

Positionspapier der Bundeskammer der ZiviltechnikerInnen zur Antragslegitimation von gesetzlichen Interessensvertretungen

Einleitend ist festzuhalten, dass diverse gesetzliche Interessensvertretungen schon über Jahre die Partizipation am Vergaberechtsschutz fordern. Gefordert wird dies vor allem deshalb, weil die gesetzlichen Interessensvertretungen – wie z.B. die Kammern der ZiviltechnikerInnen – durch ihre Mitglieder (bzw. FunktionärInnen) über ein spezielles Know-How des jeweiligen Marktes verfügen. Durch die Einführung einer Antragslegitimation für gesetzliche Interessensvertretungen hinsichtlich der Nachprüfung (ausschließlich) von Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen, wird zur Verbesserung der Ausschreibungsqualität und zur Wahrung der Grundsätze des Vergaberechts beigetragen. Insbesondere kann die Antragslegitimation auch dazu beitragen, spätere Probleme im Vergabeverfahren bzw. in der Vertragsabwicklung zu verhindern und so auch den öffentlichen Auftraggebern Kosten und Zeit zu ersparen.

Auch die gesetzlichen Grundlagen unterstützen diese Forderung.

Antragslegitimation der gesetzlichen Interessensvertretung

Nach wie vor fehlt dem BVergG eine **Antragslegitimation** der gesetzlichen **Interessensvertretungen** zur **Nachprüfung** von Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen vor Ende der Angebotsfrist.

Rechtliche Grundlagen

Entsprechend dem Erwägungsgrund Nr. 122 der Richtlinie 2014/24/EU ist (auszugsweise) auf Folgendes hinzuweisen:

*„[...] Jedoch haben Bürger, organisierte oder nicht organisierte **Interessengruppen** und andere Personen oder Stellen, die **keinen Zugang zu Nachprüfungsverfahren** gemäß der Richtlinie 89/665/EWG **haben**, als Steuerzahler **dennoch ein begründetes Interesse an soliden Vergabeverfahren**. Ihnen **sollte** daher die **Möglichkeit gegeben werden**, auf anderem Wege als dem des Nachprüfungssystems gemäß der Richtlinie 89/665/EWG und ohne dass sie zwingend vor Gericht klagen können müssten, **mögliche Verstöße** gegen diese Richtlinie **gegenüber einer zuständigen Behörde oder Stelle anzuzeigen**. Um Überschneidungen mit **bestehenden Behörden oder Strukturen** zu vermeiden, sollte es den Mitgliedstaaten möglich sein, auf allgemeine Überwachungsbehörden oder -strukturen, branchenspezifische Aufsichtsstellen, kommunale Aufsichtsbehörden, Wettbewerbsbehörden, den Bürgerbeauftragten oder nationale Prüfbehörden **zurückzugreifen**.“ (Hervorhebung durch Zitierende)*

Zudem haben die Mitgliedstaaten gemäß Art 83 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art 99 der Richtlinie 2014/25/EU sicherzustellen, dass die Anwendung der Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe von einer oder mehreren Behörden, Stellen oder Strukturen überwacht wird.

Eindeutig sehen die europäischen gesetzlichen Grundlagen daher vor, dass – insbesondere auch gesetzlichen Interessensvertretungen – die Möglichkeiten zu eröffnen ist, etwaige Verstöße gegen die Vergaberichtlinie einer nachprüfenden Kontrolle zuzutragen.

Die obigen Ausführungen zeigen, dass die Antragslegitimation von Interessensvertretungen iSe europarechtskonformen Auslegung zwingend geboten ist. **Österreich** befindet sich dbzgl bereits in einem **Umsetzungsverzug**. Jedenfalls aber stehen dieser Einräumung von Parteienrechten keine gesetzlichen Schranken entgegen.

Judikatur (EuGH)

Ein Blick auf die jüngste Judikatur des EuGH zeigt unterstützend folgendes Bild:

In Ungarn können nicht nur interessierte Unternehmer Vergabe-Nachprüfungsverfahren einleiten. Auch eine staatliche Vergabe-Überwachungsbehörde wird von Amts wegen tätig (EuGH 26.03.2020, C-496/18 und C-497/18). Grundsätzlich schreibe, so der EuGH in seinem Urteil, das Unionsrecht den Mitgliedstaaten zwar nicht vor, eine amtswegig tätig werdende Behörde zur Kontrolle von Vergaberechtsverstößen einzurichten. Die Richtlinien verbieten den Mitgliedsstaaten eine solche Behörde aber auch nicht. Die Einrichtung einer nationalen Überwachungsstelle für die Einleitung von Nachprüfungsverfahren ist daher grundsätzlich zulässig.

