende Heranziehung von Qualitätskriterien für den Zuschlag vorgesehen werden. Eine Kostenbetrachtung könnte in diesem Fall - an Stelle des Anschaffungs-/Herstellungspreises - eventuell zusätzlich zu den Qualitätskriterien herangezogen werden. Wir schlagen daher vor, insbesondere für die Vergabe von geistigen Dienstleistungen im BVergG 2017 die verpflichtende Festlegung von qualitativen Zuschlagskriterien vorzusehen.

Um der hohen Bedeutung einer Qualitätsbewertung für die Vergabe von sämtlichen geistigen Dienstleistungen gerecht zu werden, ersuchen wir daher dringend, in die Aufzählung der Fälle mit verpflichtenden Bestangebotsprinzip den Begriff geistige Dienstleistungen wiederaufzunehmen, eine verpflichtende Festlegung von qualitätsbezogenen Zuschlagskriterien vorzusehen und § 91 Abs 5 des BVergG 2017 wie folgt durch eine neue Ziffer 1 zu ergänzen:

„(5) Der Zuschlag ist bei der Vergabe folgender Leistungen dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen

1. bei geistigen Dienstleistungen (§ 2 Z 17) oder
2. bei Dienstleistungen, die im Verhandlungsverfahren gemäß § 34 Abs 2 bis 4 vergeben werden sollen, oder
3. bei Bauaufträgen .....
4. ...
5. ...
6. ...
7. ...

Bei der Vergabe geistiger Dienstleistungen (Z 1) sind jedenfalls qualitätsbezogene Zuschlagskriterien festzulegen.“

**Z 4: wir fordern die Streichung der Bewachungsdienstleistungen.** Bewachungsdienstleistungen sollen aus dem § 91 Abs. 5 Z 4 wieder entfernt werden, da gerade dieser Punkt sich gegen viele KMU im Vergabeverfahren wenden wird. Allerdings könnte das gelindere Mittel der Verschiebung der Bewachungsdienstleistungen in Abs. 6 erwogen werden.

#### **Neue Z 7: Entsorgungs- und Ressourcenmanagement**

Wir gehen davon aus, dass das Bestbieterprinzip vor allem kleinen und mittleren Betrieben die Möglichkeit eröffnet, erfolgreich an Ausschreibungen teilnehmen zu können. Auch die Branche des Entsorgungs- und Ressourcenmanagement setzt sich zum größten Teil aus KMU - Betrieben zusammen.

Wir treten daher dafür ein, dass das Bestbieterprinzip auch verpflichtend bei allen Auftragsvergaben zum Zug kommen soll, die diese Branche betreffen.

Positiv ist in diesem Zusammenhang sicherlich der bereits bestehende Ansatz im Entwurf, dass auch bei Reinigungsleistungen das Bestbieterprinzip zur Anwendung kommen soll. Es ist uns in diesem Zusammenhang jedoch unklar, ob mit den „Reinigungsleistungen“ alle Reinigungsleistungen gemeint sind (so zB auch die Straßenreinigung oder die Reinigung von Tanks und Kesseln) oder ob mit den Reinigungsleistungen lediglich die „klassischen“ Reinigungsleistungen (zB im Bereich der Raumpflege in Gebäuden) abgedeckt werden sollen.

Um sicherzustellen, dass bei allen Reinigungsleistungen aus unserem Bereich, als auch bei allen anderen Dienstleistungen der Branche Entsorgungs- und Ressourcenmanagement das Bestbieterprinzip zur Anwendung kommt, schlagen wir vor, dass in der Bestimmung des § 91 Abs 5 jedenfalls noch zusätzlich die folgende Ziffer 7 aufgenommen wird:

„7. bei Dienstleistungen aus dem Bereich der Abfallwirtschaft, dem Bereich der Schneeräumung, Betreuung und Reinigung von Verkehrsflächen (Sommer- und Winterdienst) und dem Bereich der Reinigung von Tanks und Kesseln.“

#### **Neue Z 8:**

Produkte und Dienstleistungen für technische Infrastrukturen und Ausstattungen sollen ebenfalls aufgenommen werden: Dabei handelt es sich um Dienstleistungen und Betriebsmittel, die zB zur Energieversorgung, Klimatisierung von Gebäuden, öffentlichen Beleuchtung oder zum Betrieb von Transportwegen gebraucht werden. Auch die Ausstattung mit Betriebsmittel von Büros und Gewerbebetrieben ist umfasst.

„8. bei Produkten und Dienstleistungen für technische Infrastrukturen und Ausstattungen.“

Eine gleichlautende Bestimmung wäre auch in § 262 Abs 5 für den Sektorenbereich zu treffen.

#### **Zu § 91 Abs. 6: Inhalt der Ausschreibungsunterlage (qualitätsbezogene Aspekte)**

Qualitätsbezogene Aspekte sehen wir in § 20 nicht abschließend geregelt; es sollten auch darüberhinausgehende Bestimmungen beim der Vergabe von Abs 6 Leistungen zum Tragen kommen. Daher fordern wir die Einfügung des Wortes „insbesondere“ und schlagen folgende Textierung vor:

„Bei der Vergabe folgender Leistungen...qualitätsbezogene Aspekte insbesondere im Sinne des § 20 ...festzulegen“

Z 1: In Z 1 des Absatz 6 des § 91 BVergG 2017 sind derzeit nur die Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich umfasst, nicht aber die Lieferung der dafür benötigten Medizinprodukte. Um den rein preisgesteuerten Mechanismus der Beschaffung zu verlassen und transparenten Leistungs- und Qualitätsmerkmalen mehr Gewicht zu geben, fordern wir auch die Aufnahme der Lieferung aller Medizinprodukte in Abs 6.

Da der Bereich der Medizinprodukte und deren Einsatzgebiet sehr umfangreich ist, sollten alle Medizinprodukte ohne Einschränkung auf bestimmte Produkte enthalten sein. Die Definition der Medizinprodukte ist in § 2 Medizinproduktegesetz - MPG enthalten. Wichtig ist uns auch, dass die Formulierung so lautet, dass auch nur die Lieferung von Medizinprodukten ohne Zusammenhang mit einer Dienstleistung umfasst ist. Daher unser Vorschlag einer neuen Z 4.

Neue Z 4: Lieferung von Medizinprodukten gemäß § 2 Abs 1 Medizinproduktegesetz - MPG, BGBl Nr. 657/1996

Z 2: Grundsätzlich spricht sich die WKÖ nicht gegen die Einführung qualitätsbezogener Aspekte bei der Vergabe von Busleistungen aus.

Gemäß der Textierung von § 91 Abs. 6 muss der Auftraggeber „jedenfalls soziale Aspekte“ berücksichtigen. Aus § 20 und den Erläuterungen ergibt sich, dass damit die „Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange“ gemeint ist.

Führt dies nun im Ergebnis dazu, dass ein Busunternehmer zukünftig an Ausschreibungen nur mehr dann teilnehmen kann, wenn Lenker aus diesen Gruppen beschäftigt werden? Das würde bedeuten, dass ein Busunternehmen, in dem als Lenkpersonal der Unternehmer selbst und 2 (oder 5) langjährige Fahrer zur Verfügung stehen (welche aber unter keinen der genannten Personenkreise fallen - weil diese Lenker auch nicht als „ältere Arbeitnehmer“ zu qualifizieren sind), die Stamm-Lenker kündigen und neue Lenker gemäß § 20 Abs. 6 aufnehmen müsste, um von einer Ausschreibung nicht ausgeschlossen zu werden.

Selbstverständlich befürworten wir die Berücksichtigung der Berufserfahrung unserer Lenker. Das Abstellen auf die Beschäftigung Behinderter oder von Lehrlingen (die im Busbereich aufgrund des FS-Mindestalter von 21 als Lenker nicht existieren bzw. nur in solchen Betrieben, die neben dem Busbetrieb andere Lehrlingsaffine Geschäftsfelder betreiben, zB. Werkstätte) führt jedoch dazu, dass 85% der KMU-Busunternehmer von Ausschreibungen ausgeschlossen werden.

Es sind in geeigneter Art und Weise (zB in den Erläuterungen) Hinweise aufzunehmen, was „sonstige sozialpolitische Belange“ sein könnten (zB Arbeitsplatz in der Nähe des Wohnortes, langjährige Beschäftigungsverhältnisse, etc.).

Wir fordern, dass

- in § 91 Abs. 6 der Begriff „jedenfalls“ gestrichen wird, da die Berücksichtigung sozialer Kriterien auch so sichergestellt wird und
- damit durch die Formulierung des § 91 Abs. 6 iVm der geänderten Ziffer 2 ein verpflichtendes Bestbieterprinzip unter Berücksichtigung „qualitätsbezogener“ und „sozialer Aspekte“ geschaffen wird.

