

Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung
und Wirtschaft
z. H. Mag. Florian Huemer
Stubenring 1
A-1010 Wien

Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
1045 Wien
T +43 (0)5 90 900-DW | F +43 (0)5 90 900-243
E rp@wko.at
W <http://wko.at>

Email: florian.huemer@bmwfw.gv.at

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen, Sachbearbeiter	Durchwahl	Datum
	Rp 1441/17/Mi/KK	4239	12.5.2017
	Dr. Annemarie Mille		

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2017 - BVergGKonz 2017) erlassen und das Bundesvergabegesetz Konzessionen 2017 geändert wird - WKÖ-Stellungnahme

Sehr geehrter Herr Mag. Huemer, lieber Florian,

wie besprochen haben wir ein WKÖinternes Begutachtungsverfahren der Entwürfe für ein BVergG Konzessionen (Stand: 20. März 2017) durchgeführt und ersuchen Dich um Berücksichtigung folgender Punkte:

Allgemeines:

Einleitend möchten wir festhalten, dass wir ein eigenes BVergG Konz 2017 für entbehrlich halten. Angesichts des vermutlich überschaubaren Anwendungsbereichs ist eine Integration der Regelungen zur Konzessionsvergabe - wie bisher - in das gerade in Ausarbeitung befindliche BVergG 2017 unserer Ansicht nach der Schaffung eines eigenen Gesetzes vorzuziehen. Die von uns vorgeschlagene Vorgangsweise würde die aus Sicht unserer Mitgliedsunternehmen ohnehin ständig zunehmende Komplexität des Vergabewesens und hier vor allem die Schnittstellenproblematik in der Gesetzgebung erheblich reduzieren. So stellt sich uns im konkreten Fall schon jetzt die Frage, ob die im BVergG 2017 vorgenommenen bzw. noch vorzunehmenden Textänderungen in das BVergG Konz übernommen werden oder hier - unter Umständen auch nur aus rein praktischen Gründen im parallelen Entstehungsprozess der beiden Gesetze - unterschiedliche Regelungen zu vergleichbaren Sachverhalten entstehen, die unter Umständen sachlich schwer argumentierbar sein könnten.

Zu einzelnen Punkten dürfen wir in Anlehnung an unsere Stellungnahme zum BVergG 2017 vom 30.03.2017 auf Folgendes hinweisen:

Zu § 8 - Ausgenommene Vergabeverfahren

Erwägungsgrund 14 der RL 2014/23/EU (KonzessionenRL) stellt klar, dass *bestimmte Handlungen der Mitgliedstaaten, wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, durch die der Mitgliedstaat oder eine seiner Behörde die Bedingungen für die Ausübung einer*

Wirtschaftstätigkeit festlegt – einschließlich der Bedingung der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit – die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers und nicht vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber erteilt wird und bei der der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen zurückzuziehen, darüber hinaus nicht als Konzessionen gelten sollten.

Hoheitliche, öffentlich-rechtliche Bewilligungen, die ausschließlich auf Antrag eines privaten Antragstellers erteilt werden, sollen also nicht in den Anwendungsbereich der KonzessionenRL fallen.

Die „Konzession“ gemäß § Seilbahngesetz 2003 (SeilbG 2003)

Gemäß § 16 SeilbG 2003 ist eine sogenannte „Konzession“ für den Bau und Betrieb einer öffentlichen Seilbahn erforderlich. Diese „Konzession“ ist in den §§ 21 ff SeilbG 2003 definiert. Zusätzlich hierzu sind gemäß § 17 SeilbG 2003 eine Baugenehmigung und eine Betriebsbewilligung erforderlich.

Eine „Konzession“ wird ausschließlich auf Antrag einer (privaten) natürlichen oder juristischen Person erteilt. Die Initiative zur Errichtung einer Seilbahn geht jedoch nie von der Seilbahnbehörde selbst aus. Nur wenn der private Betreiber einen Antrag auf Erteilung einer „Konzession“ stellt, wird die Behörde im Rahmen eines hoheitlichen Verwaltungsverfahrens aktiv, um allgemeine öffentliche Interessen, etwa die Sicherstellung von einwandfreier Errichtung und Betrieb der Seilbahn über eine vorausgehende Finanz- und Investitionsanalyse, die Gewährleistung der technischen Sicherheit der Einrichtungen oder die Vermeidung von unverhältnismäßigen Auswirkungen auf die Umwelt, zu garantieren.

