

**Forderungen des Fachverbandes Ingenieurbüros zur bevorstehenden BVergG Novelle
anlässlich der Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (RL 2014/24/EU)**

auf einen Blick:

Einleitend ist festzuhalten, dass - wie auch eine Umfrage bei den Fachgruppen Ingenieurbüros ergeben hat - der Wunsch besteht, dass

- öffentliche Auftraggeber auch weiterhin Aufträge **bis zu 100.000 Euro direkt** an Unternehmen der Bau-, Liefer- und Dienstleistungsbranchen vergeben können, dh Prolongierung der Schwellenwerte-VO oder besser noch Freigabe dieser Grenze direkt durch Gesetz- ohne Notwendigkeit einer jährlichen Prolongierung.
- zusätzliche **Vereinfachungen** der überaus komplizierten Vergabevorschriften und **Entbürokratisierung** der Auftragsvergabe speziell für kleinstrukturierte Betriebe verankert werden sollen.

***I. Verzicht auf Totalunternehmervergaben;
getrennte Vergabe von Planung und Ausführung***

+Absicherung des Vergaberechts für KMUs statt Totalunternehmervergabe

+ Verpflichtung, Planung (insbesondere Beratung, Grundlagenermittlung, Planung, Mitwirkung bei der Vergabe, Bauaufsicht, Abnahme- und Rechnungsprüfung; vgl. Leistungsbilder, unverbindliche Kalkulationsempfehlungen des Fachverbandes Ingenieurbüros) und Ausführung getrennt zu vergeben

II. Partizipation der Kammern am Vergaberechtschutz

+ Schaffung einer Schlichtungsstelle auf Bundesebene mit Antragslegitimation der Kammern zur Überprüfung der Gesetzeskonformität von Auslobungsunterlagen

+ Antragslegitimation der Kammern vor dem BVwG (beschränkt auf Fälle, in denen die Schlichtungsstelle angerufen wurde)

III. Berücksichtigung der Besonderheiten im Planungswettbewerb

+ Bestehende Wettbewerbsordnungen der Kammern in Verordnungsrang heben.

+ Jedenfalls Verankerung der wichtigsten Grundsätze des Planungswettbewerbs im BVergG (wzB. Unabhängigkeit des Preisgerichts vom Teilnehmer und Auftraggeber).

IV. Erweiterung der Palette der Sonderregelungen für geistige Dienstleistungen

+ bei den Zuschlagsprinzipen: Best- statt Billigstbieterprinzip

+ im Verhandlungsverfahren: Es sind insbesondere klare Regelungen zur Kommissionsentscheidung im Sinne von Transparenz und Gleichbehandlung notwendig, zB. muss mindestens ein Drittel der Kommissionsmitglieder dieselbe fachliche Qualifikation wie die Bieter aufweisen.

+ bei der Eignung: Gesetzliche Vorgaben zu Mindestumsatzgrenzen und Referenzzeiträumen dürfen die Teilnahme von Erbringern geistiger Dienstleistungen nicht unangemessen einschränken.

Begründung der Forderungen:

I. Verzicht auf Totalunternehmervergaben; getrennte Vergabe von Planung und Ausführung

-> **Absicherung des Vergaberechts für KMUs statt Totalunternehmervergabe**

-> **Verpflichtung, Planung (insbesondere Beratung, Grundlagenermittlung, Planung, Mitwirkung bei der Vergabe, Bauaufsicht, Abnahme- und Rechnungsprüfung; vgl. Leistungsbilder, unverbindliche Kalkulationsempfehlungen des Fachverbandes Ingenieurbüros) und Ausführung getrennt zu vergeben**

Wie bereits im Salzburger „Fairnesskatalog“ festgeschrieben, vertritt auch der Fachverband Ingenieurbüros die Auffassung, dass grundsätzlich von Totalunternehmeraufträgen abgesehen werden soll.

Die Praxis zeigt, dass bei solchen Aufträgen

-der Bieterkreis wegen der umfangreichen fachlichen und wirtschaftlichen Anforderungen eingeschränkt ist und KMUs ausgeschlossen werden.

-die konkret zu erbringenden Leistungen (vollständig technische Leistungsbeschreibung, umfassende Definition der technischen Mindestanforderungen) gar nicht vorliegen, weil es noch keine Planung (!) gibt

-die Vergabe von öffentlichen Aufträgen, die die Ausführung und Planung beinhalten - d.h. es wird eine Ausführung beauftragt, für die es noch keine Planung gibt - verheerende Folgen hat.