#### **ZUSÄTZLICHE ANMERKUNGEN ZUR VERGABE VON BUSVERKEHRSLEISTUNGEN:**

Ergänzend halten wir fest, dass sich aus österreichweiten Rückmeldungen zur Ausschreibungspraxis von Busverkehrsleistungen in den Bundesländern folgende Anregungen ergeben haben, die - zusätzlich zu § 20 Abs 6 - aus Branchensicht berücksichtigt werden sollten:

- Betonung der Regionalität ist von prioritärer Bedeutung, um die bisherige Struktur der Autobusunternehmer möglichst zu erhalten (zB persönlich besetzte Kundenbüros an Werktagen, Ansprechpartner vor Ort, Subunternehmerquote, die mit regionalen Anbietern erfüllt werden muss, etc.).
- Busqualitätskriterien: müssen flexibler gestaltet werden. Bei den Buskategorien wäre eine Straffung der Typenvielfalt wünschenswert (es macht wenig Sinn, dass bei EINER Ausschreibung bis zu neun verschiedene Bustypen verlangt werden); ebenso sollten für Randkurse oder Schülerverstärker auch kleinere Buskategorien (zB 20- oder 30-Sitzer; vorhandene/gebrauchte Reisebusse, keine Doppeltüren, Niederflur oder Lifte) zulässig sein.
- Die Gewichtung der Preiskomponente muss eine Reduktion erfahren: Ein Anteil von 90 % Preis/10 % Qualität führt dazu, dass sich der (mitunter ruinöse) Preiswettbewerb fortsetzt. Unsere Forderung ist daher, eine Aufwertung der Qualitätskomponente zu Lasten der Preiskomponente. Wir sprechen uns dafür aus, dass der *Preis höchstens 40 % und die Sozial- und Qualitätskriterien mit mindestens 60 % bewertet werden*. (Qualitätskriterien zB Infrastruktur vor Ort, qualifiziertes Personal, Erfahrung mit topographischen Gegebenheiten, etc.).
- Subunternehmerleistungen müssen flexibler gestaltet werden: Es ist für uns aus den Bestimmungen des EU-Vergaberechts nicht ersichtlich, dass bereits im Vorhinein exakt fixiert werden muss, welche konkreten Beförderungsleistungen der Subunternehmer erbringen muss.
- Eigenleistung: Der Ausschreibungsgewinner muss jedenfalls überwiegend den Auftrag mit eigenem Personal und eigenem Fuhrpark bewerkstelligen. Durch diese Bestimmung wäre der reinen „Spekulationsbeteiligung“ an Ausschreibungen ein Riegel vorgeschoben.
- Subunternehmerquote: Ab einer Losgröße von zB. 500.000 Jahreskilometern und/oder mindestens 10 Bussen sollte eine verpflichtend einzuhaltende Subunternehmerquote eingeführt werden (zB mind. 10 %), um die KMU-geprägte ÖPNV Landschaft nicht durch Beförderungsleistungen zu ersetzen, die ausschließlich von internationalen Großkonzernen erbracht werden.
- Bei der Losgrößengestaltung soll von den Auftraggebern Augenmerk auf ein ausgewogenes Verhältnis von großen und kleineren Losen gelegt werden, sodass auch regionale Anbieter zum Zug kommen können.
- Eignungskriterien: Für kleinere Lose befürworten wir einen erleichterten Zugang (bislang zeigt die Erfahrung, dass die Latte der vorzuweisenden Referenzen sehr hoch liegt; der Nachweis sollte über bisherigen wirtschaftlichen Erfolg erbracht werden können). Auch erfolgreiches Agieren im Mietwagengewerbe mit Bussen sollte als Referenz anerkannt werden.
- Administrative Erleichterungen im Bewerbungsverfahren wären ebenfalls wünschenswert: Internetportal statt schriftlicher Unterlagen (Papier, CD's); Vereinfachung bei wiederholter Bewerbung
- Vorlaufzeiten bei Betriebsbeginn: Uns wurde berichtet, dass Unternehmern einerseits sehr lange Zeiten für das Ausschreibungsverfahren und andererseits extrem kurze Fristen vom Zeitpunkt des Zuschlages bis zum Betriebsbeginn eingeräumt werden. Für uns ist nicht nachvollziehbar, warum für das Verfahren ein Jahr Zeit ist, für die praktische Umsetzung in der Regel nach Zuschlag der Leistung jedoch nur wenige Wochen geplant werden.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass bereits veröffentlichte Leitfäden des BMVIT zum Thema „Qualitätskriterien und ökologische Kriterien bei der Vergabe von Busverkehrsdienstleistungen“, die als unverbindliche beispielhafte Aufzählung möglicher Qualitätskriterien bezeichnet werden, nicht mit Branchenvertretern abgestimmt wurden.

#### **Zu § 91 Abs. 7: Kostenmodell**

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht vor, dass bei Anwendung des Bestbieterprinzips das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen ist. Dies kann entweder anhand von Zuschlagskriterien oder unter der Verwendung eines Kostenmodells erteilt werden. Des Weiteren hat die ausschreibende Stelle das zu verwendende Kostenmodell bekanntzugeben und kann sich auch einer Lebenszykluskostenrechnung bedienen.

Die WKÖ befürwortet an sich die Verwendung von Lebenszykluskosten, ist aber hinsichtlich der vorgesehenen Regelung sehr skeptisch. Es besteht vor allem die Befürchtung, dass die Wahl zwischen einem Kostenmodell und Zuschlagskriterien zu einem versteckten Billigstbieterverfahren führen kann, da qualitative Aspekte im Kostenmodell nicht berücksichtigt werden, beziehungsweise gesetzlich nicht festgelegt sind. Somit kann das Kostenmodell wie vorgesehen zu einer Umgehung der Verwendung von Zuschlagskriterien neben dem Preis führen. Zusätzlich wird der Aufwand für ausschreibende Stellen keinesfalls geringer. Auch der Nutzen solch eines Modells ist nicht darstellbar.

Das im Begutachtungsentwurf vorgesehene Kostenmodell ist jedenfalls zu streichen, da es zu einer Umgehung der Verwendung von Zuschlagskriterien führen kann. Wie zB auch im Bericht des Österreichischen Instituts für Wirtschaftsforschung vom 31.01.2017 „Bestbieterprinzip bei öffentlichen Vergaben ungenügend genutzt“ von Herrn Dr. Werner Hölz zu entnehmen ist, wurde bisher mit dem im BVergG 2006 vorgeschriebenen Bestbieterprinzip zu oft auf den Preis und nicht auf das Qualitätskriterium abgestellt. Das Kostenmodell bietet für den Auftraggeber eine Möglichkeit, demjenigen Bieter den Auftrag zu erteilen, der das beste Lebenszyklusmodell erstellt. Der Aufwand für die Erstellung eines solchen Modells ist keinesfalls gering und der absehbare Nutzen ist nicht darstellbar.

#### **Zu § 98 Abs. 2: Pflicht zur Bekanntgabe von Subunternehmern und „weiteren Subunternehmern“ im Anbot des Bieters**

Wie schon bei der letzten Novelle angeführt, kritisieren wir die Bekanntgabe aller Subunternehmer sowie „weiterer Subunternehmer“. Die Pflicht zu einer derart weitgehenden Bekanntgabe ist sachlich nicht gerechtfertigt. Darüber hinaus sind mit diesen Pflichten, sogar wesentliche Nachteile für den öffentlichen Auftraggeber verbunden beziehungsweise zu erwarten.

Im Rahmen des Vergabeverfahrens ist der öffentliche Auftraggeber unverändert verpflichtet, die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit seines Vertragspartners zu prüfen. Ebenso unverändert kann ein Bieter seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer (nicht aber „weitere Subunternehmer“) substituieren, die ihrerseits dem öffentlichen Auftraggeber ihre technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für den zu übernehmenden Anteil an der Leistung des Bieters nachweisen müssen.

Damit ergibt sich auch der Personenkreis für den eine verpflichtende Bekanntgabe sachlich gerechtfertigt ist: Es sind dies die „notwendigen Subunternehmer“, die vom Bieter zur Erfüllung der geforderten technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herangezogen werden, da der Bieter mit diesen, in der Systematik des BVergG, „*technisch und wirtschaftlich geeignet*“ ist und in der Folge zum Auftragnehmer des öffentlichen Auftraggebers werden kann.

Unstrittig ist mit erfolgtem rechtskräftigen Zuschlag das Vergabeverfahren beendet und für die anschließende Abwicklung des Vertrages gilt ausschließlich das Zivilrecht. Es besteht daher keine Notwendigkeit zur Benennung von anderen als den „notwendigen Subunternehmern“, da die Leistung aller anderen (weiteren) Subunternehmern ohnedies von der nachgewiesenen Eigenbefugnis des Bieters abgedeckt ist.

Zudem besteht für den öffentlichen Auftraggeber keine Notwendigkeit für die Kenntnis sämtlicher „weiterer Subunternehmer“, da diese zivilrechtlich als Erfüllungsgehilfen des erfolgreichen Bieters zu verstehen sind, deren Leistung dem erfolgreichen Bieter wie seine eigene Leistung zuzuordnen ist (d.h. der Bieter haftet gegenüber dem Auftraggeber für Fehlleistungen seiner Subunternehmer).