Verbandsklagebefugnis im UWG

Zudem kennt auch die österreichische Rechtsordnung bereits eine Klagebefugnis von „*Vereinigungen zur Förderung wirtschaftlicher Interessen von Unternehmern*“. Die Klagebefugnis der in § 14 Abs 1 UWG genannten Vereinigungen besteht insb bereits dann, wenn die bloß abstrakte Möglichkeit einer Beeinträchtigung der von der Vereinigung vertretenen Interessen gegeben ist.

Gründe für die Umsetzung einer Antragslegitimation von gesetzlichen Interessensvertretungen in Österreich

ISd Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVergG) haben Ausschreibungsunterlagen die Leistung eindeutig, vollständig und kalkulierbar zu beschreiben. Dadurch soll insbesondere die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt werden.

Damit einhergehend wird der faire und lautere Wettbewerb gefordert und wird dem Ziel einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Beschaffung Rechnung getragen.

Natürlich sind öffentliche Auftraggeber – schon im eigenen Interesse – grundsätzlich bemüht, Ausschreibungsunterlagen entsprechend den gesetzlichen Vorgaben zu erstellen. Dennoch zeigt die Praxis, dass bei der Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen – oft mangels fachlicher Kenntnisse hinsichtlich der konkret zu beschaffenden Leistungen bzw. des dahinter liegenden Marktes aber auch

aufgrund teilweiser vergaberechtlicher Unkenntnis – vergaberechtliche Vorgaben nicht eingehalten werden (können).

Bei z.B. kleinen Gemeinden werden Vergabeverfahren oft nebenbei „mitgemacht“; bei großen öffentlichen Auftraggebern wird häufig anhand vorgegebener (starrer) Prozesse – ohne auf die konkrete zu beschaffenden Leistungen einzugehen – ausgeschrieben.

Aufgrund unserer Erfahrung zeigt sich, dass es – mangels Kenntnis des Marktes bzw. fehlender Marktrecherche – zu Einschränkungen des Wettbewerbs durch die Verwendung von unsachlichen Eignungskriterien (Mindestanforderungen, die erfüllt sein müssen, damit ein Unternehmen am Vergabeverfahren teilnehmen kann) kommt. Dadurch wird die Teilnahme von Unternehmen am Vergabeverfahren ausgeschlossen und der Wettbewerb eingeschränkt.

Auch bei der Formulierung der Leistungsbeschreibung ist ersichtlich, dass diese mangels Kenntnis des Umfangs der konkret zu beschaffenden Leistungen (vor allem bei Planungsleistungen) derart unklar bzw. weit formuliert wird, dass auf Bieterseite nicht nachvollzogen werden kann, welche konkreten Leistungen nun ausgeschrieben sind bzw. angeboten werden sollen. Dies geht oft damit einher, dass diese Leistungen mit einer Pauschale abgegolten werden sollen. Im Zuge der Angebotslegung kommt es in derartigen Fällen, oft zu nicht kalkulierbaren Leistungen, verbunden mit einem (grundsätzlich vermeidbaren) Risikozuschlag seitens der Bieter.

Ein Fall aus der jüngeren Vergangenheit zeigt, dass es auch bei der Vertragsgestaltung – aufgrund der Benützung von Standardmustern im Zuge eines vorgegebenen Vergabeprozesses innerhalb des öffentlichen Auftraggebers – es zu unsachlichen (weit überzogenen) Pönalebestimmungen zu Lasten des Auftragnehmers kommt. Eine Angebotslegung wäre in einem derartigen Fall unmöglich, weil dadurch im worst case der Weiterbestand des einzelnen Büros am Spiel stehen würde.

Letztendlich führt sowohl der nicht vorhandene Wettbewerb als auch unklare bzw. unsachliche Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen z.B. zu vermeidbaren (Mehr)Kosten auf Seite des öffentlichen Auftraggebers. Auf Seiten der Bieter – großteils KMU's – führen fehlerhafte Ausschreibungen oft dazu, dass das Risiko mit einer (grundsätzlich nicht eindeutig kalkulierbaren) Angebotslegung zu hoch zu bewerten ist und eine Teilnahme am Vergabeverfahren dadurch ausgeschlossen ist. Dies führt auf lange Sicht dazu, dass der Markt immer enger und teurer wird.

