

ÖSTERREICHISCHER WASSER- UND ABFALLWIRTSCHAFTSVERBAND

A-1010 Wien, Marc-Aurel-Straße 5, Telefon: 0043/1/535 57 20 FAX: 0043/1/535 40 64, E-mail: buero@oewav.at

An das
Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Per E-Mail an: v@bka.gv.at

EV/CL
Wien, 22. September 2011

Betreff: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011); Stellungnahme des ÖWAV
ZI.: BKA-600.883/0040-V/8/2011

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Österreichische Wasser- und Abfallwirtschaftsverband (ÖWAV) ist ein gemeinnütziger Verein und versteht sich als unabhängiger Anwalt für die Erreichung der nachhaltigen Ziele der Wasser-, Abwasser- und Abfallwirtschaft in Österreich und vertritt mit seinen ca. 2.300 Mitgliedsorganisationen die Gesamtheit der Wasser- und Abfallwirtschaft in Österreich.

In seiner Funktion als Plattform für alle Belange der Wasser-, Abwasser- und Abfallwirtschaft in Österreich erlaubt sich der ÖWAV zur geplanten Novelle des Bundesvergabegesetzes wie folgt Stellung zu nehmen:

Allgemein

Der ÖWAV darf zunächst auf seine Stellungnahme vom 23.12.2010 zu der vom Bundeskanzleramt angeregten Evaluierung zu den Vergabevorschriften für den Unterschwellenbereich des BVergG 2006, ZI.: BKA-600.883/0074-V/2010, verweisen. Bedauerlicherweise wurden diese aus unzähligen praktischen Erfahrungen unserer Mitglieder gewonnenen Anregungen nicht aufgegriffen. Die nunmehr vorgeschlagene Senkung der Schwellenwerte geht in die Gegenrichtung und lässt die praktischen Anforderungen unberücksichtigt: Der Rückschritt auf Schwellenwerte des Jahres 2006 übersieht die positiven Erfahrungen der vergangenen zwei Jahre und lässt die seit 2006 wahrgenommene Preissteigerung außer Betracht. Der Bundesgesetzgeber möge seinen gemeinschaftsrechtlichen Gestaltungsspielraum im Unterschwellenbereich voll ausschöpfen und den mit der Schwellenwertverordnung 2009 beschrifteten Weg der Vereinfachung der Vergabevorschriften im Unterschwellenbereich konsequent fortsetzen!

1. Schwellenwerte

1.1 Permanente Erhöhung des Schwellenwertes für die Direktvergabe auf EUR 100.000,00 (§ 41 Abs 2 Z 1)

Erwägung: Mit Verordnung BGBl 2009/II/125 wurde der Wert für die Direktvergabe auf EUR 100.000,00 bis zum 31.12.2010 erhöht. Die Vollzugspraxis der vergangenen zwei Jahre hat eine erhebliche Erleichterung mit sich gebracht, ohne dass den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen widersprochen worden wäre. Der nunmehrige Vorschlag der Wiedereinführung

des vormaligen Werts von EUR 40.000,00 wäre mit einem erheblichen Mehraufwand verbunden, ohne dass gemeinschaftsrechtliche Erfordernisse bestünden.

Vorschlag: § 41 Abs 2 Z 1 ist dahin zu ändern, dass auf den geschätzten Auftragswert EUR 100.000,00 abgestellt wird.

1.2 Permanente Erhöhung des Schwellenwertes für die Direktvergabe auf EUR 100.000,00 für nicht prioritäre Dienstleistungen und Sektorenbereich (§ 141 Abs 3 bzw. § 201 Abs 2)

Erwägung: Anders als zu § 41 sieht der vorliegende Gesetzesentwurf keine Vorschläge für nicht prioritäre Dienstleistungen und Sektorenbereich (§ 141 Abs 3 bzw. § 201 Abs 2) vor und schafft in Verbindung mit der Befristung der Verordnung BGBl 2009/II/125 bis zum 31.12.2011 Rechtsunsicherheit. Sowohl für nicht prioritäre Dienstleistungen als auch für den Sektorenbereich gilt, dass dem Bundesgesetzgeber ein ausreichender Gestaltungsspielraum zusteht, um den bisherigen Schwellenwert von EUR 100.000,-- festzuschreiben.

Vorschlag: § 141 Abs 3 bzw. § 201 Abs 2 sind dahin klarzustellen, dass auf den geschätzten Auftragswert EUR 100.000,00 abgestellt wird.