Der zeitliche Aufwand für Bieter, alle Subunternehmer und weiteren Subunternehmer zu benennen und - für den Fall der Nachfrage durch den Auftraggeber - die erforderlichen Eignungsnachweise einzuholen ist nicht gerechtfertigt.

Wir sprechen uns dafür aus, dass nur jene Subunternehmer bekannt gegeben werden müssen, die die geforderten Eignungen ersetzen.

#### **Zu § 98 Abs 4 Z 2: Einschränkung Subunternehmer**

Zu den Hintergründen der Möglichkeit, den Rückgriff auf Subunternehmer in der Ausschreibung im Einzelfall zu beschränken, sofern dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist (zusätzlich zur Möglichkeit der Festlegung kritischer Aufgaben), fehlen für die Praxis verständliche Erläuterungen. Die Regelung ist viel zu weit und unbestimmt formuliert. Sie ist auch nicht notwendig, da bereits eine Regelung für kritische Leistungen besteht, die der Auftraggeber festlegen kann. Darüber hinaus gehende Einschränkungen der Subvergabe widersprechen den Grundprinzipien einer arbeitsteiligen Wirtschaft. Es ist vollkommen unklar, wie aus der in den Erläuterungen zitierten Entscheidung des EuGH auf die Notwendigkeit der geplanten Regelung geschlossen wird.

§ 98 Abs 4 Z 2 ist ersatzlos zu streichen.

#### **Zu §§ 105 Abs 3, 110 Abs 2: Normenbindung**

Die bisher in den §§ 97 und 99 Abs 2 BVergG 2006 enthaltene sogenannte Normenbindung wird durch eine unverbindliche Formulierung ersetzt: „Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so ist auf diese Bedacht zu nehmen.“ Normen verlieren damit ihre Bedeutung für die Vergabepaxis. Insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Vertragsbedingungen gibt der Gesetzgeber nur noch vor, was zu regeln ist, ohne dass eine inhaltliche Bindung an die bewährten und im Konsens erstellten Vertragsnormen (wie zB ÖNORM B 2110, ÖNORM B 2118, sonstige Werkvertragsnormen, etc.) vorgesehen wird.

Das Bundesvergabegesetz muss jedenfalls die bestehende Normenbindung aufrechterhalten und darüber hinaus ausdrücklich klarstellen, dass ein weitgehendes bzw. sachlich unbegründetes Abweichen von geeigneten Leitlinien unzulässig ist. Diese den öffentlichen Auftraggeber treffende Verpflichtung soll auch für den Sektorenbereich gelten.

#### **Zu § 114 Abs 2: Ablauf des Verhandlungsverfahrens**

Die Klarstellung in § 114 Abs 2, dass die festgelegten Mindestanforderungen nicht Gegenstand der Verhandlungen sein dürfen, wird begrüßt, da dies in der Praxis nicht immer so gehandhabt wurde.

#### **Zu § 118 ff: Innovationspartnerschaft**

Aus Sicht der WKÖ ist die Aufnahme der Innovationspartnerschaft als neues Verfahren im vorliegenden Entwurf ganz deutlich zu begrüßen. Das neue Vergabeverfahren sollte ganz wesentlich dazu beitragen, die Lücke zwischen vorkommerzieller Beschaffung, d.h. der Erzeugung eines Prototyps und der darauffolgenden Beschaffung eines marktreifen Produktes schließen.

Lediglich hinsichtlich der Verbindung von F&E und der darauffolgenden Beschaffung könnte das Gesetz noch wesentlich genauer die Bedingungen festlegen.

#### **Zu § 133: Öffnung der Angebote**

Gemäß § 133 Abs 4 kann der öffentliche Auftraggeber eine Öffnung der Angebote unter Beteiligung der Bieter vornehmen. Diese neue Regelung wird strikt abgelehnt.

Wir sprechen uns dafür aus, bei der alten Rechtslage zu bleiben, wonach die Bieter grundsätzlich berechtigt waren an der Öffnung teilzunehmen und nur aus triftigen Gründen von der Angebotsöffnung ausgeschlossen werden durften. Ein Abgehen von dieser Bestimmung könnte eine



transparente faire Vergabe gefährden und zahlreiche Rechtsstreitigkeiten zur Folge haben. Zumal Fehler bei der Angebotsöffnung zu einem zwingenden Widerruf einer Ausschreibung führen können. Dies ist weder im Interesse von Auftragnehmern noch von Auftraggebern.

#### **Zu § 134 Prüfung der Angebote: (Bewertung durch Kommissionen)**

Bei der Vergabe geistiger Dienstleistungen ist eine fachlich fundierte Bewertung der angebotenen Qualität des Schlüsselpersonals sowie der vorgelegten Ausarbeitungen und Konzepte die notwendige Grundlage einer korrekten Vergabeentscheidung. Das Tätigwerden einer fachlich entsprechend zusammengesetzten Kommission für die Angebotsbewertung verhindert intransparente - möglicherweise sogar diskriminierende - Entscheidungen und stellt ausreichende Expertise für die Bewertung der Qualität sicher. Dennoch fehlen außerhalb der Regelung für den Wettbewerb Vorgaben für diese in der Praxis schon seit längerem existierenden Kommissionen.

Um sachgerechte Kommissionsentscheidungen sicherzustellen, könnte eine nähere Regelung für die fachliche Zusammensetzung und das Tätigwerden von Kommissionen nach dem Vorbild des Wettbewerbs vorgenommen werden.

Wir regen daher an, im BVergG 2017 eine Regelung für die Zusammensetzung von Bewertungskommissionen vorzusehen und § 134 um folgenden Absatz 2 zu ergänzen:

„ (2) Ist im Rahmen der Prüfung von Angeboten die Bewertung eines Konzeptes oder eines Hearings des Schlüsselpersonals erforderlich, setzt der Auftraggeber eine fachkundig besetzte Kommission ein. Sollte von den Bietern eine bestimmte berufliche Qualifikation verlangt werden, so muss zumindest ein Drittel dieser Bewertungskommission über dieselbe oder eine gleichwertige Qualifikation verfügen.“

#### **Zu § 137: Normierung klarer Vorgaben für die vertiefte Angebotsprüfung**

Es gehört zu den tragenden vergaberechtlichen Grundsätzen, dass die Vergabe öffentlicher Aufträge zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat. Demgemäß ist dieser Grundsatz auch in § 20 des Begutachtungsentwurfes festgehalten und findet Ausdruck in der Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, die Angemessenheit der Angebotspreise zu überprüfen (§ 135 Abs 2 Z 4).

Umso überraschender ist die neue Regelung zur vertieften Angebotsprüfung. In § 136 Abs 5 ist eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers vorgesehen, den Auftrag auch zu nicht angemessenen Preisen zu vergeben, falls das Vorbringen des Bieters hierzu betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist.

Unserer Auffassung nach dient die vertiefte Angebotsprüfung dazu, bei Vorliegen von Preisen, die auf den ersten Blick niedrig erscheinen, zu hinterfragen, ob im konkreten Fall dieser Preis aufgrund einer besonderen Situation angemessen ist. Die Besonderheit dieser Situation kann zB. in der Nutzung von Synergien liegen, die es dem Bieter erlaubt, dieses konkrete Projekt kostengünstiger abzuwickeln. Keinesfalls ist in unseren Augen mit dem Argument der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit eine Motivlage des Bieters umfasst, für sein Unternehmen mit nicht kostendeckenden Angeboten bessere Marktchancen für zukünftige Geschäftstätigkeit schaffen zu wollen.

Die im Begutachtungsentwurf vorgeschlagene Formulierung billigt damit ausdrücklich die Auftragsvergabe zu nicht angemessenen Preisen und die damit zusammenhängende teilweise problematische Judikatur.

Für die Prüfung der Preisangemessenheit wird in § 137 BVergG demonstrativ auf die Grundlagen verwiesen, die bei der Prüfung der Preisangemessenheit heranzuziehen sind.

Es entspricht der gängigen Praxis, die Preisangemessenheitsprüfung durch Fortschreibung von Erfahrungswerten im Rahmen der Auftragsvergabe vorzunehmen. Dies perpetuiert ein bereits

bestehendes prekäres, vielfach nicht kostendeckendes Preisniveau und kann keineswegs als objektiver Prüfungsmaßstab betrachtet werden.

Wir sehen es daher als notwendig, bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise über die Einhaltung der Kollektivverträge hinaus auf einen objektiven Prüfungsmaßstab zu verweisen. Als Grundlage bieten sich bestehende Leitlinien an (wie etwa der FSV - Österreichische Forschungsgesellschaft Straße-Schiene-Verkehr) und wissenschaftliche Publikationen (wie etwa die LM.VM - Leistungsmodell Verrechnungsmodell in Bezug auf Planerleistungen).