Grundsätzlich steht den Bietern natürlich die Möglichkeit zu, fehlerhafte Ausschreibungsunterlagen zu bekämpfen. Die Praxis zeigt jedoch, dass von diesem Rechtsmittel nur sehr selten Gebrauch gemacht wird. Gründe dafür liegen zum einen in der Ungewissheit, ob ein Bieter überhaupt Aussicht auf den Zuschlag und somit unwiederbringliche Kosten in Kauf zu nehmen hat. Wobei auch die entstehenden Kosten im Nachprüfungsverfahren von einzelnen Bietern oft realistischerweise nicht getragen werden können und somit die Möglichkeiten eines einzelnen Marktteilnehmers von vornherein beschränkt werden.

Zum anderen schrecken Bieter davor zurück, gegen einen zukünftigen (oder auch schon bestehenden) Vertragspartner gerichtlich vorzugehen. Dies insbesondere deshalb, weil Bieter auch sehr oft in einem (existentiellen) Abhängigkeitsverhältnis zu (zum Teil übermächtigen) Auftraggebern stehen. Dies geht sogar so weit, dass auch von der Möglichkeit Bieterfragen im laufenden Vergabeverfahren zu stellen, nicht Gebrauch gemacht wird; „man will den Auftraggeber nicht belästigen“.

Folge der asymmetrischen Machtverteilung ist, dass vergaberechtliche Bestimmungen missachtet werden, weil die Bieter gegen einen übermächtigen Auftraggeber keine Rechtsschutzverfahren anstrengen wollen und können. Dies kann nicht im Interesse des Gesetzgebers sein.

Als Folge daraus werden vergaberechtswidrige Ausschreibungsbedingungen bestandsfest. D.h., eine Bekämpfung zu einem späteren Zeitpunkt ist damit ausgeschlossen. Bieter sind daher gezwungen, verteuerte Risikozuschläge für inadäquate Vertragsbedingungen anzubieten. Abgesehen davon, führen unklare Ausschreibungs- bzw. Vertragsbestimmungen dazu, dass es zu Streitigkeiten in der Abwicklungsphase kommen kann und die Leistung für alle Beteiligten dadurch verteuert wird. Verbunden damit sind auch oft langwierige und teure Gerichtsverfahren.

Daher sollte bzw muss (iSd Erwägungsgrundes Nr. 122 oben) die Antragslegitimation zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Ausschreibungsunterlagen explizit auch für gesetzliche Interessensvertretungen im BVergG implementiert werden.

Eine derartige Antragslegitimation hätte eine Verbesserung der Vergabekultur zur Folge, weil die Antragslegitimation der Interessensvertretungen wohl auch präventive Wirkungen haben wird. Zusätzlich wird sie dazu führen, dass eine Abstimmung zwischen Auftraggebern und Interessensvertretungen bereits im Vorfeld einer Ausschreibung erfolgt und dadurch sowohl problematische Ausschreibungen als auch aufwändige Nachprüfungsverfahren schon im vornhinein verhindert werden. Das führt zu optimierten Vergabeverfahren, die sowohl im Interesse der Auftraggeber als auch der Auftragnehmer liegen. Schon rein faktisch würde eine Antragslegitimation von gesetzlichen Interessensvertretungen zu einer Anhebung der Ausschreibungsqualität führen. Zudem würde generell dem Grundsatz der Verfahrensökonomie Rechnung getragen.

Auch würde mit einer Antragslegitimation von gesetzlichen Interessensvertretungen die Chancengleichheit zwischen Bietern und (zum Teil übermächtigen) Auftraggebern ausgeglichen werden.

Abgesehen davon würde durch die Implementierung einer Antragslegitimation von gesetzlichen Interessensvertretungen eine Rechtsschutzlücke in einer Phase des Vergabeverfahrens geschlossen, in der die Interessen eines einzelnen Bieters nicht im Vordergrund stehen, nämlich schon bei Einleitung des Verfahrens.

Aufwand einer Umsetzung

Die Einräumung einer Antragslegitimation für gesetzliche Interessensvertretungen

- ist europarechtlich geboten
- widerspricht keiner gesetzlichen Grundlage
- baut auf bereits bestehende Strukturen auf und ist somit
- für die öffentliche Hand kostenneutral
- kann legislativ sehr einfach in das bestehende System des BVergG eingefügt werden.