Diese Art der Vergabe verschlechtert massiv die Wettbewerbsbedingungen der Auftragnehmer und führt gleichermaßen zu einer massiven Verschlechterung der Qualität der Leistung. Der Fachverband Ingenieurbüros ist daher im Sinne des österreichischen Steuerzahlers und der vielen davon betroffenen KMUs der Auffassung, dass der Öffentliche Auftraggeber im Bundesvergabegesetz ausdrücklich verpflichtet werden soll, von Totalunternehmervergaben abzusehen und insbesondere dazu verpflichtet werden soll Planung und Ausführung getrennt zu vergeben, um somit seine Aufgabe und seine Verantwortung als Bauherr zu erfüllen. Total-Unternehmer erhalten nach den Regeln des BVergG den Auftrag handeln und vergeben Aufträge selbst nach Willkür. Das ist zwar legal, für ein Großprojekt nur einen Auftrag nach dem BVergG einem Totalunternehmer zu vergeben, die weiteren Vergaben, die nicht mehr dem Vergaberecht unterliegen, laufen - und auch das zeigt die Praxis - jedoch nicht fair ab. Damit werden nicht nur Lieferanten und Ausführende, sondern auch Planer ausgequetscht und sind in Kürze nur noch Handlanger der großen 5 (oder wieviel immer).

II. Partizipation der Kammern am Vergaberechtschutz

- durch Einführung einer **Schlichtungsstelle** auf Bundesebene mit **Antragslegitimation der Kammern** zur Überprüfung der Auslobungsunterlagen und
- einer an das Schlichtungsverfahren anschließenden Antragslegitimation der Kammern vor dem BVwG („**Verbandsklage eingeschränkt**“).

- In den Mitgliedstaaten besteht ein Rechtsschutzdefizit beim Zugang zu Nachprüfungsverfahren hinsichtlich organisierter Interessensgruppen, welches gemäß ErwGr Nr. 122 der RL aufgeholt werden muss.
- Die Machtverteilung zwischen Auftraggebern und Bietern ist asymmetrisch: Große Auftraggeber verfügen über viel wirtschaftliche Macht. Bieter (insbesondere KMUs, wie sie vom Fachverband Ingenieurbüros vertreten werden) 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 Vergabeverfahren anstrengen wollen und können. Das kann nicht im Interesse des Bundesgesetzgebers sein.
- Gesetzliche Interessensvertretungen könnten dagegen sehr wohl Vergabeverfahren (oder, wenn dies zu weitreichend erscheint, Schlichtungsverfahren) einleiten.
- Gäbe es so eine Antragslegitimation der Kammern, müssten sich die Auftraggeber verstärkt um gesetzeskonforme Ausschreibungen bemühen. Dabei können die Auftraggeber von den Kammern zum Beispiel im Zuge von Kooperationsvereinbarungen unterstützt werden. So kann bereits im Vorfeld ein langwieriges Nachprüfungsverfahren abgewandt werden. Dies würde überdies langfristig zu einem fairen, qualitätsorientierten Wettbewerb führen.
- Eine Schlichtungsstelle auf Bundesebene hat es bereits von Anbeginn der Einführung der bundesvergabegesetzlichen Regelungen in Österreich gegeben. Die Bundesvergabekontrollkommission (kurz: BVKK) war bis zum BVergG 2002 auch obligatorisch anzurufen, wenn ein Nachprüfungsantrag vor Anbotsöffnung gestellt wurde. Erst wenn beispielsweise keine gütliche Einigung erzielt werden konnte, das Schlichtungsverfahren keine Aussicht auf Erfolg hatte oder der Antragsteller glaubhaft machen konnte, der Gegner werde sich nicht an den Inhalt dieser Einigung halten, war das Bundesvergabeamt anzurufen.
- Das Schlichtungsstellenverfahren auf Bundesebene wurde mit der BVergG Novelle 2006 zur Gänze abgeschafft. In den Erläuterungen zum 4. Teil der Novelle (S 126) wird als Grund für die Abschaffung angeführt, dass die Schlichtungsstelle seit der BVergG Novelle 2006 kontinuierlich abnehmend mit Schlichtungsansuchen befasst wurde. Wurde ein Schlichtungsansuchen gestellt, war die Erfolgsquote gut und konnten die überwiegenden Fälle ohne ein anschließendes Nachprüfungsverfahren erledigt werden. Die abnehmende Anzahl an Schlichtungsansuchen ist nicht weiter verwunderlich, da die Fristen für einen nachfolgenden Antrag beim Bundesvergabeamt so gestaltet waren, dass ein Schlichtungsverfahren im vom Gesetz vorgegebenen Anfechtungszeitraum keinen Platz hatte. Wäre eine Neuregelung des Schlichtungsverfahrens dahingehend erfolgt, dass die Nachprüfungsfristen vor dem Bundesvergabeamt während der Dauer eines Schlichtungsansuchens gehemmt worden wären, wäre diese Rechtsschutzmöglichkeit vermehrt in Anspruch genommen worden.¹