Wir regen daher an, die Prüfung der Preisangemessenheit anhand von Leitlinien im BVergG 2017 zu verankern und § 137 Abs 1 wie folgt zu ergänzen:

- (1) [...] Bei der Prüfung der Angebotspreise können allgemein anerkannte geeignete Leitlinien, standardisierte Kalkulationshilfen und wissenschaftliche Publikationen für die Feststellung herangezogen werden, welche Bandbreite an Preisen für die definierten Leistungen angemessen ist.

Der § 137 ist dahingehend zu erweitern, dass unter bestimmten Voraussetzungen (Verhältnis zu den anderen Angeboten) das Angebot des erstgereihten Bieters einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen ist.

#### **Zu § 138: Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote**

Wir ersuchen um Klarstellung, dass bei der Beurteilung der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit von niedrigen Angebotspreisen ausschließlich von einer projektbezogenen Betrachtung auszugehen ist, dass nicht kostendeckende Angebote jedenfalls auszuschneiden sind und ist wie folgt anzupassen.

„(5) Stellt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung fest, dass die angebotenen auffallend niedrigen Preise aufgrund besonderer Umstände der angebotenen Leistungserbringung betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, darf er das Angebot nicht ausscheiden. [...]“

#### **Zu § 141 Abs 1 Z 11: neuer Ausscheidensgrund**

Der Auftraggeber hat „Angebote von Bieter, die nachweislich Interessen haben, die die Ausführung des Auftrages beeinträchtigen können“ auszuschneiden. Es ist vollkommen unklar, welche Fallkonstellationen damit gemeint sind. Auch die diesbezüglichen Erläuterungen machen das nicht klarer: „Damit sind jene Fälle angesprochen, bei welchen der Bieter Interessen hat, die die Ausführung des Auftrages zu beeinträchtigen geeignet sind. Als Beispiel zu nennen ist etwa die Ausschreibung der Kontrolle einer Baustelle, wenn der Bieter zugleich Bauherr der gegenständlichen Baustelle ist (Selbstkontrolle).“

Der neue Ausscheidensgrund des § 141 Abs 1 Z 11 ist ersatzlos zu streichen. Zumindest müsste er aber für die Praxis verständlich und sachgerecht erläutert werden.

#### **Zu § 152: BVergG - Partizipatorischen Organisationen vorbehalten Dienstleistungsaufträge**

Als Dienstleistungsaufträge, die gemäß den § 152 Abs. 1 oder § 313 Abs. 1 BVergG partizipatorischen Organisationen vorbehalten werden können, führt Anhang XVII auch „Dienstleistungen von Blutbanken“ mit dem CPV-Code 85146000-4 an. Die gegenständliche Bestimmung basiert auf der unionsrechtlichen Vorlage des Art. 77 der EU-Vergaberichtlinie. Wir sehen insbesondere die Befristung der Auftragslaufzeit auf 3 Jahre nach § 152 Abs. 3 BVergG als problematisch. Diesbezüglich ist zu beachten, dass es für die Besorgung ausreichender und sicherer Blutkonserven sowie für die Einhaltung sämtlicher anwendbarer Rechtsvorschriften, insbesondere jener der Blutspendeeinrichtungen nach § 6 Blutsicherheitsgesetz sowie im Zusammenhang mit der Einhaltung der Qualitätssicherung nach § 10 Blutsicherheitsgesetz, einer

umfassenden Organisation und Ausstattung bedarf, die keinesfalls für eine lediglich dreijährige Versorgung sinnvoll erscheint. Aus diesen Gründen sehen wir daher auch § 152 Abs. 4 BVergG als sehr kritisch an.

Wir treten daher für eine ausdrückliche Regelung ein, die eine Einschränkung des Vergabeverfahrens bezüglich Dienstleistungen von Blutbanken auf den nationalen Markt festhält.

#### **Zu §§ 153ff: Rahmenvereinbarungen**

Für Liefer- und Dienstleistungen scheinen Rahmenvereinbarungen in der Praxis bis dato ein gangbarer Weg für öffentliche Auftraggeber und Unternehmer zu sein.

Beschaffungen im Wege von Rahmenvereinbarungen auch bei Bauaufträgen durchzuführen ist für öffentliche Auftraggeber aufgrund der gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich zulässig.

Die fehlende Abnahmeverpflichtung im Baubereich ist für die Produktion und die Herstellung aus kaufmännischer Sicht allerdings unkalkulierbar. Bei der Ausschreibung eines Bauprojektes etwa in der Höhe von 20 Millionen Euro für drei Jahre macht es durchaus einen Unterschied, ob man innerhalb dieser drei Jahre regelmäßig mit Aufträgen rechnen kann oder nicht. Dafür muss etwa Material aber auch Personal vorgehalten werden. Qualifizierte Arbeitskräfte sind am Markt nicht immer verfügbar.

Aus kaufmännischer Vorsicht dürfte ein Betrieb eigentlich keine Rahmenvereinbarung abschließen, da er damit seinen Betrieb gefährden könnte.

Unseren Erfahrungen nach dürften Rahmenvereinbarungen bis dato im Baubereich noch nicht so oft ausgeschrieben worden sein. Wir sprechen uns dafür aus in den Erläuternden Bemerkungen anzuführen, dass Rahmenvereinbarungen für den Baubereich grundsätzlich nicht geeignet erscheinen und daher nur ausnahmsweise verwendet werden sollten.

#### **Zu § 154 Abs 5: Laufzeit einer Rahmenvereinbarung**

Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf vier Jahre nicht überschreiten. Sofern dies ausnahmsweise, insbesondere aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung sachlich gerechtfertigt werden kann, darf eine längere Laufzeit vorgesehen werden. Aufgrund der fehlenden zeitlichen Begrenzung besteht aus unserer Sicht die Gefahr einer zu langen maximalen Laufzeit von Rahmenvereinbarungen, daher sollte die bisher bestehende Obergrenze von maximal fünf Jahren bestehen bleiben.

#### **Zu § 165: Durchführung von Wettbewerben (Wettbewerbsordnung)**

Das BVergG regelt den Wettbewerb nur in Grundzügen und sieht vor, dass für die Durchführung von Wettbewerben ergänzend eine Wettbewerbsordnung zu Grunde zu legen ist. Mangels Standardisierung sind bei Wettbewerben zahlreiche - oft ad hoc erstellte - Wettbewerbsordnungen von unterschiedlicher Qualität in Anwendung. In Anlehnung an die Regelungstechnik in Deutschland könnten zur Qualitätssicherung einheitliche Richtlinien zum Planungswettbewerb im Verordnungsrang geschaffen werden. Als Basis könnten die bereits bestehenden Wettbewerbsordnungen (des Fachverbandes der Ingenieurbüros und der BAIK) dienen.

Es wird mit Nachdruck ersucht, die betroffenen Interessenvertretungen bei der vorgeschlagenen Erstellung einer Wettbewerbsordnung im Verordnungsrang einzubinden.

Zur Veranschaulichung der Betroffenheit der Ingenieurbüros verweisen wir auf folgenden Vergleich der Mitgliedszahlen mit Stand März 2017:

Ingenieurbüros für Landschaftsarchitektur: 189

Ingenieurkonsulenten (ZT) für Landschaftsplanung: 49

Ingenieurbüros für Kulturtechnik und Wasserwirtschaft: 477  
Ingenieurkonsulenten (ZT) für Kulturtechnik und Wasserwirtschaft: 276

Wir schlagen daher vor, im BVergG 2017 eine Verordnungsermächtigung zur Erlassung von Richtlinien für Planungswettbewerbe vorzusehen und § 165 Abs 3 wie folgt zu ergänzen:

„(3) [...] Der Bundeskanzler wird ermächtigt, mittels Verordnung einheitliche Richtlinien für Wettbewerbe vorzusehen.“

Werden diese Richtlinien nicht im Rahmen einer Verordnung festgelegt, so ist es unseres Erachtens jedenfalls erforderlich, über die bereits bestehenden Regelungen hinaus die wichtigsten Grundsätze des Planungswettbewerbs im BVergG explizit zu regeln (siehe nachfolgend).

### Preisgericht

Das Preisgericht nimmt im Wettbewerb die Rolle eines unabhängigen fachlichen Beraters des Auftraggebers ein. Es entscheidet basierend auf einer qualifizierten Debatte anhand der Beurteilungskriterien in allen Fach- und Ermessensfragen. Dieses Übertragen der Fach- und Ermessensfragen an ein unabhängiges Gremium von Sachverständigen sorgt auch bei subjektiven Ansätzen in der Bewertung von Wettbewerbsarbeiten für ausreichend Transparenz und Gleichbehandlung und qualifizierte Entscheidungen.

