



Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1014 Wien

V8a@bka.gv.at

begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Der Präsident

A-1040 Wien
Karlsplatz 9
Fon: (+43-1) 505 58 07
Fax: (+43-1) 505 32 11
E-mail: office@arching.at
Web: www.arching.at

Wien, am 22.03. 2017

BKA-600.883/0003-V/8/2017

Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2017) erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017)

Stellungnahme der Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten (idF Bundeskammer) erlaubt sich, zum Entwurf für das Vergabereformgesetz 2017 folgende Stellungnahme abzugeben:

1. Geistige Dienstleistungen

Als gesetzliche Interessensvertretung der Berufsgruppe der Architekten und Ingenieurkonsulenten ist uns die sachgerechte und faire Regelung des öffentlichen Auftragswesens im Sinne unserer Mitglieder ein wichtiges Anliegen. Die ausreichende Berücksichtigung der Besonderheiten von geistigen Dienstleistungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nimmt dabei eine herausragende Rolle ein.

Mit Verwunderung 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 vorkommt.

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

Als Vertreter einer Berufsgruppe, die in wesentlichem Umfang geistige Dienstleistungen erbringt und von dieser Schlechterstellung daher massiv betroffen ist, spricht sich die Bundeskammer vehement für eine Beibehaltung der bisherigen Regelungen des BVergG 2006 zu geistigen Dienstleistungen aus.

Aufgrund der entscheidenden Rolle, die qualitativ hochwertige Planungen und fundierte Projektvorbereitung für das Gelingen von öffentlichen Bauvorhaben spielen, müsste der Qualität und Unabhängigkeit der Planungs- und Beratungsleistungen ein höherer Stellenwert eingeräumt werden. Dies müsste sich auch in den Regelungen zum öffentlichen Auftragswesen widerspiegeln. Der Begutachtungsentwurf geht in die entgegengesetzte Richtung: Durch die vorgesehenen Verschlechterungen für geistige Dienstleistungen ist zu befürchten, dass schlecht vorbereitete und mangelhaft kontrollierte Bauvorhaben zur Kostenfalle werden. Zum Schaden der öffentlichen Hand und auf Kosten der Steuerzahler.

Insbesondere die nachfolgend angeführten Bestimmungen bringen wesentliche Verschlechterungen für den Bereich der geistigen Dienstleistungen. Die Bundeskammer ersucht dringend, die darin angeführten Vorschläge bei einer Überarbeitung des Begutachtungsentwurfs zu berücksichtigen.

1.1. 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, Örtliche Bauaufsicht 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 z.B. Beratungsleistungen, bei denen die Qualität (insbesondere des eingesetzten Schlüsselpersonals) jedenfalls von entscheidender Bedeutung ist, nach dem billigsten Preis bewertet werden können und im Unterschied dazu Reinigungsdienstleistungen dem verpflichtenden Bestangebotsprinzip unterliegen, ist schwer nachzuvollziehen. Der Bundeskammer ist weder der Hintergrund dieser Änderung bekannt noch die darin enthaltene Wertung erklärbar. Eine Vergabe an den billigsten Bieter ist in weitesten Teilen der oben angeführten geistigen Dienstleistungen weder sinnvoll noch erwünscht. Sollte die skizzierte Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen zum Bestangebotsprinzip jedoch auch seitens des Gesetzgebers nicht angestrebt werden, ersuchen wir um transparente und klare Regelung im BVergG 2017, um Missverständnisse und Unklarheiten sowohl bei ausschreibenden Stellen als auch bei Bietern möglichst hintan zu halten.

Die Bundeskammer ersucht daher dringend, von dieser negativen Änderung im Bereich der geistigen Dienstleistungen Abstand zu nehmen und wieder für sämtliche geistige Dienstleistungen ausdrücklich das verpflichtende Bestangebotsprinzip vorzusehen. Auf den Formulierungsvorschlag nachfolgend in 1.2. wird verwiesen.

1.2. 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.

Die Bundeskammer sieht 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 ganzen Bereich der geistigen Dienstleistungen ist beispielsweise eine rein kostenwirksame Betrachtung nicht sachgerecht und führt keinesfalls zum besten Preis-Leistungsverhältnis. Möglicherweise wurde bei der Formulierung der vorliegenden Regelung die Anwendbarkeit eines Kostenmodells für die Vergabe von geistigen Dienstleistungen jedoch gar nicht in Betracht gezogen. Sollte dies der Fall sein, regt die Bundeskammer an, eine diesbezügliche Klarstellung im Gesetz im Sinne des unten angeführten Formulierungsvorschlags zu treffen.