¹ vgl. Tätigkeitsbericht der BVKK zum Berichtszeitraum 2004

- Die Einrichtung einer weiteren Rechtschutzmöglichkeit verursacht zwar auf den ersten Blick Kosten, würde aber das ohnedies überlastete BVwG entlasten und an dieser Stelle wieder Verwaltungskosten einsparen. Der Abschluss von Kooperationsvereinbarungen mit den Kammern würde überdies dazu führen, dass eine Anfechtung erst gar nicht notwendig ist.
- Nicht zuletzt zur Entlastung der Verwaltungsgerichte sind Schlichtungsstellenverfahren - wenn auch derzeit noch überwiegend ohne Antragslegitimation der Kammern (wzB. NÖ oder Wien; mit Antragslegitimation zB Ombudsstelle für Vergabewesen Kärnten)- auch bereits auf Länderebene vorgesehen. Diese bieten eine kostengünstige, rasche Rechtschutzmöglichkeit deren Ziele durch eine Antragslegitimation der Kammern noch besser verfolgt werden könnten.
- Eine weiterführende Antragslegitimation der Kammern beim BVwG nach Schlichtungsstellenverfahren würde die Durchsetzungsfähigkeit der Interessenvertretungen darüber hinaus stärken. Dies würde ebenfalls den Druck auf die Auftraggeber erhöhen, langfristig jedoch zu einem fairen, qualitätsorientierten

Die legislative Umsetzung dieser Forderung könnte durch Ergänzung des 4. Teils des BVergG um Bestimmungen über eine dem Bundesverwaltungsgericht vorgeschaltete Schlichtungsstelle in Anlehnung an die Bestimmungen des BVergG 2002 bzw. an die Vergabegesetze der Länder (wzB. Wien, NÖ, Kärnten) erfolgen. Weiters wäre die Bestimmung des § 320 BVergG 2006 um den folgenden Absatzes zu ergänzen:

„§ 320

[...]

(5) *Eine Interessenvertretung kann die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Ausschreibung, der Aufforderung zur Angebotsabgabe, von Wettbewerbsunterlagen (§ 2 Z 16 lit a lit aa bis lit mm) sowie der Wahl des Vergabeverfahrens (§ 2 Z 16 lit a lit nn) bzw. der Bekanntmachung (§ 2 Z 16 lit a lit oo) wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern diesem Antrag ein Verfahren vor der Schlichtungsstelle vorangegangen ist.*

Wettbewerb führen.

° ° °

III. Berücksichtigung der Besonderheiten im Planungswettbewerb

Planungswettbewerbe (= Wettbewerbe für Ingenieurleistungen auf den Gebieten des Siedlungswasserbaus der Raum- und Stadtplanung bzw. Landschaftsarchitektur, der Architektur, des Bauwesens sowie der sonstigen Ingenieurleistungen) stellen eine Sonderform des Wettbewerbs dar. Insbesondere in diesen Bereichen sichert der Planungswettbewerb eine qualitätsorientierte, transparente und projektorientierte Vergabe von Planungsaufträgen. Der Fachverband Ingenieurbüros hat die

Wettbewerbsordnung Ingenieurleistungen (WOI 2013) publiziert² und die Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten (bAIK) hat zuletzt die Wettbewerbsordnung Architektur (WOA 2010) herausgegeben

Mittlerweile werden das Planungs- und Bauwesen durch die sich verändernden Märkte und das zusammenwachsende Europa vor neue Herausforderungen gestellt. Die Qualität von Infrastrukturprojekten und Architektur wird als nationales Markenzeichen, Wirtschafts- und Standortfaktor gesehen. Landschaftsarchitektur und Baukultur in den Regionen und Ländern ist ein prägendes Element der europäischen Stadt sowie der europäischen Kulturlandschaften. Nicht zuletzt aufgrund dieser Umstände fanden die Grundsätze des Planungswettbewerbs auch in der neuen Richtlinie Einzug (vgl. Art 78 ff RL).