Um der Aufgabe einer echten Fachjury nachkommen zu können, bedarf es einer entsprechenden fachlichen Besetzung. Die in Richtlinie und Begutachtungsentwurf vorgesehene Besetzung mit einem Drittel fachlich qualifizierter Preisrichter entspricht nicht den Anforderungen an ein echtes Sachverständigen-gremium. Der Erfahrung nach sollte - wie in den einschlägigen Wettbewerbsordnungen seit vielen Jahren vorgesehen - die Anzahl der Fachpreisrichter im Preisgericht überwiegen.

Weiters wird darauf hingewiesen, dass es nicht nur „reine“ Architekturwettbewerbe gibt, sondern auch Landschaftsarchitekturwettbewerbe. Es gibt zusätzlich auch Wettbewerbe in rein technischen/naturwissenschaftlichen Gebieten wie zB Kulturtechnik und Wasserwirtschaft. Auch in diesen Fällen soll gesichert werden, dass das fachliche Spektrum der Beurteilungskriterien abgedeckt wird und eine Ausgewogenheit bei den Preisrichtern auch bzgl. Zugehörigkeit zu den Interessenvertretungen gegeben ist.

Wir schlagen daher vor, im BVergG 2017 die Mindestanzahl der Fachpreisrichter zu erhöhen sowie die betroffenen Interessenvertretungen zu berücksichtigen und § 165 Abs 4 wie folgt zu ergänzen:

„(4) [...] Wird von den Wettbewerbsteilnehmern eine bestimmte berufliche Qualifikation verlangt, muss mindestens die Hälfte der Preisrichter über dieselbe oder eine gleichwertige Qualifikation verfügen.“

Bei der Bestellung der Mitglieder des Preisgerichtes ist generell darauf zu achten, dass bezüglich deren Zugehörigkeit zu Interessenvertretungen diese ausgewogen vertreten sind und das fachliche Spektrum der Beurteilungskriterien abgedeckt wird.“

### Protokoll des Preisgerichts

Die Nicht-Zulassung zum Verhandlungsverfahren ist gem. § 2 Abs 1 Z 15 eine gesondert anfechtbare Entscheidung und gründet sich auf die im Preisgericht vorgenommenen Beurteilungen. Obwohl das ordnungsgemäß ausgeübte subjektive Ermessen des Preisgerichts vor den Verwaltungsgerichten nicht bekämpft werden kann, können Verfahrensmängel und Abweichung von den Vorgaben des Auftraggebers auch ein Wettbewerbsergebnis mit Rechtswidrigkeit belasten. Da das BVergG jedoch keine verpflichtende Übermittlung des Protokolls der Preisgerichtssitzung und der darin

festgehaltenen Beurteilungen an die nicht zugelassenen Wettbewerbsteilnehmer vorsieht, stehen diese vor erheblichen Schwierigkeiten, gegen mögliche rechtswidrige Entscheidungen Rechtsmittel zu ergreifen.

Wir regen daher an, die verpflichtende Übermittlung der Dokumentation des Preisgerichts („Preisgerichtsprotokoll“) an die Wettbewerbsteilnehmer vorzusehen und § 165 Abs 8 und 9 wie folgt zu ergänzen:

„ (8) Wird im Anschluss an die Durchführung eines Wettbewerbs kein Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages durchgeführt, so hat der öffentliche Auftraggeber die Entscheidung, an welche Wettbewerbsteilnehmer Preisgelder vergeben bzw. Zahlungen erfolgen sollen, die Dokumentation sowie die Zusammensetzung des Preisgerichts allen Wettbewerbsteilnehmern binnen acht Tagen nach seiner Entscheidung bekanntzugeben.

(9) Wird im Anschluss an die Durchführung eines Wettbewerbs ein Verhandlungsverfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages gemäß § 37 Abs 1 Z 7 durchgeführt, so hat der öffentliche Auftraggeber die Entscheidung über die Nicht-Zulassung zur Teilnahme am Verhandlungsverfahren, die Dokumentation sowie die Zusammensetzung des Preisgerichts den nicht zugelassenen Wettbewerbsteilnehmern binnen acht Tagen nach seiner Entscheidung bekanntzugeben.

#### **Anonymität**

Die anonyme Vorlage und Beurteilung der Wettbewerbsarbeiten durch das Preisgericht gilt als zentrales Wesensmerkmal des Wettbewerbs. Dadurch kann sichergestellt werden, dass allein die Qualität der Planungsleistung sowie das eingereichte Projekt im Vordergrund stehen und mögliche Ungleichbehandlungen von Wettbewerbsteilnehmern hintangehalten werden. Eine verfrühte Aufhebung der Anonymität, zB bei Notwendigkeit einer Fragebeantwortung, widerspricht dem Wesen des Planungswettbewerbs und den Vorgaben der Richtlinie. Sollte zur Klärung bestimmter Aspekte der Wettbewerbsarbeiten die Beantwortung von Fragen durch den Wettbewerbsteilnehmer notwendig sein, kann diese ebenso gut in schriftlicher, anonymisierter Form vorgenommen werden.

Wir schlagen daher vor, den Dialog zwischen Wettbewerbsteilnehmer und Preisgericht in § 165 BVergG 2017 wie folgt zu regeln:

(6) [...] Die Bewerber können bei Bedarf aufgefordert werden, zur Klärung bestimmter Aspekte der vorgelegten Wettbewerbsarbeiten ohne Aufhebung der Anonymität Antworten auf Fragen zu erteilen, die das Preisgericht in der Dokumentation festgehalten hat. Über den darüber stattfindenden schriftlichen Dialog zwischen Preisrichtern und den Bewerbern ist ein umfassendes Protokoll zu erstellen. Die Anonymität der vorgelegten Wettbewerbsarbeiten ist bis zur Auswahl des Preisgerichtes zu wahren. [...]

#### **Zu § 181 Abs 2: Aufträge an verbundene bzw. gemeinsame Unternehmen**

In den Erläuterungen wird angeführt, dass § 181 „unverändert die Ausnahmebestimmung betreffend verbundene Unternehmen“ enthalte. Dies ist jedoch nicht korrekt, da § 181 Abs 2 hinsichtlich der Umsatzziele nun auf alle Dienstleistungen bzw. Lieferungen bzw. Bauleistungen abstellt. Der § 176 Abs 2 BVergG 2006 stellt derzeit hingegen auf den durchschnittlichen Umsatz der konkreten Dienstleistung bzw. Lieferung bzw. Bauauftrag ab. In den EBRV 2006 zu § 176 wird schon darauf hingewiesen, dass es sich bei der deutschen Fassung der RL 2004/17/EG um einen Fehler handelt, da die RL nur von der „Erbringung von Lieferungen“ bzw. „Erbringung von Bauleistungen“ spricht.

Um eine einfache und effiziente Abwicklung von Aufträgen innerhalb des Konzerns zu gewährleisten, sollte die jetzige Formulierung des § 176 Abs 2 BVergG 2006 beibehalten werden. § 181 Abs 2 BVergG 2017 sollte daher wie folgt lauten:

„für Dienstleistungsaufträge, sofern unter Berücksichtigung dieser aller Dienstleistungen, die von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre erbracht wurden, mindestens 80 % des insgesamt erzielten durchschnittlichen Umsatzes dieses Unternehmens aus der Erbringung von diesen aller Dienstleistungen für den Sektorenauftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmen stammen.“

Dies sollte gleichermaßen auch für Liefer- und Bauaufträge gelten.

#### **Zu § 200 Abs 3: Vertraulichkeit von Unterlagen betreffend ein Vergabeverfahren, Verwertungsrechte**

Gemäß § 191 Abs 6 BVergG 2006 ist es möglich, die Übermittlung von Unterlagen von Auflagen abhängig zu machen. Die sprachliche Neufassung des § 200 Abs 3 des Begutachtungsentwurfes scheint die Reihenfolge umzudrehen: Auflagen sind nur noch möglich, wenn die Unterlagen bereits übermittelt wurden. Da der Richtlinienentwurf (Art 39 Abs 2) dies nicht so festlegt, ersuchen wir um eine Änderung des Entwurfes:

„(3) Der Sektorenauftraggeber kann den Teilnehmern eines Vergabeverfahrens Anforderungen vorschreiben, die auf den zum Schutz der Vertraulichkeit von Informationen abzielen, die Sektorenauftraggeber den Teilnehmern der ihnen im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stellen, übermitteln bzw. bereitstellen. Gestellten, übermittelten bzw. bereitgestellten Informationen vorschreiben. Dies gilt auch für Bewerber und erfolgreiche Unternehmer im Prüfsystem.“

#### **Zu § 213 Abs 2: Direktvergabe**

Im Wege der Schwellenwertverordnung gemäß § 186 BVergG 2006 beträgt der Schwellenwert für Direktvergaben im Sektorenbereich bereits seit dem Jahr 2012 € 100.000. Nach dem gegenständlichen Entwurf soll die Direktvergabe nur mehr bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 60.000 zulässig sein und damit sogar unter dem früheren gesetzlich festgelegten Wert von 75.000 liegen. Da wir für eine derartige Herabsetzung keinen Grund erkennen können (dies wird weder in der RL 2014/25/EU gefordert noch in den Erläuterungen zum Gesetzesentwurf näher begründet) sollte der bisherige Schwellenwert von € 100.000 unbedingt beibehalten werden.