Rechtsanspruch auf eine „Konzession“

Eine „Konzession“ wird, vergleichbar mit anderen österreichischen verwaltungsrechtlichen Genehmigungen (z. B. wasserrechtliche Bewilligung nach WRG 1957, naturschutzrechtliche Bewilligungen usw.), für einen bestimmten Zeitraum gewährt, wobei diesbezüglich insbesondere das öffentliche Interesse betreffend die Sicherheit und den jeweiligen Stand der Technik sowie die technische Lebensdauer von Seilbahnen berücksichtigt werden.

Die Behörde muss die „Konzession“ erteilen, wenn alle Voraussetzungen nach dem SeilbG 2003 erfüllt sind. Die wichtigsten Voraussetzungen hierfür sind:

- Nachweise über die Aufbringung der erforderlichen Eigen- und Fremdmittel (§ 24 Z 6 SeilbG 2003);
- Nachweise über die Verfügbarkeit der Inanspruchnahme der im Bauverbotsbereich liegenden Grundstücke (§ 24 Z 7 SeilbG 2003);
- Angaben und Unterlagen im Hinblick auf Natur-, Umwelt- und Landschaftsschutz sowie zur Beurteilung einer allfälligen Verpflichtung zur Durchführung eines Verfahrens zur Prüfung der Umweltverträglichkeit (§ 24 Z 13 SeilbG 2003);
- die Erfüllung aller Sicherheitsvorschriften (§§ 57 ff SeilbG 2003).

Aus diesem Grund ist die „Konzession“ nach SeilbG 2003 als verwaltungsrechtliche Bewilligung zu qualifizieren, die von der zuständigen Behörde auf Antrag eines privaten Investors erteilt wird und hinsichtlich derer die Behörde weder ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse hat noch gar eine Verpflichtung zur Erbringung der Dienstleistung besteht. Wenn der Antragsteller alle relevanten Bestimmungen erfüllt, ist die Behörde verpflichtet, die „Konzession“ zu erteilen. Diese Verpflichtung beinhaltet auch das subjektive und durchsetzbare Recht des Antragstellers auf Erteilung der „Konzession“. Sollte dieses Recht verweigert werden, kann der Antragsteller dieses im Rechtswege bis hin zu VwGH oder VfGH erzwingen.

Zusammengefasst entspricht die „Konzession“ gemäß SeilbG 2003 unserer Ansicht nach nicht dem Begriff der Konzession gemäß KonzessionsRL, sodass „Konzessionen“ nach SeilbG 2003 nicht den Anwendungsbereich der KonzessionsRL unterliegen.

Aus diesem Grund fordern wir eine Aufnahme des Konzessionsvergabeverfahrens nach den Bestimmungen des SeilbG 2003 in die Aufzählung der „ausgenommenen Vergabeverfahren“ gemäß § 8 BVergG Konz 2017.

Zu § 14 Abs 8 - Teilnahme von KMUs an Vergabeverfahren

Wir begrüßen diese KMU-freundliche Bestimmung ausdrücklich. Sie könnte in ihrer Wirkung noch dahingehend verstärkt werden, in dem sich Auftraggeber sachlich rechtfertigen müssen, warum nicht die „Möglichkeit“ bestand, dass die Konzeption und Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens so gestaltet wurde, dass auch KMU am Vergabeverfahren teilnehmen können.

Zu § 30 Abs 2 - Veröffentlichung und Standardisierung von Kerndaten

Um Monopolstellungen hintanzuhalten, sprechen wir uns dafür aus, dass Informationen nicht nur für natürliche Personen in einer les- und suchbaren Weise anzubieten sind, sondern auch für Maschinen.