1.3 Permanente Erhöhung des Schwellenwertes für die Vergabe von Bauaufträgen im nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung auf EUR 1.000.000,00 (§ 37)

Erwägung: Unverständlich ist der Rückschritt der Schwellenwerte für nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung sogar unter das Niveau von 2002! Damit werden vor allem kleinste Bauverfahren erheblich erschwert, was mit erheblichen Mehrkosten und Zeitverzug verbunden sein wird. Zu beachten sind die unzähligen Kleinlose, deren Auftragswerte zwischen EUR 120.000,-- und 60.000,-- gelegen sind. Damit wird indirekt die Vergabe an Generalunternehmer gefördert, was in Form des Generalunternehmerzuschlags von mehreren Prozentpunkten zu einer erheblichen Verteuerung öffentlicher Bauvorhaben führen wird!

Zu Recht wurde mit Verordnung BGBl 2009/II/125 der Wert für die nicht offenen Verfahren bei Bauaufträgen auf EUR 1.000.000,00 bis zum 31.12.2010 erhöht. Die Vollzugspraxis der vergangenen zwei Jahre hat eine erhebliche Erleichterung mit sich gebracht, ohne dass den gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen widersprochen worden wäre.

Vorschlag: § 37 Z 1 ist dahin zu ändern, dass auf den geschätzten Auftragswert EUR 1.000.000,00 und § 37 Z 2 auf EUR 100.000,-- abgestellt wird.

1.4 Sonderregelung für geistige Dienstleistungen im Unterschwellenbereich

Erwägung: Auch der vorliegende Entwurf zu § 38 Abs 3 sieht eine gemeinschaftsrechtlich nicht gebotene Verschärfung für die Vergabe geistiger Dienstleistungen vor. Die von uns kritisierte Unklarheit der Umstände, unter denen diese Ausnahmebestimmung gewählt werden kann, wurde nicht entschärft; die Bekanntmachungspflicht des „Gesamtpreises“ bringt inhaltlich nichts, solange nicht Umfang und Inhalt der Leistung genau beschreiben sind. Der Schwellenwert sollte fixiert werden, was den Vollzug vereinfacht.

Vorschlag: § 38 Abs 3 lautet wie folgt: „Auftraggeber können Aufträge über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer vergeben, sofern dieser aufgrund bisheriger Tätigkeiten über Vorkenntnisse verfügt, die eine qualitativ bessere und wirtschaftlichere Leistungserbringung erwarten lassen und der geschätzte Auftragswert EUR 120.000,-- nicht erreicht.“

2. *Zur vorgeschlagenen Direktvergabe mit vorangehender Markterkundung (§§ 41a, 201a)*

Erwägung: Diese neue Verfahrensart wird zwar grundsätzlich als weiterer Beitrag zur Verwaltungsvereinfachung anerkannt. Die derzeitige Ausgestaltung lässt jedoch erhebliche Aufwendungen und Risiken befürchten:

§ 41a Abs 4 bzw. § 201a Abs 4 sprechen von Kriterien, anhand derer Unternehmer zur Angebotsabgabe eingeladen bzw. Angebote bewertet werden sollen. Damit ist das intendierte formfreie Vergabeverfahren im Sinn einer bloßen Markterkundung (inwieweit gibt es Interessenten) ausgeschlossen. Entgegen der Überschrift ist eine bloße Markterkundung und eine damit verbundene Feststellung, dass der Interessentenkreis sich de facto auf ein Unternehmen beschränkt, ausgeschlossen. Dies sollte jedoch möglich sein.

Überschießend ist die Bekanntmachungsverpflichtung der vergebenen Aufträge. Diese Bekanntmachungsverpflichtung geht über die Pflichten hinaus, die normalerweise im Unterschwellenbereich gelten. Vor allem die Verpflichtung zur Bekanntgabe des Gesamtpreises lässt befürchten, dass die Preise für derartige Kleinaufträge sich in Zukunft erhöhen werden. Die geschaffene Transparenz gibt vor allem den Unternehmen einen guten Überblick über Marktpreise und notwendige Preisanpassungen.