Auch die Europäische Kommission hat diesen Wert weder kritisch hinterfragt noch beanstandet. Die Direktvergabe ist ein formfreies Vergabeverfahren für schon derzeit wertmäßig relativ geringfügige Leistungsvergaben. Die bisherigen Erfahrungswerte belegen, dass dieser Schwellenwert in den vergangenen Jahren zu einer deutlichen Verkürzung der Dauer bei Vergabeverfahren geführt hat und damit auch Verwaltungskosten in einem hohen Ausmaß eingespart werden konnten. Um weiterhin rasch und direkte Impulse für die Wirtschaft setzen zu können, sollte die Schwellenwert-VO mit der Direktvergabegrenze von EUR 100.000, -- auch nach dem 31.12.2018 weiterhin gelten (Verlängerung der Schwellenwert-Verordnung) bzw. dieser Wert gleich direkt im Gesetz festgelegt werden. Jedenfalls sollte der in § 213 Abs 2 BVergG 2017 festgelegte Schwellenwert nicht unter dem damaligen gesetzlichen Wert von € 75.000 liegen, sondern sogar unter Berücksichtigung von zB Inflationsanpassung auf € 80.000 angehoben werden. Wir schlagen daher zumindest die folgende Änderung vor:

„(2) Eine Direktvergabe ist ausschließlich zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert 80.000 € nicht erreicht.“

#### **Zu § 217 Abs 12: Elektronische Kommunikation**

Derzeit müssen Ausschreibungsunterlagen bei Bereitstellung auf einer elektronischen Plattform vom Auftraggeber nicht signiert werden; siehe Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2012: *„Nicht als „Übermittlung“ im Sinne des Gesetzes gilt die Zurverfügungstellung von Dokumenten im Internet (zB Ausschreibungsunterlagen, die auf der Homepage des Auftraggebers zum Abruf bereitgestellt sind). Eine derartige Bereithaltung bedarf daher keiner elektronischen Signatur.“*

Diese Vorgangsweise sollte unserer Meinung nach unbedingt beibehalten werden. Warum Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen sowie Dokumente, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung stehen, einer qualifizierten elektronischen Signatur bedürfen sollen (§ 217 Abs 12 des Gesetzesentwurfes), ist aus rechtlicher Sicht nicht nachvollziehbar und nicht erforderlich. Mit einer Übermittlung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen kommt noch kein Rechtsverhältnis zu Stande. Wenn das Angebot vom Bieter schon mit einer qualifizierten elektronischen Signatur unterfertigt wird, warum müssen dann noch Dokumente, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung stehen (zB das Leistungsverzeichnis), ebenfalls mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden.

Um keine Unklarheiten zu schaffen, sollte gemäß der Judikatur vorgesehen werden, dass die Angebote nur an einer Stelle unterfertigt werden sollen. Die Regelung ist daher in diesem Punkt schlicht „überschießend“ und mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden.

#### **Zu § 260 Abs 1: Ausschreibungsunterlagen**

Die Regelung im Absatz 1, dass die Ausschreibungsunterlagen vollständig schon mit der Bekanntmachung elektronisch verfügbar sein müssen, ist dahingehend einzuschränken, dass dies nicht für Ausschreibungsunterlagen gilt, die bei einem 2-stufigen Verfahren erst in der 2. Verfahrensstufe (Angebotsphase) erforderlich sind. Unternehmer werden mit Ausschreibungsunterlagen konfrontiert, die für die Legung des Teilnahmeantrages nicht relevant sind (zB Leistungsverzeichnis). Außerdem stellt es für die Sektorenauftraggeber einen erheblichen Mehraufwand dar, schon fix fertige Ausschreibungsunterlagen, die erst in der 2. Verfahrensstufe erforderlich sind, mit dem Zeitpunkt der Bekanntmachung zu veröffentlichen. Dies bewirkt eine erhebliche zeitliche Verzögerung des ganzen Verfahrens, da die Veröffentlichung erst zu einem viel späteren Zeitpunkt erfolgen wird. In der Praxis beginnt der Auftraggeber mit der Suche von qualifizierten Unternehmen und parallel werden die Ausschreibungsunterlagen für die 2. Stufe detailliert ausgearbeitet (Erstellung der ausführlichen Leistungsbeschreibung, Erstellung des Leistungsverzeichnisses, etc.).

#### **Zu § 262 Abs 4 und 5: Bestbieterprinzip für Sektorenauftraggeber**

Die Neuregelung, wonach in den genannten Fällen lediglich „qualitätsbezogene Aspekte“ bei der Leistungsbeschreibung, der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungs- oder Zuschlagskriterien oder beim Leistungsvertrag festgelegt werden müssen, stellen eine sachlich nicht begründbare und nicht nachvollziehbare Schwächung des Bestbieterprinzips dar. Was „qualitätsbezogene Aspekte“ in diesem Zusammenhang sein sollen, ist zu unbestimmt formuliert, inhaltlich unzureichend und praktisch nicht überprüfbar. Auch ist kein sachlicher Grund erkennbar, warum Sektorenauftraggeber (anders als bisher) plötzlich anders behandelt werden sollen als klassische öffentliche Auftraggeber.

Der Regelungsinhalt des § 236 Abs 3 BVergG 2006 ist wiederherzustellen - zumindest für den Fall, dass „es sich um einen Bauauftrag handelt, dessen geschätzter Auftragswert mindestens 1.000.000 Euro beträgt“.

#### **Zu § 281: Ablauf des Verhandlungsverfahrens:**

Kritisch angemerkt wird, dass die Regelungen aus dem klassischen Bereich (§ 114) de facto ident in den Sektorenteil übernommen wurden, obwohl sich die EU-Vergaberichtlinien in den Art. 29 für klassisch öffentliche Auftraggeber bzw. Art. 47 für Sektorenauftraggeber über den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens (bewusst) voneinander wesentlich unterscheiden. Dass auf EU-Ebene ganz

bewusst unterschiedliche Vorgaben für die beiden Vergabebereiche vorgesehen sind, sollte sich bei der nationalen Umsetzung widerspiegeln.

Die gegenständliche Regelung des Ablaufs eines Verhandlungsverfahrens wird in der SektorenRL 2014 nicht vorgegeben und widerspricht daher der Grundregel „kein Gold-Plating“. Es wird daher vorgeschlagen, diese Bestimmung auf die wesentlichen Inhalte zu kürzen.

Beibehalten könnten etwa Abs 6 (Shortlisting), Abs 8 (Bekanntgabe des beabsichtigten Verhandlungsendes), Abs 9 (Verhandlungsmöglichkeit mit nur einem Bieter) und Abs 10 (Vertraulichkeit) werden. Die anderen Absätze sollten jedoch entfallen.

#### **Zu § 281 Abs 5 und 7: Verhandlungsverfahren**

Absatz 7 ist jedenfalls gänzlich zu streichen, da dies eine weitere Verzögerung durch potentielle Einsprüche darstellt.

Auch die Regelung im Abs 2 und im Abs 5, dass die festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien nicht Gegenstand von Verhandlungen sein dürfen bzw. während des Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden dürfen, widerspricht dem Sinn des Verhandlungsverfahrens sowie der Freiheit im Sektorenregime. Die Wahrung der Gleichbehandlung aller Bieter wird schon in den Verfahrensgrundsätzen sowie im Abs 4 vorgegeben. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Änderung von Zuschlagskriterien während des Vergabeverfahrens nur unter sehr eingeschränkten Bedingungen zulässig; die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien darf während des gesamten Verfahrens nicht verändert werden (vgl. EuGH 14.07. 2016, C-6/15, TNS Dimarso NV). Die Änderung darf auch nur dann erfolgen, wenn sich der Bieterkreis nicht ändert (vgl. VwGH 06.03.2013, Zl. 2011/04/0115 u.a.). Nach der Erstellung des Angebots ist die Änderung von Zuschlagskriterien jedenfalls unionsrechtswidrig (vgl. EuGH 24.11.2005, C-331/04, ATI EAC, Rz 28, Slg. 2005, I-10.109). Vor diesem Hintergrund legt die Sektoren-RL fest, dass die Zuschlagskriterien nicht Gegenstand von Verhandlungen sind (vgl. etwa Art. 49 Abs. 3).