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. Die Bundeskammer schlägt 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, ersucht die Bundeskammer daher dringend, in die Aufzählung der Fälle mit verpflichtendem Bestangebotsprinzip den Begriff geistige Dienstleistungen wieder aufzunehmen, eine verpflichtende Festlegung von qualitätsbezogenen Zuschlagskriterien vorzusehen und § 91 Abs 5 des Begutachtungsentwurfes zum BVergG 2017 wie folgt zu ändern:

§ 91

[...]

(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.

1.3. Verhandlungsverfahren

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.

Die Bundeskammer ersucht daher um diesbezügliche Klarstellung und um ausdrückliche Anführung der geistigen Dienstleistungen als Anwendungsfall für ein Verhandlungsverfahren im Gesetzestext.

1.4. Bewertung durch Kommissionen

Bei der Vergabe geistiger Dienstleistungen ist eine fachlich fundierte Bewertung der angebotenen Qualität des Schlüsselpersonals und der vorgelegten Ausarbeitungen und Konzepte die notwendige Grundlage einer sinnvollen 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 fast völlig.

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

Die Bundeskammer regt daher an, im BVerG 2017 eine Regelung für die Zusammensetzung von Bewertungskommissionen vorzusehen und § 134 um folgenden Absatz zu ergänzen:

§ 134

[...].

(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.

2. Auftragswert bei Dienstleistungen

2.1. Zusammenrechnungspflicht § 16 Abs 4

Im Entwurf zum BVerG 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 Projektssteuerung- und management, Örtliche Bauaufsicht, Begleitende Kontrolle, Vermessungsleistungen sowie Verfahrensor-

ganisation und rechtliche und technische 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.

Die Bundeskammer ersucht daher dringend, von der beabsichtigten Änderung im BVergG 2017 abzusehen, für die Schätzung des Auftragswertes von Dienstleistungsaufträgen die Zusammenrechnungspflicht in § 16 Abs 4 wie bisher auf gleichartige Lose zu beschränken und allfällige Klarstellungen in den Erläuterungen vorzunehmen.

2.2. Kleine Losregelung § 16 Abs 6

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 von Direktvergaben auf eine Obergrenze innerhalb 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.

Die Bundeskammer regt 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:

§ 16

[...].

(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.

3. Preisangemessenheit / vertiefte Angebotsprüfung § 138

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 Ver-

pflichtung des öffentlichen Auftraggebers, die Angemessenheit der Angebotspreise zu überprüfen (§ 135 Abs 2 Z 4).

Umso irritierender ist die neue Regelung zur vertieften Angebotsprüfung. In § 138 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 ersten Blick niedrig erscheinen, zu hinterfragen, ob im konkreten Fall dieser Preis aufgrund einer besonderen Situation angemessen ist. Die Besonderheit dieser Situation kann bspw. 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 deckt jedoch genau dieses Verständnis von betriebswirtschaftlicher Erklärbarkeit ab und billigt damit ausdrücklich die Auftragsvergabe zu nicht angemessenen Preisen und die damit zusammenhängende teilweise problematische Judikatur.

Die Bundeskammer ersucht daher 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 um Adaptierung des § 138 wie folgt:

§ 138

[...]

(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. [...]

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.

Die Bundeskammer sieht es daher als notwendig an, bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise über die Einhaltung der Kollektivverträge hinaus auf einen objektiven Prü-

fungsmaßstab zu verweisen. Als Grundlage bieten sich bestehende Leitlinien (etwa der FSV) und wissenschaftliche Publikationen (wie etwa die LM.VM in Bezug auf Planerleistungen) an.

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

§ 137

[...]

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

In den Erläuterungen könnte auf bereits bestehende Richtlinien hingewiesen werden. Beispielsweise wurde mit den vom Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft der TU Graz vorgelegten Leistungs- und Vergütungsmodellen im Planungsbereich (LM.VM) eine auf wissenschaftlichen Grundlagen basierende Leitlinie vorgelegt, mit welcher öffentlichen Auftraggebern eine transparente und aktuelle Beurteilungsgrundlage für die Angemessenheit von Planungsleistungen zur Verfügung steht.