Zu § 38ff - Fristen

Schon die aktuellen Fristen im Vergabeverfahren bedeuten oftmals eine Herausforderung für die Bieter. Ausreichend lange Angebotsfristen sind - von allen unbestritten - eine wesentliche Grundlage für qualitativ hochwertige Angebote. In der Praxis hat sich gezeigt, dass der Grundsatz ausreichender Fristen zu wenig beachtet wird und sich die überwiegende Zahl der Auftraggeber an den zahlenmäßig festgeschriebenen Mindestfristen orientiert. Insofern ist beispielsweise zu kritisieren, dass für Konzessionen im Oberschwellenbereich eine gesetzliche Mindestangebotsfrist von 25 Tagen festgelegt wird (§ 42 Abs 2 BVergGKonz 2017).

Es sollten zumindest alle Möglichkeiten innerhalb der Vorgaben der Richtlinie genutzt werden, um möglichst lange „Standard“-Angebotsfristen zu erreichen.

Zu § 44 Abs 1 Z 9 - neuer Ausschlussgrund „bisherige Erfahrungen“

Ein Unternehmer ist von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er *„bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder eines früheren Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“*.

Der Erwägungsgrund 101 der Richtlinie spricht beispielhaft von *„Lieferungsausfall oder Leistungsausfall, erhebliche Defizite der gelieferten Waren oder Dienstleistungen, die sie für den beabsichtigten Zweck unbrauchbar machen, oder Fehlverhalten, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lässt“* und verlangt die Festlegung einer Höchstdauer für solche Ausschlüsse sowie eine besondere Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.

Die gesetzliche Regelung, jedenfalls aber die Erläuterungen, müssen zumindest um diese Aspekte ergänzt werden, um auszuschließen, dass unterschiedliche Rechtsansichten hinsichtlich laufender Projekte (z.B. zu berechtigten Mehrkostenforderungen) zu einer Benachteiligung in künftigen Verfahren führen können. Weiters muss unbedingt klargestellt werden, dass aus dieser Bestimmung kein Recht der Auftraggeberseite abgeleitet werden kann, über den eigenen Tätigkeitsbereich hinaus „schwarze Listen“ mit bisherigen Erfahrungen mit den Bietern zu führen.

Zu § 44 Abs 2 - Ausschlussgründe

Der Auftraggeber hat Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn diese aufgrund bestimmter Straftatbestände rechtskräftig verurteilt wurden. Dies gilt auch, wenn die Voraussetzungen in Bezug auf natürliche im Unternehmen vertretungsbefugte Personen

erfüllt sind. Daher haben die Mitglieder der Geschäftsführung und - seit einem VwGH-Erkenntnis aus dem Herbst 2016 - auch alle Prokuristen eines Unternehmens einen Strafregisterauszug vorzulegen.

Die vorgeschlagene Regelung ist hinsichtlich der Betroffenheit von Prokuristen ebenso unklar formuliert wie die derzeit geltende und führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. In dieser Form entstehen den Bietern unnötige Kosten und es bleibt bei einem enormen administrativen Mehraufwand sowohl für die Bieter- als auch für die Auftraggeberseite.

Eine Präzisierung der gesetzlichen Regelung oder zumindest eine Klarstellung in den Erläuterungen, dass Prokuristen nicht von § 44 Abs 2 umfasst sind, ist unbedingt notwendig. Jedenfalls ist im § 44 Abs 2 BVergG Konz auf den Gleichklang zum § 78 Abs 2 BVergG zu achten.

Zu § 50 Nachweis der Leistungsfähigkeit

Da es sich bei Baukonzessionen regelmäßig um relativ große und komplexe Vorhaben handeln wird, sollten zumindest die Erläuterungen auf grundlegende Überlegungen zur risikobasierten Festlegung von Kriterien zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verweisen (etwa auf Grundlage eines Projektklassensystems, wie dies in einem Gutachten der Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher/Univ.-Prof. DI Hans Lechner ausgearbeitet wurde; abrufbar unter http://www.viboe.at/uploads/tx_viboelinkct/2017-02-Gutachten-Kriterien-Projektklassensystem-Aicher.pdf).