Den Sektorenauftraggebern verbleibt daher ein - wenn auch sehr eingeschränkter - Spielraum für die Anpassung von Zuschlagskriterien im Verhandlungsverfahren während der Frist für die Erstellung der Erstangebote, beispielsweise im Rahmen einer neuen Festlegung. Die Umsetzung der Sektoren-RL in § 281 Abs 5 des Entwurfs ist jedoch insoweit überschießend, als hier wie im § 114 Abs 5 neu vorgesehen wird, dass die Zuschlagskriterien „während des [gesamten] Verhandlungsverfahrens“ nicht geändert werden dürfen. Daher sollte - unbeschadet der Forderung nach einer generellen Kürzung des § 281 (siehe oben) jedenfalls in Abs 5 der letzten Satz und der Abs 7 zur Gänze gestrichen werden:

~~„(5) ... Die in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen während des Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden.“~~

~~„(7) Der Sektorenauftraggeber hat jeden verbliebenen Bieter auf dessen Verlangen unverzüglich, jedenfalls aber binnen 15 Tagen nach Einlangen des Ersuchens, über Verlauf und Fortschritt der Verhandlungen zu informieren.“~~

#### **§ 334, 342 und 353: Antragslegitimation der Interessenvertretungen zur Nachprüfung von Ausschreibungsunterlagen vor Ende der Angebotsfrist:**

In den Mitgliedstaaten besteht ein Rechtsschutzdefizit beim Zugang zu Nachprüfungsverfahren hinsichtlich organisierter Interessensgruppen, welches gemäß ErwGr 122 der RL aufgeholt werden muss.

Die Machtverteilung zwischen Auftraggebern und Bietern ist asymmetrisch: Große Auftraggeber verfügen über beachtliche wirtschaftliche Macht. Bieter (insbesondere KMUs) sind bisweilen von



einzelnen Auftraggebern existentiell abhängig. Folge der asymmetrischen Machtverteilung ist, dass vergaberechtliche Bestimmungen missachtet werden, weil die Bieter gegen einen übermächtigen Auftraggeber keine Rechtsschutzverfahren anstrengen wollen und können.

Als gesetzliche Interessensvertretung sehen wir es als unsere im WKG determinierte Aufgabe jedenfalls in der Schaffung von rechtskonformen und fairen Bedingungen für die Berufsausübung unserer Mitglieder. Die Wahrnehmung dieser Aufgabe ist den Fachorganisationen in dem wichtigen Feld des Vergaberechtsschutzes jedoch verwehrt, da Interessensvertretungen über keinerlei Einspruchsrecht bei der Vergabekontrolle verfügen. Dadurch kann weder das berufliche Interesse der Wirtschaftstreibenden an rechtskonformen Auftragsbedingungen, noch das öffentliche Interesse an der sinnvollen Verwendung von Steuergeldern ausreichend gewahrt werden.

Anders als bei der Bekämpfung von Zuschlagsentscheidungen oder Ausscheidensentscheidungen steht im Stadium der Einleitung eines Vergabeverfahrens nicht das Interesse eines konkreten Bieters im Vordergrund. Von rechtswidrigen Ausschreibungs- oder Teilnahmeunterlagen ist der gesamte potentielle Bieterkreis gleichermaßen negativ betroffen. Eine ähnliche Situation besteht bei der rechtswidrigen Vergabe eines Auftrags durch ein Verfahren ohne Bekanntmachung.

Um eine effiziente Überwachung der Einhaltung des Vergaberechts sicherzustellen, ist die Einräumung von Parteirechten für Interessensvertretungen für bestimmte Fälle von anfechtbaren Entscheidungen notwendig (um vor Angebotsöffnung ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen beantragen und diese auf Gesetzmäßigkeit prüfen lassen zu können). Dies gewährleistet einen effektiven Vergaberechtsschutz in Fällen von grundlegender Bedeutung, baut auf bereits vorhandenen Strukturen auf, ist für die öffentliche Hand kostenneutral und kann legislativ ohne umfangreiche Änderungen in das bestehende System des Vergaberechtsschutzes eingefügt werden.

Der § 334 ist um eine Bestimmung zu erweitern, der das Bundesverwaltungsgericht zur Prüfung von Ausschreibungsunterlagen zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz zuständig macht, sofern Interessensvertretungen der Auftragnehmerseite (zB Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten oder Wirtschaftskammer Österreich) entsprechende Unterlagen übermitteln.

Weiters sind folgende Bestimmungen zu ergänzen:

„§ 342

[...]

(5) Eine gesetzliche Interessenvertretung der Auftragnehmerseite kann die Nachprüfung der Ausschreibung, der Aufforderung zur Angebotsabgabe und die Aufforderung zur Vorlage von Wettbewerbsunterlagen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. von ihnen vertretene Mitglieder ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages haben und
2. den Mitgliedern durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden zu entstehen droht.“

§ 353

[...]

(5)

Eine gesetzliche Interessenvertretung der Auftragnehmerseite kann die Feststellung gemäß § 353 Abs 1 Z 2 wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. von ihnen vertretene Mitglieder ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages haben und
2. den Mitgliedern durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.“

### **Zu § 359: Grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Auftraggebern und Behörden**

Diese neue Bestimmung, wonach neben den zuständigen Behörden auch die Landeskammern gemäß § 3 Abs 1 Z 1 des Wirtschaftskammergesetzes 1998 verpflichtet werden, Auftraggebern im Bereich der grenzüberschreitenden Zusammenarbeit Informationen über Unternehmer zu liefern, wird von den Wirtschaftskammern insofern kritisch gesehen, als daraus nicht ersichtlich ist, welche konkrete Hilfeleistung mit welchem damit verbundenen Aufwand von dieser Regelung umfasst ist. Zu hinterfragen ist auch, ob die im Abs 3 Z 1, 2 und 4 angeführten Informationen von den Landeskammern geliefert werden können bzw. dürfen.

Wir fordern daher eine Klarstellung im Gesetz bzw. in den Erläuterungen, welche konkreten Aufgaben und Pflichten hier auf die Landeskammern zukommen.

### **Zu § 360 Abs 6: Statistische Verpflichtungen**

Die in Abs 1 und 6 festgeschriebenen statistischen Pflichten werden als „überbordend“ eingestuft. Vielfach handelt es sich um Informationen, über die der Sektorenauftraggeber selber nicht verfügt. Das Ziel der Sektoren-Richtlinien 2014, einen Beitrag zur Verwaltungsvereinfachung zu leisten, wird geradezu konterkariert. Die statistische Verpflichtung in § 360 Abs 6 stellt für Auftraggeber einen hohen Verwaltungsaufwand dar und geht über die Anforderungen der EU-Richtlinien hinaus. Gemäß Art. 83 Abs 3 und Art. 85 Abs 2 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 101 Abs 2 der Richtlinie 2014/25/EU wäre nur alle 3 Jahre eine Meldung durch die Mitgliedstaaten an die Kommission zu erstatten. Wie die Mitgliedstaaten zu den Informationen kommen, lässt die Richtlinie offen: Es können daher vom nationalen Gesetzgeber auch weit weniger statistische Angaben gefordert werden als im Begutachtungsentwurf vorgesehen.

Die Umsetzung in der vorgeschlagenen Form ist daher überschießend und bedeutet eine weitere Erhöhung des Verwaltungsaufwandes, deren Kosten die Auftraggeber zu tragen haben. Um überhaupt die geforderten Informationen zu erhalten, müssen diese im Vergabeverfahren bei den Auftragnehmern abgefragt werden.

### **Zu § 363: Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmern**

Die Regelung übernimmt den § 83 Abs 5 BVergG 2006, streicht aber die Zustimmungsfiktion bei fehlender Ablehnung des Subunternehmers durch den Auftraggeber nach 3 Wochen. Diese Zustimmungsfiktion muss unverändert erhalten bleiben.

Streicht man die Zustimmungsfiktion, würde ein nachgenannter Subunternehmer, zu dem sich der Auftraggeber nicht äußert, nicht genehmigt werden. Es würde stets die Haftung nach § 10 LSD-BG eintreten. Der Auftragnehmer hat bei einem nachgenannten Subunternehmer (der zB erforderlich wird, weil der ursprüngliche Subunternehmer in Konkurs gegangen ist) nur mehr die theoretische Wahl, zu haften oder die Leistung nicht zu erbringen.

Eine praktische Konsequenz könnte sein, dass hier eine deutliche Ausweitung der Subunternehmernennungen durch den Auftragnehmer schon in der Angebotsphase erfolgt und damit ein deutlich erhöhter administrativer Aufwand bei allen Beteiligten entsteht. Dem steht aber die Bestimmung in § 98 Abs 2 entgegen, wonach der Auftraggeber die Nennung der Subunternehmer im Angebot einschränken kann. Letztendlich würde die fehlende Zustimmungsfiktion dazu führen, dass die Mitverantwortung des Auftraggebers für saubere Subvergaben nicht mehr wahrgenommen werden müsste.