4. Eignungsanforderungen

Die Erfüllung eines 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 Planungsbüros völlig außer Acht lässt.

4.1. 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. Durch den langen Zeitraum, die ein Planungsauftrag aufgrund des umfassenden Leistungsbildes in Anspruch nimmt, ist die bisher übliche Dreijahresfrist für die Beibringung von Referenzen der Erfahrung nach bei der Ausschreibung von Planungsleistungen generell nicht zielführend. Die zu kurze Frist führt zu unangemessenen Hürden für die Teilnahme und damit zu unnötigen Einschränkungen des Wettbewerbs.

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:

Anh XI

(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:

„Bei Planungsleistungen von Architekten und Ingenieuren 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:

Anh XI

[...]

(4) Verlangt der öffentliche Auftraggeber geeignete Referenzen im Sinne von Anhang XI Abs 3 Zif 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.

4.2. Anforderungen an die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit - Mindestumsatz

Dem Auftraggeber ist es gem. Anhang X Abs. 2 nach den Vorgaben der 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. Aufgrund der oft langen Projektdauer im Planungsbereich müsste bei der Bemessung des maximal zulässigen Mindestumsatzes darüber hinaus auch eine Aufteilung des Auftragswertes auf die Projektjahre vorgenommen werden.

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.

5. Wettbewerbe

Architekturwettbewerbe sind ein besonders transparentes und demokratisches Verfahren zur qualitätsorientierten Planung öffentlicher Bauvorhaben und ein hervorragendes Instrument der öffentlichen Vermittlung zeitgemäßer Baukultur. Es ist uns als Berufsvertretung daher ein besonderes Anliegen, die Rolle des Architekturwettbewerbs in der öffentlichen Städtebau- und Hochbauplanung zu stärken.

5.1. Prüf- und Dokumentationspflicht für Wettbewerbe

Als Berufsvertretung der Architekten und Ingenieurkonsulenten ist die Bundeskammer bestrebt, durch eine stärkere Verankerung des Architekturwettbewerbs im Vergaberecht das Wettbewerbswesen zu fördern. 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.

Die Bundeskammer schlägt 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:

§ 32

(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, vor allem im Hoch- und Städtebau sowie in der Landschafts- und Freiraumplanung, im besonderen Maße dazu geeignet, das im BVergG vorgesehene Bestangebotsprinzip für geistige Dienstleistungen in die Vergabepraxis umzusetzen.“

5.2. Wettbewerbsordnung

Wettbewerbe erlauben es den Bauherren, in einem klar strukturierten, transparenten Verfahren die beste Lösung für städtebauliche, architektonische, baulich-konstruktive oder künstlerische Aufgaben zu finden. Dazu bedarf es klarer Regelungen.

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 (der Bundeskammer und der WKO) dienen.

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

§ 165

...

(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 5.2.1. – 5.2.3.).

5.2.1. 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 in den Augen der Bundeskammer nicht den Anforderungen an ein echtes Sachverständigengremium. Der Erfahrung nach sollte – wie in den einschlägigen Wettbewerbsordnungen seit vielen Jahren vorgesehen – die Anzahl der Fachpreisrichter im Preisgericht überwiegen.

Die Bundeskammer schlägt daher vor, im BVergG 2017 die Mindestanzahl der Fachpreisrichter zu erhöhen und § 165 Abs 4 wie folgt zu ergänzen:

§ 165

...

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

5.2.2. 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 Wettbewerbser-

gebnis mit Rechtswidrigkeit belasten. Da das BVergG jedoch keine verpflichtende Übermittlung des Protokolls der Preisgerichtssitzung und der darin festgehaltenen Beurteilungsvorgänge an die nicht zugelassenen Wettbewerbsteilnehmer vorsieht, stehen diese vor erheblichen Schwierigkeiten, gegen mögliche rechtswidrige Entscheidungen Rechtsmittel zu ergreifen.

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

§ 165

[...]

(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 bekannt zu geben.

(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 bekannt zu geben.

5.2.3. 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 steht und mögliche Ungleichbehandlungen von Wettbewerbsteilnehmern hintan gehalten werden. Eine verfrühte Aufhebung der Anonymität, z.B. 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.

Die Bundeskammer schlägt daher vor, den Dialog zwischen Wettbewerbsteilnehmer und Preisgericht in § 165 BVergG 2017 wie folgt zu regeln:

§ 165

[...]

