

## **Novelle zum Bundesvergabegesetz in Begutachtung**

Am 23.10.2008 hat das Bundeskanzleramt den Entwurf einer Novelle 2008 zum Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006) zur Begutachtung versandt.

Die Novelle dient insbesondere der Umsetzung diverser EU-Vorgaben im Rechtsschutzbereich (gemäß Richtlinie 2007/66/EG). Unter anderem soll das Bundesvergabeamt unter gewissen Voraussetzungen auch die Möglichkeit erhalten, bei elementaren Verstößen gegen das Vergaberecht Verträge für nichtig zu erklären.

Weiters sieht der Begutachtungsentwurf - als Vorschlag zur Reduktion der Verwaltungskosten in den Unternehmungen - gewisse Erleichterungen bei der Vorlage von Eignungsnachweisen und die Einführung einer sog. „Eigenerklärung“ vor.

Abgesehen von den im Entwurf vorgeschlagenen Neuerungen wird sich die VIBÖ in ihrer Stellungnahme schwerpunktmäßig der aktuellen Festpreis-Problematik widmen und zudem eine gesetzliche Antragslegitimation für Verbände zur formalen Beeinspruchung gesetzeswidriger Ausschreibungsbedingungen fordern.

### **§ 24 Abs 7 BVerG - Regelungen zur Festlegung fester bzw. veränderlicher Preise**

Angesichts der stark schwankenden Beschaffungskosten bei diversen Baustoffen besteht dringender Handlungsbedarf im Vergaberecht, um auch in Zukunft bei öffentlichen Bauprojekten eine seriöse Preisermittlung zu gewährleisten.

Aufgrund der schwammigen Formulierung des § 24 Abs 7 BVerG 2006 sind derzeit bei vielen öffentlichen Bau-Ausschreibungen Festpreise mit einem Jahr Gültigkeit (und teilweise auch darüber hinaus) festgelegt. Dies zwingt die Bauunternehmungen dazu, spekulative Annahmen über die künftige Kostenentwicklung z.B. bei Stahl oder Bitumen in ihre Angebotspreise einzurechnen.

Im Hinblick auf die vergaberechtlich gebotene Vergleichbarkeit und Kalkulierbarkeit von Angeboten fordert die VIBÖ, den erheblichen Preisschwankungen auf den Beschaffungsmärkten Rechnung zu tragen und die derzeitige Formulierung des § 24 Abs 7 BVerG

2006 im Sinne der Kalkulierbarkeit zu präzisieren. Im Einzelnen sind aus Sicht der VIBÖ folgende Adaptierungen erforderlich:

- Reduktion der zeitlichen Obergrenze für die Geltung fester Preise von maximal 12 auf maximal 6 Monate
- Streichung des Wortes „grundsätzlich“ im Gesetzestext, sodass die gesetzliche Obergrenze für die Geltung fester Preise ohne Ausnahmen verbindlich einzuhalten ist
- Präzisierung, dass die zeitliche Obergrenze für feste Preise ab dem Ende der Angebotsfrist zu berechnen ist
- Konkretisierung der Klausel betreffend „preisbestimmender Kostenanteile, die einer starken Preisschwankung unterworfen sind“ im Sinne der Empfehlung der „Unabhängigen Schiedskommission im BMWA“ vom 14. August 2008 (demnach sind Kostenanteile preisbestimmend, wenn sie mehr als 1 % der Auftragssumme ausmachen)
- Verbindliche Festlegung einer analogen Preisregelung auch für Sektorenauftraggeber

### **§ 320 BVergG - Legitimation der Verbände für Anträge gem. § 321 Abs 2 BVergG**

Das derzeit geltende Bundesvergabegesetz ermöglicht es einem Unternehmer, der sich an einem Vergabeverfahren beteiligen will, die Ausschreibungsunterlagen des öffentlichen Auftraggebers vor Ablauf der Angebotsfrist bei der zuständigen Vergabekontrollbehörde auf Gesetzeskonformität prüfen zu lassen.

Damit soll sichergestellt werden, dass im Bieterwettbewerb nur Ausschreibungsunterlagen verwendet werden, welche die gewünschte Leistung eindeutig, vollständig und kalkulierbar beschreiben und miteinander vergleichbare Angebote gewährleisten. Diese Möglichkeit der „Qualitätskontrolle“ fördert somit den fairen und lautereren Wettbewerb und unterstützt das Ziel einer sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Beschaffung.

In der Praxis wird diese „Qualitätskontrolle“ jedoch aus zweierlei Gründen wenig genutzt: Zum einen weiß der Unternehmer vor Angebotsöffnung noch nicht, ob er überhaupt eine Chance auf den Auftrag hat oder ob er mit seinem Prüfungsantrag nicht gar einem Mitbewerber „in die Hände spielt“. Zum anderen muss er mit dem Prüfungsantrag offen gegen seinen potenziellen Auftraggeber vorgehen und möglicherweise eine Verschlechterung des Geschäftsklimas in Kauf nehmen.

Daher verzichten viele Unternehmer auch in begründeten Fällen auf eine Prüfung der Ausschreibungsunterlagen, mit der Konsequenz, dass vergaberechtswidrige Ausschreibungsbedingungen „bestandsfest“, d.h. Bestandteil des Auftrages, werden. Dies wiederum

zwingt die Unternehmer dazu, verteuernde Risikozuschläge für inadäquate Vertragsbedingungen in ihre Angebote einzurechnen. Zudem führen unklare bzw. unausgewogene Ausschreibungsbedingungen häufig zu Streitigkeiten in der Zuschlags- und Ausführungsphase.

Um diese Nachteile hintanzuhalten, fordert die VIBÖ, dass die Antragslegitimation zur Prüfung der Gesetzmäßigkeit von Ausschreibungsunterlagen künftig nicht nur für Unternehmungen, sondern auch für Interessenvertretungen möglich sein soll.

Analog zur „Verbandsklage“ im Konsumentenschutzrecht hätte diese Ausweitung der Antragslegitimation primär präventiven Charakter und würde wohl schon alleine durch ihre Existenz zur Hebung der Ausschreibungsqualität beitragen. Im Anlassfall würden damit fragwürdige Ausschreibungsbedingungen vor Ablauf der Angebotsfrist, d.h. in der Frühphase des Vergabeverfahrens, auf Antrag eines Verbandes von den Vergabekontrollbehörden geprüft und verbessert. Kostspielige und zeitaufwändige Streitigkeiten bzw. Verfahrensverzögerungen während der Zuschlags- oder Ausführungsphase könnten dadurch minimiert werden.

Wien, im November 2008