Auch in Deutschland hat man die gesellschaftliche Bedeutung des öffentlichen Raums und die Qualität der gebauten Umwelt längst erkannt und hat sich diese Erkenntnis in der Rechtsordnung niedergeschlagen. Bei großen Bauaufgaben ist es aus Sicht des deutschen Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) selbstverständlich, dass diese Qualität am ehesten mit Hilfe des Wettbewerbs um die beste Lösung für städtebauliche, architektonische, baulich- konstruktive oder künstlerische Aufgaben erreicht und erhalten werden kann. Wettbewerbe erlauben es den Bauherren, in einem klar strukturierten, transparenten Verfahren den geeigneten Planer zu finden. Wettbewerbe werden demnach als hervorragendes Instrument und dazu bedarf es klarer Regelungen.

Unseres Erachtens ist es daher längst an der Zeit, dass auch im BVergG vermehrt auf die Besonderheiten des Planungswettbewerbs Rücksicht genommen wird. Dieser Notwendigkeit könnte in Anlehnung an die Regelungstechnik in Deutschland³ dadurch Rechnung getragen werden, dass über die bestehenden Bestimmungen des BVergG hinaus, **Richtlinien zum Planungswettbewerb in den Verordnungsrang gehoben werden**. Die bereits bestehenden Wettbewerbsordnungen könnten Grundlage dieser Verordnung sein und könnte die Interessenvertretungen ebenso wie die Architekten- und Ingenieurkammern in Deutschland nicht nur in den Entstehungsprozess der Verordnung, sondern vor allem auch in den Vollzug miteinbezogen werden.

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

² Derzeit finden Gespräche statt, wonach die WOI formell angepasst und auch von der Sektion IK der bAIK angewandt werden soll.

³ Das dt. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sieht in § 97 nur allgemeine Grundsätze zum Vergabeverfahren bzw. zum Wettbewerb vor und ermöglicht gemäß Abs 6 das Eingehen auf verfahrenstechnische Spezifika der zu vergebenden Leistungen im Rahmen von Verordnungen. So legt die dt. Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) iVm der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen vom 18.11.2009 (VOF) auch ausführlich die Grundsätze für den Planungswettbewerb fest (vgl. § 15 VOF). Gemäß § 15 Abs 2 VOF sind der Durchführung von Wettbewerben darüber hinaus veröffentlichte einheitliche Richtlinien zum Planungswettbewerb zugrunde zu legen. In diesen einheitlichen Richtlinien wird auch die Mitwirkung von Architekten und Ingenieurkammern an der Vorbereitung und Durchführung von Wettbewerben klar geregelt (vgl. § 15 Abs 2, 2. Satz VOF iVm § 2 Abs 4 der Richtlinie für Planungswettbewerbe, RPA 2013, des dt. BMVI).

Ergänzungen müssten zB bei den Regelungen zum **Preisgericht** vorgenommen werden:⁴ Das Preisgericht hat im Wettbewerb die Rolle eines unabhängigen Beraters des Auslobers. Es entscheidet basierend auf einer qualifizierten Debatte anhand der Beurteilungskriterien in allen Fach- und Ermessensfragen. Dieses Übertragen der Fach- und Ermessenfragen an ein unabhängiges Gremium von Sachverständigen entlastet den öffentlichen Auftraggeber. Dieser Aufgabe kann das Preisgericht aber nur in entsprechender Besetzung nachkommen. Die notwendige, völlige Unabhängigkeit kann nur dann gewährleistet sein, wenn die Preisrichter nicht nur von den Teilnehmern⁵, sondern auch vom Auslober unabhängig sind.⁶ Weiters kann dem sachlichen Anspruch an ein kompetentes Preisgericht nur dann Genüge getan werden, wenn die Anzahl der Fachpreisrichter überwiegt.⁷ Nur auf diese Weise kann das fachlich beste Projekt ermittelt werden und die fachliche und sachliche Qualität der Projektentwürfe allein ausschlaggebend sein. Überdies würde eine Regelung über eine ungerade Anzahl der Preisrichter zur Klarstellung dienen und eine effektive Beschlussfällung sicherstellen.⁸

Mögliche legislative Umsetzung durch Änderung des § 155 Abs 4 BVergG:

„§ 155

[...]