Vorschlag: § 41 a Abs 4 und § 201a Abs 4 lauten wie folgt: „Der Auftraggeber muss objektive, nicht diskriminierende Kriterien festlegen, anhand derer er zum Ergebnis der Markterkundung kommt.“

§ 41 a Abs 5 und § 201a Abs 5 lauten wie folgt: „Der Auftraggeber kann die erfolgte Vergabe eines Auftrags im Wege einer Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung in dem gemäß § 55 Abs 2 festgelegten Publikationsmedium bekannt machen.“

3. *Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit*

Erwägung: § 75 Abs 5 Z 1 BVergG 2006 bestimmt, dass als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Lieferaufträgen eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Lieferungen gefordert werden kann. In diesem Sinn bestimmen auch § 75 Abs 6 Z 1 bzw. § 75 Abs 7 Z 1 BVergG 2006, dass zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen und bei Dienstleistungen eine Liste der wesentlichen in den letzten drei Jahren erbrachten Dienstleistungen gefordert werden kann.

Diese Einschränkung der Nachweise von Referenzaufträgen auf Referenzen der vergangenen drei Jahre (Dienstleistungs- bzw. Lieferaufträge) bzw. fünf Jahre (Baufaufträge) hat zur Folge, dass als technisch leistungsfähig nur jene Unternehmer gelten, die in den letzten drei bzw. fünf Jahren relevante Aufträge/Leistungen erbracht haben. Dagegen gelten Unternehmer, die in den letzten drei bzw. fünf Jahren zu wenige Referenzen/Aufträge erfüllt haben, als nicht bzw. zu wenig technisch leistungsfähig, obwohl sie möglicherweise in der Vergangenheit zahlreiche vergleichbare Referenzaufträge erfolgreich abgewickelt haben und in diesem Zusammenhang unstrittig über das diesbezügliche Know-how verfügen. Verstärkt wird diese Problematik im Bereich der Planung, Errichtung und Abwicklung von Abwasserreinigungsanlagen, Abfallbehandlungsanlagen und vergleichbaren technisch komplexen Anlagen. Österreich hat in den vergangenen 15 Jahren nahezu alle für die Abwasserreinigung erforderlichen Anlagen errichtet, sodass nunmehr die Referenzen "ausgehen" und nur noch vereinzelt Referenzaufträge zur Vergabe gelangen. Verbunden mit den relativ kurzen Fristen zur Nutzung von Referenzen hat dies eine Benachteiligung der österreichischen Planer bzw. Anlagenerrichter bei der Beurteilung ihrer technischen Leistungsfähigkeit zur Folge. Trotz ih-

rer nachgewiesenen technischen Kompetenz (oftmals auch Vorreiterrolle im Vergleich zu ihren ausländischen Mitbewerbern) können sie heutzutage nur schwer aktuelle Referenzen vorweisen, wohingegen ausländische Mitbewerber, in deren Ländern noch ein Aufholbedarf besteht, leichter derartige Referenzen vorweisen können.

Vorschlag: In Kenntnis der einschlägigen Vorschrift der Richtlinie 2004/18/EG schlagen wir folgenden ergänzenden Absatz zu § 75 BVergG 2006 vor:

"(8) Dem Auftraggeber steht es frei, Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) zuzulassen, die älter sind als drei bzw. fünf Jahre. Der Auftraggeber hat die Verlängerung dieser Frist zu begründen."

4. **Ausnahmen vom Geltungsbereich des BVergG 2006 – Interkommunale Kooperation**

Erwägung: Der EuGH hat mit seiner Rechtsprechung in der Rechtssache C-480/06 „Stadtreinigung Hamburg“ interkommunale Kooperationen vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinie als ausgenommen angesehen. Hinzu kommt, dass Art 4 Abs 4 EUV bzw. das Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse (Nr. 26) die lokale Selbstverwaltung und kommunaler Interessen an der Erbringung von Diensten im allgemeinen Interesse stärkt. Gemeinschaftsrechtlich sind interkommunale Kooperationen zulässig.

Vorschlag: Dies sollte das BVergG 2006 durch die Aufnahme folgender Ausnahmebestimmung klarstellen:

„(§ 10 Z 18) für Aufträge, die ein öffentlicher Auftraggeber im Wege der interkommunalen Kooperation erbringen lässt.“

5. **Grenzüberschreitende zentrale Beschaffungsstellen/Einkaufsgemeinschaften (ZBS)**