Der Aufwand einer Implementierung einer Antragslegitimation für gesetzliche Interessensvertretungen ist daher vernachlässigbar.

Art der Umsetzung

Um Unklarheiten betreffend die Antragslegitimation in einzelnen Fällen zu vermeiden und zumindest eine gewisse Determinierung vorzunehmen, sollte festgelegt werden, dass nur die sachlich zuständigen gesetzlichen Interessensvertretungen antragsberechtigt sind.

Variante 1 – Beschwer hat in der objektiven Rechtswidrigkeit zu liegen

Derzeit baut das Rechtsschutzsystem im Vergaberecht, vereinfacht gesagt, auf der subjektiven Betroffenheit von interessierten Unternehmen auf.

Um die oben aufgezeigten europarechtlichen Vorgaben umsetzen zu können, ist das bestehende System im BVergG derart abzuändern, dass gesetzliche Interessensvertretungen dann ein rechtliches Interesse an einer nachprüfenden Kontrolle haben, wenn durch die konkreten Ausschreibungsunterlagen eine **objektive Rechtswidrigkeit** – insb iSd **Grundsätze des BVergG** – verwirklicht wird.

Die Systematik des BVergG müsste inhaltlich derart abgeändert werden, dass für die Antragslegitimation von gesetzlichen Interessensvertretungen ein „eigener Fall“ formuliert wird. Dh, der Ansatzpunkt, wie man zum Rechtsschutz kommt, muss anders gedacht werden. Die Antragsvoraussetzungen müssen idS angepasst werden und hat sich die Antragslegitimation von gesetzlichen Interessensvertretungen auf objektive Rechtsverstöße im Zusammenhang mit den Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen beziehen.

Es wird folgende (sinngemäße bzw nicht abschließende Formulierung) eines neuen § im BVergG vorgeschlagen:

„(1) Sachlich zuständige gesetzliche Interessensvertretungen können die Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen beantragen. Eine gesetzliche Interessenvertretung kann Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bis spätestens zehn Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist einbringen. Fällt das Ende der Einbringungsfrist auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder den Karfreitag, so ist der folgende Werktag letzter Tag der Frist.

(2) Ein Antrag wegen Rechtswidrigkeit in Bezug auf die Nachprüfung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen hat jedenfalls zu enthalten

- 1. die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie die angefochtenen Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen*
- 2. die Bezeichnung des Auftraggebers, des Antragstellers und gegebenenfalls der vergebenden Stelle einschließlich deren elektronischer Adresse,*
- 3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes*
- 4. die Bezeichnung der objektiv rechtswidrigen Vergabeverstöße, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte) sowie die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,*

5. einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen, und
6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

[...]"

Variante 2 – Antragslegitimation analog dem bestehenden System

Es wird folgende Formulierung eines neuen Absatzes 5 zu § 342 BVergG 2018 vorgeschlagen:

„Sachlich zuständige gesetzliche Interessensvertretungen können die Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen beantragen. Eine gesetzliche Interessenvertretung kann Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bis spätestens zehn Tage vor Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist einbringen. Fällt das Ende der Einbringungsfrist auf einen Samstag, Sonntag, gesetzlichen Feiertag oder den Karfreitag, so ist der folgende Werktag letzter Tag der Frist.“

Generell zu beachten

Einstweilige Verfügungen: Antragslegitimation für gesetzliche Interessensvertretungen in § 350 (1) BVergG ist entsprechend anzupassen:

„Das Bundesverwaltungsgericht hat auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 342 (1) nicht offensichtlich fehlen, sowie auf Antrag einer sachlich zuständigen gesetzlichen Interessenvertretung gemäß § 342 (5) [...]“

Wie bereits oben ausgeführt, kann in der Umsetzung der Vorgaben auf bestehende Strukturen zurückgegriffen werden. Eine Eingliederung derartiger Fälle in das BVwG bietet sich an.

Weiters ist die Zusammensetzung des Rechtsmittelsenates zu beachten, weil die Interessensvertretung sowohl als Antragstellerin als auch durch ein Mitglied im Senat repräsentiert wäre.

Eine Umsetzung der Antragslegitimation von gesetzlichen Interessensvertretungen könnte im Zuge der nationalen Umsetzung der Clean-Vehicle Directive (u.U. im BVergG) Mitte 2021 erfolgen.