*(4) Das Preisgericht darf nur aus Preisrichtern bestehen, die von den Teilnehmern des Wettbewerbs **und dem Auslober** unabhängig sind. Wird von den Wettbewerbsteilnehmern eine bestimmte berufliche Qualifikation verlangt, muss mindestens **die Hälfte** der Preisrichter über dieselbe oder eine gleichwertige Qualifikation verfügen. **Die Zahl der Preisrichter ist ungerade.***“

Weitere Ergänzungen wären beispielsweise auch in puncto **Anonymität** vorzunehmen: Die Bieter müssen gegenüber dem Preisgericht bis zur Stellungnahme/Entscheidung anonym bleiben,⁹ auch wenn zur Klärung bestimmter Aspekte der Wettbewerbsarbeiten die Beantwortung von Fragen durch den Bieter notwendig ist.¹⁰ Diese kann ebenso gut in schriftlicher, anonymisierter Form vorgenommen werden. Denn nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass es zu keinen Verfälschungen der Wettbewerbsergebnisse kommt und allein die Qualität der Planungsleistung sowie das eingereichte Projekt im Vordergrund steht. Das Preisgericht hat seine Entscheidung völlig unabhängig von der Person des Planers zu treffen, sodass weder Bekanntheit noch Redegewandtheit des Bieters eine Rolle spielen dürfen. Im Übrigen widerspricht die verfrühte Aufhebung der Anonymität bei Fragebeantwortung dem Wesen des Planungswettbewerbs und den Vorgaben der Richtlinie.¹¹

⁴ vgl. auch Art 81f der RL

⁵ vgl. Punkt 11 WOI 2013; § 2 lit c, d WOA; § 155 Abs 4, 1. Satz BVergG

⁶ vgl. Punkt 11 WOI 2013; § 4 Abs 3 WOA; Art 10 Z 2 lit b WOI

⁷ vgl. Punkt 11.2 WOI 2013; § 4 Abs 3 WOA

⁸ vgl. Punkt 11.2 WOI 2013, § 4 Abs 4 WOA

⁹ vgl. Art 82 Abs 4 der RL

¹⁰ vgl. Art 82 Abs 5 der RL

¹¹ vgl. Art 82 Abs 5

Die Möglichkeit im Vergabeverfahren auch bei einem anonymen Wettbewerb die handelnden Personen sowie deren Kommunikationsfähigkeit, Teamfähigkeit und Konfliktmanagement kennen zu lernen, bietet die erste Stufe im 2-stufigen Wettbewerb (Eignungs- oder Auswahlkriterien). Nicht nur die beste technische und/oder gestalterische Lösung ist von Bedeutung, sondern auch Kriterien wie Kommunikationsfähigkeit, Teamfähigkeit und Konfliktmanagement.

Mögliche legislative Umsetzung durch Änderung des § 155 Abs 6 BVergG:

„§ 155

(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 Niederschrift festgehalten hat. **Zur Wahrung der Anonymität ist das Verfahren über die Fragebeantwortung vom Auslober durchzuführen.** Über den darüber stattfindenden **schriftlichen** Dialog zwischen Preisrichtern und den Bewerbern ist ein umfassendes Protokoll zu erstellen, das der Niederschrift anzuschließen ist. Die Anonymität der vorgelegten Wettbewerbsarbeiten ist bis zur Auswahl des Preisgerichtes zu wahren. [...]“

Diese Forderungen lösen zwar nicht das Problem, dass sich viele Auftraggeber aus budgetären und zeitlichen Gründen überhaupt gegen die Durchführung eines Wettbewerbs entscheiden, könnten aber zumindest sicherstellen, dass faire Ausgangsprämissen vorliegen, wenn ein Wettbewerb durchgeführt wird und Qualität, Nachhaltigkeit und Baukultur weiterhin im Vordergrund stehen. Öffentliche Auftraggeber würden dadurch auch aus der „Schusslinie“ medialer Kritik in Zusammenhang mit Bauprojekten genommen werden.

o o o

IV. Erweiterung der Palette der Sonderregelungen für geistige Dienstleistungen:

„Geistige Dienstleistungen“, wie jene der Ingenieurbüros, haben aufgrund ihrer Komplexität und der Eigenart der Leistung entsprechend den Direktiven der Richtlinien bereits einen besonderen Stellenwert im BVergG.¹² Der Definition des § 2 Z 18 BVergG gemäß besteht ihr wesentlicher Inhalt nicht in der Herstellung oder Lieferung einer körperlichen Sache, sondern in einer gedanklichen, konzeptiven Tätigkeit. Wesentlicher Teil der geistigen Dienstleistung ist ihr originäres und kreatives Element eines Lösungsansatzes. Demnach ist es auch unmöglich, die Leistung vorab eindeutig und vollständig zu beschreiben. So sind geistige Dienstleistungen gemäß § 30 Abs 1 Z 3 BVergG auch im Verhandlungsverfahren zu vergeben, weil die vertraglichen Spezifikationen vorab nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag durch ein (nicht) offenes Verfahren vergeben zu können.¹³ Anknüpfend an den bestehenden, besonderen Stellenwert der „geistigen Dienstleistung“ im BVergG sollten überdies folgende Sonderregeln für geistige Dienstleistungen geschaffen werden:

➤ **zum Zuschlagsprinzip: „Best- statt Billigstbieterprinzip“:**

¹² vgl. ErwGr. 43; 67 der RL

¹³ vgl. auch den Ausschussbericht zum BVergG 2006 zu § 30 Abs 1 Z 3

Art 67 Abs 2 letzter Satz der Richtlinie sieht vor, dass das Zuschlagskriterium Preis/Kosten als alleiniges Zuschlagskriterium verboten oder auf bestimmte Arten von Aufträgen eingeschränkt werden kann. Auf europäischer Ebene wurde somit erkannt, dass bei der Auftragsvergabe Qualität, Nachhaltigkeit und Kostenrentabilität nur bei Anwendung des richtigen Zuschlagskriteriums - dem Bestbieterprinzip - angemessen ermittelt werden kann. Gerade das konzeptive Wesen der geistigen Dienstleistung lässt nur eine vernünftige Auftragsvergabe nach Qualitätskriterien zu. Aufgrund des besonderen Stellenwerts der geistigen Dienstleistung muss ausdrücklich festgehalten werden, dass diese ausschließlich im Bestbieterverfahren vergeben werden kann.

Mögliche legislative Umsetzung durch Ergänzung des § 2 Z 20 lit d BVergG:

„§ 2 20. Kriterien:

d)Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterium

[...]

cc) ist im Verfahren zur Vergabe geistiger Dienstleistungen (Z 18) im Ober- und Unterschwellenbereich jedenfalls das wirtschaftlich günstigste Angebot im Sinne der lit aa.“

➤ **zum Verhandlungsverfahren:**¹⁴

- **Bewertungskommission:**

Da das Verhandlungsverfahren keinen einheitlich ausgestalteten Strukturen folgt und ein detaillierter rechtlicher Rahmen weitgehend fehlt, liegt es an den Auftraggebern, für transparente Gestaltung des Verhandlungsverfahrens zu sorgen.

Eine Bewertungskommission im Verhandlungsverfahren soll nur dann eingerichtet werden, wenn es wirtschaftlich angemessen ist (z.B. Planungsauftrag über € 100.000,-).

Die strengen Compliance Bestimmungen stellen die Auftraggeber dabei immer wieder vor neue Herausforderungen. Aus diesen Gründen setzen die Auftraggeber oftmals eine Kommission ein, die über das Ausscheiden der Bieter zu entscheiden hat. Klare Regeln zur Kommission fehlen.

Insbesondere wären im Sinne der Rechtssicherheit und Transparenz Regelungen zur Zusammensetzung und Entscheidungsfindung der Kommission im Verhandlungsverfahren vorzusehen.

So ist beispielsweise in § 122 BVergG lapidar geregelt: „Die Prüfung und Beurteilung eines Angebots ist nur solchen Personen zu übertragen, welche die fachlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen. Erforderlichenfalls sind unbefangene und von den Bietern unabhängige Sachverständige beizuziehen.“ Diese Regelung ist zu unbestimmt und führt in der Praxis immer wieder zu Anfechtungen vor den Verwaltungsgerichten. Eine Konkretisierung dieser Bestimmung würde die derzeitige Vergabep Praxis verbessern und Rechtssicherheit auch für die Auftraggeber schaffen. Diese Konkretisierung könnte in Anlehnung an die

¹⁴ vgl. auch Art 29 der RL

Bestimmungen zum Wettbewerb¹⁵ dahingehend vorgenommen werden, dass die Kommission zumindest zu einem Drittel mit Personen besetzt sein muss, die über dieselbe berufliche Qualifikation wie die Bieter verfügen. Öffentliche Auftraggeber haben das wirtschaftliche Risiko der Projekte zu tragen und sind daher naturgemäß daran interessiert, an starke Partner zu vergeben. Aufgrund von Verwaltungseinsparungen fehlt es aber oftmals an qualifiziertem Personal zur Abwicklung von Vergabeverfahren. Dadurch steigt die Scheu, den bereits bestehenden Gesetzesrahmen tatsächlich auszuschöpfen und es passieren Fehler bei kommissionellen Entscheidungen. Klare, eindeutige Sonderregeln könnten hier Abhilfe schaffen.

Mögliche legislative Umsetzung durch Ergänzung des § 105 BVergG:

„§ 105

[...]