Erwägung: Zweifel bestehen, inwieweit nach dem BVergG 2006 grenzüberschreitende Einkaufsgemeinschaften/ZBS tätig werden dürfen, insbesondere inwieweit derartige ZBS berechtigt sind im Namen und auf Rechnung österreichischer Auftraggeber Vergabeverfahren durchzuführen, die zwar den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien (2004/18/EG bzw. 2004/17/EG) und den nationalen Vergabevorschriften entsprechen, in dem die Einkaufsgemeinschaft ihren Sitz hat, nicht jedoch dem BVergG 2006 entsprechen. Sollten derartige grenzüberschreitende ZBS/Einkaufsgemeinschaften das BVergG 2006 in seinen Einzelbestimmungen einhalten müssen, wäre österreichischen Auftraggebern die Teilnahme daran versagt. Nachteile sind für österreichische öffentliche Auftraggeber vor allem dort zu erwarten, in denen öffentliche Auftraggeber in Österreich nur wenigen Bietern gegenüber stehen. Ziel ist es, durch die grenzüberschreitende Beschaffung auch allfällige Kostenvorteile in anderen Mitgliedstaaten zu lukrieren.

Vorschlag: Zur Sicherstellung der Zulässigkeit einer derartigen zentralen grenzüberschreitenden Beschaffung mögen folgende Änderungen vorgenommen werden:

„§ 10. Dieses Bundesgesetz gilt nicht
[...]

14. für die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen durch Auftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG oder die gesetzlichen Bestimmungen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union eingehalten hat, die den Vorgaben der 2004/18/EG entsprechen.

15. für die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle durch Auftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Auftraggeber, sofern die

zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG oder die gesetzlichen Bestimmungen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union einhält, die den Vorgaben der Richtlinie 2004/18/EG entsprechen.“

3. § 175 Z 12 und Z 13 BVergG lauten wie folgt:

„§ 175. Dieses Bundesgesetz gilt nicht
[...]

12. für die Beschaffung von Liefer- oder Dienstleistungen durch Sektorenauftraggeber von einer zentralen Beschaffungsstelle, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen der Richtlinien 2004/18/EG oder 2004/17/EG oder die gesetzlichen Bestimmungen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union eingehalten hat, die den Vorgaben dieser Richtlinien entsprechen.

13. für die Beauftragung einer zentralen Beschaffungsstelle durch Sektorenauftraggeber mit der Beschaffung von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen für diese Sektorenauftraggeber, sofern die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieser Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen die Bestimmungen der Richtlinien 2004/18/EG oder 2004/17/EG oder die gesetzlichen Bestimmungen eines Mitgliedstaates der Europäischen Union einhält, die den Vorgaben dieser Richtlinien entsprechen.“

6. Strafrahmen (§ 344 Abs 2 BVergG 2006)

Erwägung: Kritisch wird die Erhöhung des Strafrahmens in § 344 Abs 2 BVergG 2006 gesehen. Die Erhöhung des Strafrahmens um mehr als das Dreifache ist sachlich nicht gerechtfertigt, noch dazu vor dem Hintergrund der zahlreichen Mitteilungs-, Auskunfts- und Vorlagepflichten. Der zu Z 65 in den Erläuterungen genannte Grund lässt unberücksichtigt, dass im Fall der angesprochenen „finanziellen Implikationen“ der schuldhaft Auftraggeber hiefür ohnehin haftet. Die Verdreifachung der Strafsanktion ist überschießend.

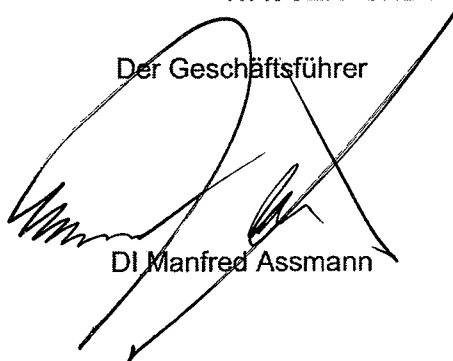
Vorschlag: § 344 Abs 2 BVergG 2006 bleibt unverändert

Namens des Österreichischen Wasser- und Abfallwirtschaftsverbandes (ÖWAV) danken wir für die Möglichkeit zur Stellungnahme und hoffen, dass unsere Anregungen Berücksichtigung finden werden. Für Rückfragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung und verbleiben

mit freundlichen Grüßen

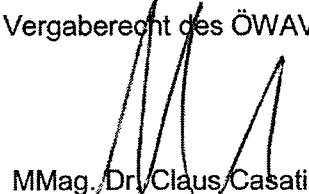
ÖSTERREICHISCHER WASSER- UND ABFALLWIRTSCHAFTSVERBAND

Der Geschäftsführer



DI Manfred Assmann

Der Vorsitzende des Arbeitsausschusses
Vergaberecht des ÖWAV



MMag. Dr. Claus Casati