(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. [...]

5.3. E-Vergabe / Wettbewerb § 48

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 regt die Bundeskammer an, eine diesbezügliche Klarstellung im Gesetz zu treffen bzw. Wettbewerbe generell aus der Verpflichtung zur elektronischen Kommunikation auszunehmen.

6. Subunternehmerregelung § 363

Mit der Novelle 2016 wurde nach Zuschlagserteilung das Recht des Auftraggebers vorgesehen, hinzugezogene Subunternehmer binnen drei Wochen abzulehnen, widrigenfalls die Zustimmung als erteilt gilt. Diese Zustimmungsfiktion ist in dem neuen Entwurf weggefallen (§ 363). Sollte der Auftraggeber bei der Zustimmung zur Nennung eines Subunternehmers säumig sein, bleibt der Auftragnehmer diesbezüglich im Unklaren und ohne Möglichkeit, die Zustimmung oder Ablehnung zu erzwingen. Dies bewirkt nicht nur erhebliche Unsicherheit auf Seiten der Auftragnehmer, sondern zieht Rechtsunsicherheiten und Verzögerungen in der Projektabwicklung nach sich.

Die Bundeskammer ersucht daher dringend, die bisherige Ablehnungsregelung beizubehalten und eine verbindliche Frist dafür vorzusehen.

7. Rechtsschutz

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 KMU, wie sie von der Bundeskammer vertreten werden) sind bisweilen von einzelnen Auftraggebern existenziell abhängig. Folge der asymmetrischen Machtverteilung ist, dass vergaberechtliche Bestimmungen missachtet werden, weil die Bieter gegen einen übermächtigen Auftraggeber keine Rechtsschutzverfahren anstrengen wollen und können. Das kann nicht im Interesse des Bundesgesetzgebers sein.

Als gesetzliche berufliche Interessensvertretung sieht die Bundeskammer ihre gesetzlich vorgesehene Aufgabe jedenfalls in der Schaffung von rechtskonformen und fairen Bedingungen für die Berufsausübung ihrer Mitglieder. Die Wahrnehmung dieser Aufgabe ist der Bundeskammer in dem wichtigen Feld des Vergaberechtsschutzes jedoch verwehrt, da Interessensvertretungen über keinerlei Einspruchsrecht bei der Vergabekontrolle verfügen. Dadurch kann weder das berufliche Interesse der gesamten Planungsbranche an rechtmäßigen 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.

Wir regen daher an, ein Antragsrecht im Vergaberechtsschutz für gesetzliche Interessensvertretungen gegen rechtswidrige Ausschreibungsunterlagen, Teilnahmeunterlagen und Wettbewerbsunterlagen sowie gegen die rechtswidrige Wahl eines Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung im BVergG 2017 vorzusehen und den 4. Teil wie folgt zu ergänzen:

„§ 342

[....]

(5) Eine gesetzliche Interessensvertretung 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)

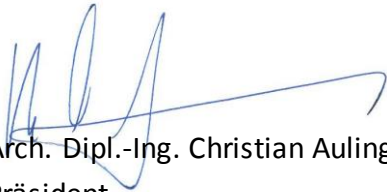
Eine Interessensvertretung kann die Feststellung gemäß § 353 Abs 1 Z 2 wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

- 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.**

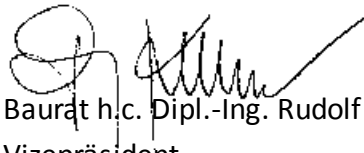
In der umzusetzenden Richtlinie sind die Mitgliedsstaaten aufgefordert, eine wirksame Überwachungsmöglichkeit des Vergabewesens zu schaffen. Ein Einspruchsrecht für gesetzliche Interessensvertretungen könnte daher in Umsetzung dieser Verpflichtung erfolgen. Anknüpfend an die in der Richtlinie genannten Stellen wäre für die Bundeskammer auch eine Schlichtungsstelle/Ombudsstelle mit einem Antragsrecht der gesetzlichen Interessensvertretungen denkbar.

Wir ersuchen um Berücksichtigung unserer Stellungnahme und um Aufnahme der angeführten Punkte in das BVergG 2017.

Mit freundlichen Grüßen



Arch. Dipl.-Ing. Christian Aulinger
Präsident



Baurat h.c. Dipl.-Ing. Rudolf Kolbe
Vizepräsident