(7) Setzt der Auftraggeber im Verhandlungsverfahren zur Prüfung und Beurteilung der Angebote eine Bewertungskommission ein und wird von den Bietern eine bestimmte berufliche Qualifikation verlangt, so muss zumindest die Hälfte der Mitglieder dieser Bewertungskommission über dieselbe oder eine gleichwertige Qualifikation verfügen.“

Die Interessenvertretungen können die Auftraggeber - ebenso wie beim Wettbewerb¹⁶ - bei der Zusammensetzung der Bewertungskommissionen unterstützen.

- Verhandlungsverfahren bei geistigen Dienstleistungen:

Wie bereits oben ausgeführt, legt die herrschende Lehre und Rechtsprechung § 30 Abs 1 Z 3 BVergG ohnedies bereits dahingehend aus, dass geistige Dienstleistungen iSd § 2 Z 18 BVergG im Verhandlungsverfahren zu vergeben sind. Auch dem Art 26 Abs 4 der RL kann diese Intention entnommen werden. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollte daher diesbezüglich eine Klarstellung im Gesetz erfolgen.

Mögliche legislative Umsetzung durch Änderung des § 30 BVergG:

„§ 30 (1) Dienstleistungsaufträge können im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden, wenn

[...]

*3. die zu erbringende Dienstleistung, insbesondere Dienstleistungen der Kategorie 6 des Anhanges III, dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden kann. **Geistige Dienstleistungen im Sinne des § 2 Z 18, wie Ingenieur- und Bauplanungsdienstleistungen sind jedenfalls im Verhandlungsverfahren nach vorheriger Bekanntmachung zu vergeben.“***

¹⁵ vgl. § 1

¹⁶ vgl. Pu

➤ **bei der Eignung:**

- Angemessene Mindestumsatzgrenze bei geistigen Dienstleistungen:

Die Richtlinie legt fest, dass die Auslober zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Nachweise zum Mindestjahresumsatz der Bieter verlangen können. Der Mindestjahresumsatz ist nach den Vorgaben der Richtlinie mit dem Zweifachen des geschätzten Auftragswertes pro Jahr begrenzt und legt die Richtlinie dabei den Fokus auf das Risiko im Zusammenhang mit der Bauausführung.¹⁷ In der Praxis schöpfen die Auftraggeber den gesetzlich festgelegten Spielraum des zweifachen Jahresumsatzes vollständig aus. Das mag bei Bauaufträgen sachgerecht sein, nicht aber bei geistigen Dienstleistungen bzw. Planungsleistungen, bei denen das mit der rechtzeitigen und vollständigen Auftragsausführung einhergehende Risiko nicht besteht.

Die Vorgaben der Richtlinie zur Beschränkung des Mindestumsatzes sollen der Förderung der KMU dienen. Hohe Mindestumsatzgrenzen schließen KMUs von der Bewerbung aber aus und beschränken dadurch den Wettbewerb. Das kann nicht im Interesse der öffentlichen Hand sein.

KMU's, die von Gesetzes wegen ausschließlich Planungs- und keine Ausführungsleistungen erbringen, wzb. der Großteil der Architektur- und Ingenieurleistungen in Österreich, werden demgegenüber durch die Vorgabe einer starren gesetzlichen Grenze gerade beschränkt. Diese erbringen eine geistige Dienstleistung, bei der sie nicht von der Beiziehung eines großen Pools an Bauarbeitern, Baumaterial, Maschinen etc. angewiesen sind. Diese Wendigkeit führt dazu, dass die Planungsleistungen gewöhnlich auch zeitlich flexibel umgesetzt werden können. Die Gefahr von Projektverzögerungen ist daher im Verhältnis zur Bauausführung eine verschwindend geringe.

Die Richtlinie lässt zur Berücksichtigung derartiger hinreichend begründeter Fälle Ausnahmen von der Mindestumsatzgrenze zu. Diese Ausnahmen sind nach dem mit der Wesensart der auszuschreibenden Bau-, Dienstleistung oder Lieferung einhergehenden Risiko zu bestimmen.¹⁸ Um über die Möglichkeit der Ausnahmeregelung bei Planungsleistungen bei der praktischen Anwendung der Bestimmung keine Zweifel bestehen zu lassen, fordert der Fachverband Ingenieurbüros bei der Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie eine explizite Klarstellung in den Erläuterungen.