Zu § 57 Abs 4 - Einschränkung Subunternehmer

Zu den Hintergründen der Möglichkeit, den Rückgriff auf Subunternehmer in der Ausschreibung im Einzelfall zu beschränken, sofern dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist, fehlen für die Praxis verständliche Erläuterungen. Die Regelung ist viel zu weit und unbestimmt formuliert und gerät in dieser Form möglicherweise in Widerspruch zu den Grundprinzipien einer arbeitsteiligen Wirtschaft.

Zum § 57 Abs 4 bestehen Bedenken, ob diese geplante Vorgehensweise der Einschränkung der Möglichkeit Subunternehmer einzusetzen im Hinblick auf die aktuelle Judikatur des EuGH überhaupt zulässig ist.

Zu § 67 Abs 3 - Reihenfolge der Zuschlagskriterien

Im § 67 Abs 3 wird die Möglichkeit geschaffen die Reihenfolge der Zuschlagskriterien bei innovativen Lösungen zu ändern. Dies sollte nach Vorgabe des Gesetzes aber zu keiner Diskriminierung von Unternehmen führen. Diese Bestimmung führt sich selbst ad absurdum, da es durch eine Änderung der Reihenfolge der Zuschlagskriterien gegebenenfalls zu einer Änderung der Bewertung und somit zu einer Umreihung von Bietern kommen würde. Ein allenfalls so nicht zum Zuge kommender Bieter wäre damit diskriminiert.

Zu § 78 - Antragslegitimation

Die Antragslegitimation von Interessenvertretungen nur Nachprüfung von Ausschreibungsunterlagen vor Ende der Angebotsfrist sollte in den Entwurf aufgenommen werden, um eine effiziente Überwachung der Einhaltung des Vergaberechts zu ermöglichen.

Zu § 106 - Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmern

Die Regelung übernimmt den § 83 Abs 5 BVergG 2006, streicht aber die Zustimmungsfiktion bei fehlender Ablehnung durch den Auftraggeber nach 3 Wochen. Diese Zustimmungsfiktion muss unverändert erhalten bleiben.

Streicht man die Zustimmungsfiktion, dann würde ein nachgenannter Subunternehmer, zu dem sich der Auftraggeber nicht äußert, nicht genehmigt werden. Es würde stets die Haftung nach § 10 LSD-BG eintreten. Der Auftragnehmer hat bei einem nachgenannten Subunternehmer (der z.B. erforderlich wird, weil der ursprüngliche Subunternehmer in Konkurs gegangen ist) nur mehr die theoretische Wahl, zu haften oder die Leistung nicht zu erbringen.

Eine praktische Konsequenz könnte sein, dass hier eine deutliche Ausweitung der Subunternehmernennungen durch den Auftragnehmer schon in der Angebotsphase erfolgt und damit ein deutlich erhöhter administrativer Aufwand bei allen Beteiligten verbunden ist. Dem steht aber die Bestimmung in § 57 Abs 2 entgegen, wonach der Auftraggeber die Nennung der Subunternehmer im Angebot einschränken kann. Letztendlich würde die fehlende Zustimmungsfiktion dazu führen, dass die Mitverantwortung des Auftraggebers für saubere Subvergaben nicht mehr wahrgenommen werden müsste.

Dem § 106 Abs 1 ist als vorletzter Satz einzufügen: „Die Zustimmung des Auftraggebers gilt als erteilt, sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung gemäß dem ersten Satz abgelehnt hat.“

Zu § 110 Baustellendatenbank

Die vorgesehene Meldeverpflichtung bei der Baustellendatenbank ist jedenfalls zu begrüßen. Die Meldeverpflichtung sollte jedoch ausschließlich beim Auftraggeber liegen.

Die öffentliche Auftragsvergabe einschließlich der Vergabe von Konzessionen ist für unsere Mitgliedsunternehmen und damit auch für uns sehr wichtig. Wir danken Dir und Deinem Team für die bisherige großartige Unterstützung und bitten Dich, auch weiterhin unsere Punkte - die auch für das BVergG 2017 gelten - zu berücksichtigen.

Freundliche Grüße



Dr. Rosemarie Schön
Abteilungsleiterin