Dem § 363 Abs 1 ist als vorletzter Satz einzufügen: „Die Zustimmung des Auftraggebers gilt als erteilt, sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung gemäß dem ersten Satz abgelehnt hat.“

**Zu § 364: Haftung des Auftragnehmers im Zusammenhang mit Subunternehmern (nicht mehr im Begutachtungsentwurf enthalten!)**

Jegliche im Bundesvergabegesetz verankerte erweiterte Haftung des Generalunternehmers für Gehaltsansprüche der Arbeitnehmer der Subunternehmer wird kategorisch abgelehnt. Weitere Verschärfungen gegenüber der in den letzten Jahren laufend verschärften Gesetzeslage sind weder notwendig noch für die Unternehmen akzeptabel. Grundsätzlich sollten Spezialfragen in den einschlägigen Gesetzesmaterien geregelt werden.

Dementsprechend hat unseres Erachtens eine Haftungsregelung zur Unterentlohnung von Mitarbeitern von Subunternehmern im Vergaberecht nichts verloren.

**Zu § 366: Änderungen während der Laufzeit**

Im Interesse der Rechtssicherheit aller Vertragsparteien sollten die Erläuterungen zu § 366 Abs 3 Z 2 festhalten, dass Änderungen im Rahmen des in der ÖNORM B 2110 festgehaltenen Leistungsänderungsrechts des Auftraggebers jedenfalls unwesentliche Änderungen iSd BVergG darstellen. Außerdem braucht es eine generelle Auslegung, ab wann das „Wesentlichkeitskriterium“ erfüllt ist. Als Definition wäre eine 50 %-Grenze denkbar. Daher ist eine entsprechende Klarstellung in den Erläuterungen notwendig.

**Zu § 368: Meldung Baustellendatenbank**

Die im Entwurf enthaltene Bestimmung wird begrüßt, sofern sichergestellt ist, dass dadurch kein zusätzlicher Aufwand für die Bieter entsteht. Die Meldepflicht sollte jedenfalls ausschließlich beim Auftraggeber liegen.

Eine Überwälzung dieser Meldepflichten auf die Bieter muss gesetzlich ausgeschlossen werden.

**Zu § 369: Empfang und Verarbeitung elektronischer Rechnungen**

Wir fordern die Streichung der Worte „im Oberschwellenbereich“, weil Unternehmen auch im Unterschwellenbereich die Möglichkeit (d.h. aber keine Verpflichtung) haben sollen, ihre Rechnungen elektronisch dem Auftraggeber vorzulegen.

**Zu Anhang X Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit**

**Anforderungen an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit: Mindestumsatz für Geistige Dienstleistungen**

Dem Auftraggeber ist es gemäß Anhang X Abs. 2 nach den Vorgaben der EU-Richtlinie möglich, einen jährlichen Mindestumsatz bis zum zweifachen Auftragswert für die Zulassung zum Vergabeverfahren zu fordern. Obwohl diese Regelung als Erleichterung für KMU gedacht ist, geht eine Umsatzanforderung in dieser Höhe an der Realität der österreichischen Planungsbüros und deren flexibler Arbeitsweise völlig vorbei.

Es ist uns daher wichtig, im Gesetz bzw. in den Erläuterungen ausdrücklich klarzustellen, dass der zweifache Auftragswert eine Maximalgrenze darstellt, die nur ausgeschöpft werden darf, soweit der Auftragsgegenstand dies rechtfertigt. Dies wird bei öffentlichen Planungsaufgaben und deren durchschnittlicher Projektdauer nur selten der Fall sein.

**Zu Anhang XI Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit für Geistige Dienstleistungen**

Die Erfüllung eines großen öffentlichen Planungsauftrages erstreckt sich häufig über mehrere Jahre. Zu enge und starre Zeiträume, für welche Referenzen in Vergabeverfahren beigebracht werden können, gehen daher bei Planungsausschreibungen oft an der Realität vorbei und führen für österreichische Planungsbüros, fast durchwegs KMU, zu einer unnötig erschwerten Teilnahmemöglichkeit. In gleicher Weise gilt dies für überzogene Anforderungen an den geforderten Mindestumsatz, die die flexible, am Markt orientierte Arbeitsweise von österreichischen Planungsbüros völlig außer Acht lässt.

## Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit: Zulässige Referenzzeiträume

Insbesondere bei Planungsleistungen führt eine zeitliche Eingrenzung von zulässigen Referenzprojekten schnell dazu, dass kein ausreichender Wettbewerb mehr gewährleistet ist. Die Erfüllung eines Planungsauftrages in Österreich erstreckt sich aufgrund des umfassenden Leistungsbildes sehr oft über Zeiträume von mehreren Jahren. Die bisher übliche Dreijahresfrist für Referenzen führt bei der Ausschreibung von Bauplanungsleistungen für die vorwiegend klein- und mittelständischen Planungsbüros generell zu unangemessen erschwerten Teilnahmemöglichkeiten.

Anhang XI des BVergG 2017 lässt nun den Vorgaben der Richtlinie entsprechend eine Öffnung des Referenzzeitraums zu. Der Auftraggeber kann zur Gewährleistung eines ausreichenden Wettbewerbs in der Ausschreibung auch Referenzen von erbrachten Leistungen berücksichtigen, die länger als drei Jahre zurückliegen. Wir regen an, aufgrund der dargelegten verengten Wettbewerbssituation für den Planungsbereich generell eine Öffnung des Referenzzeitraumes im BVergG 2017 zuzulassen.

Anhang XI Abs 3 Z 1 wäre daher folgendermaßen zu ergänzen:

„(3) [....]

1. [...] Bei Bauplanungsleistungen ist zur Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbs grundsätzlich die Einräumung eines längeren Zeitraums, aus dem die Referenzen stammen dürfen, erforderlich.“

Alternativ schlagen wir folgende Formulierung in den Erläuterungen zum BVergG 2017 vor:

„Im Bereich Planungsleistungen von Ingenieuren und Architekten ist aufgrund der regelmäßig langen Projektdauer die rückschauende Betrachtung von drei Jahren in der Regel zu kurz für aussagekräftige Referenzen. Bei der Vergabe solcher Leistungen ist daher die Einräumung eines längeren Zeitraums, aus dem die Referenzprojekte stammen dürfen, naheliegend. Es kann sowohl für die Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbs erforderlich, als auch für den Auftraggeber von Vorteil sein, wenn Projekte aus einer längeren Periode als Referenzen angeführt werden können.“

## Inhaltliche Anforderungen an die Referenzen

Der Grundsatz, wonach der Auftraggeber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit geeignete Referenzprojekte verlangen kann, erfordert in der Regel nicht die Vorlage gleicher, sondern nur vergleichbarer Projekte, mit denen der Nachweis erbracht wird, dass der Bieter zur Bewältigung von Aufgaben mit vergleichbaren Anforderungen technisch in der Lage ist.

Im Gegensatz zu der weit verbreiteten Vergabepaxis sollte der Ansatzpunkt für die Vergleichbarkeit daher nicht ein mit dem Leistungsgegenstand identisches Referenzprojekt, sondern ein Projekt mit vergleichbaren Anforderungen und vergleichbarer Komplexität sein. Bei Referenzprojekten im Bauplanungsbereich sollte daher stärker auf die Vergleichbarkeit der Planungs- und Beratungsanforderungen der eingereichten Referenzprojekte mit der ausgeschriebenen Leistung abgestellt werden und nicht, wie oft üblich, auf dieselbe Nutzungsart des Gebäudes.

Zur Klarstellung regen wir daher folgenden ergänzenden Absatz 4 in Anhang XI (als Alternative: in den Erläuterungen zum BVergG 2017) an:

(4) Verlangt der öffentliche Auftraggeber geeignete Referenzen im Sinne von Anhang XI Abs 3 Z 1, so lässt er hierfür Referenzen zu, deren Anforderungen und Komplexität mit denjenigen der zu

vergebenden Leistung vergleichbar sind. Für die Vergleichbarkeit von Planungsreferenzen ist es in der Regel unerheblich, ob der Bewerber bereits Projekte derselben Nutzungsart geplant hat.

**Zu den Erläuterungen:**

**Pkt. 6 - umzusetzende bzw. zu berücksichtigende EU-Rechtsvorschriften:**

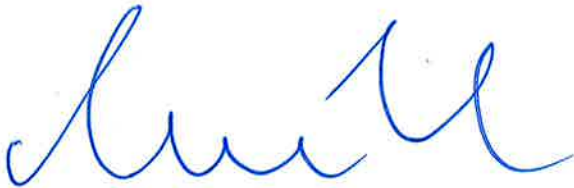
In Pkt. 6.6 wäre die „PSO“-Verordnung in der aktuellen Fassung der Verordnung (EU) 2016/2338, ABl. Nr. L 354 vom 23.12.2016, S. 22, zu zitieren.

**Zu Artikel 2 gesetzliche Regelungen ab Okt. 2018**

**§ 64 und § 234 Bekanntmachungen in Österreich**

Hier sprechen wir uns dafür aus, die Inhalte der Bestimmungen des § 64 und des § 234 keiner neuerlichen Novellierung zu unterziehen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Christoph Leitl  
Präsident



Mag. Anna Maria Hochhauser  
Generalsekretärin

Anlage