¹⁷ vgl. ErwGr. Nr. 83 RL

¹⁸ vgl. Art 58 Abs 3 und ErwGr 83 der RL

Die Klarstellung in den Erläuterungen könnte wie folgt lauten:

„Die Vorgaben zur Mindestumsatzgrenze sollen der Förderung kleiner und mittlerer Betriebe ebenso dienen wie zum Schutz der Auftraggeber vor Auftragnehmerinsolvenz und dem Risiko des Stillstandes der Projektausführung. Abweichungen nach unten sollen mit entsprechender Begründung insbesondere bei der Ausschreibung von Planungsleistungen, die von der Projektausführung getrennt zu betrachten sind, wzB Architektur- und Ingenieurleistungen, möglich sein. Abweichungen nach unten sind aber insbesondere bei der Ausschreibung von Planungsleistungen, die von der Projektausführung getrennt zu betrachten sind, wzB Architektur- und Ingenieurleistungen, geboten. Die Anbieter von Planungsleistungen müssen hochqualifizierte auf einander eingespielte Ingenieure zur Verfügung haben, sie können sich jedoch üblicherweise sehr flexibel der Marktnachfrage anpassen, da sie etwa keinen Maschinenpark vorhalten müssen, um ihre Leistungen zu erbringen. Dadurch sind auch kleine und mittlere Betriebe in der Lage größere Aufträge

- Angemessene Referenzzeiträume bei geistigen Dienstleistungen:

§ 75 Abs 7 Z 1 BVergG sieht vor, dass Auftraggeber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eine Liste der wesentlichen Referenzen der letzten drei Jahre fordern können. Obwohl diese Regelung nur einen Richtwert vorgibt, halten sich die Auftraggeber - ohne den Anlassfall ausreichend zu beachten - im Regelfall an die drei Jahresgrenze. Kaum ein Auftraggeber bringt den Mut auf, die Referenzzeiträume über das Gesetz hinaus auf die Erfordernisse des konkreten Projekts abzustimmen. Ein solches Abweichen muss jedoch gerade bei großen, baukulturell nachhaltigen Architekturprojekten (zB. Sanierung eines historischen/denkmalgeschützten Gebäudes) und bestimmten Ingenieurleistungen (wzB. bei Großprojekten) vorgenommen werden. Solche Projekte werden nur sehr selten beauftragt, sodass nur sehr wenige Anbieter ein derartiges Referenzprojekt vorweisen können.

Eignungskriterien werden vorgesehen, um bestimmte Risiken abzudecken. Die Auftraggeber haben daher projektspezifisch zu prüfen, welches tatsächliche Risiko mit dem Verlangen bestimmter Eignungskriterien abgedeckt werden soll. Die Eignungsanforderungen müssen dementsprechend im Verhältnis zum abzusichernden Risiko und der Art bzw. dem Umfang des Auftrags stehen, kurzum angemessen sein. Tatsächlich halten sich die Auftraggeber aber „der Einfachheit halber“ oftmals an die im Gesetz vorgegebenen drei Jahresgrenze, ohne im Einzelnen auf die projektspezifischen Einzelheiten Bedacht zu nehmen. Diesem Vorgehen könnte mit der Schaffung einer weiteren Sonderregel (gegebenenfalls mit ergänzenden Erläuterungen) vorgebeugt werden, in der beschrieben wird, dass die Referenzzeiträume projektspezifisch zu bestimmen sind und bis zu 10 Jahren zurückreichen können.¹⁹

¹⁹ vgl. auch Art 58 Abs 4 EU-RL, der von „geeigneten Referenzen“ spricht und Spielräume offen lässt.

Die Klarstellung in den Erläuterungen zu § 75 Abs 7 Z 1 BVergG könnte wie folgt lauten:

„Zu § 75 Abs 7 Z 1 ist festzuhalten, dass die Referenzzeiträume im Verhältnis zu den im Projekt geforderten Leistungen und dem mit den Projektrisiken angemessen zu sein haben. Gerade bei geistigen Dienstleistungen im Sinne des § 2 Z 18 können Referenzen der maximal 10 vorhergehenden Jahre gefordert werden. Dieser Referenzzeitraum kann insbesondere bei großen, baukulturell nachhaltigen Architekturprojekten und bestimmten Ingenieurleistungen für Großprojekte ausgeschöpft werden.“

Diese Sonderbestimmungen würden zu leichteren Teilnahmebedingungen im Vergabeverfahren führen und damit nicht zuletzt die KMU's aller planenden Bereiche fördern. Die KMU-Förderung ist eine wesentliche Vorgabe der Richtlinie.²⁰ Hingegen ist bei den vorgeschlagenen Regelungen von keiner ausschlaggebenden Mehrkostenbelastung der Auftraggeber auszugehen.

²⁰ vgl. ErwGr. 78 der RL