

Wirtschaftskammer Österreich
Abteilung für Rechtspolitik
Wiedner Hauptstraße 63
1045 Wien

Präsidium
Wirtschaftskammer Tirol
Wilhelm-Greil-Straße 7 | 6020 Innsbruck
T 05 90 90 5-1248 | F 05 90 90 5-51431
E praesidium@wktirol.at
W WKO.at/tirol

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
Rp 1435/17/Mi/KK

Unser Zeichen, Sachbearbeiter
WSU/Mag.Ja/mn

Durchwahl
1270

Datum
20. März 2017

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017); Stellungnahme

Die Wirtschaftskammer Tirol begrüßt die Bestrebungen des Entwurfs, die mit der Bundesvergabegesetz-Novelle 2016 verfolgten Bemühungen mit dem Ziel eines vermehrten Qualitätswettbewerbs bei der Vergabe von Aufträgen und der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping im Rahmen der Neuerlassung der BVergG weiter zu verstärken.

Dieses Ziel wird allerdings durch die neue Formulierung bei den Sektorenauftraggebern aus unserer Sicht nicht erreicht.

Darüber hinaus sprechen wir uns insbesondere vehement gegen die Streichung der Zustimmungsfiktion des Auftraggebers zum Subunternehmerwechsel, sofern er sich drei Wochen lang verschweigt, die Möglichkeit der generellen Beschränkung von Subunternehmerleistungen, die Verankerung der Haftung des Auftragnehmers für Entgeltansprüche von durch Subunternehmer eingesetzte Arbeitnehmer, verpflichtende Strafregisterauszüge für Prokuristen ohne Einfluss auf die Geschäftspolitik, die weitere Aufweichung der Normenbindung und Fristverkürzungen aus.

Wir begrüßen die Erweiterung des Bestbieterprinzips für Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen und qualitätsbezogene Aspekte zB bei der Vergabe von „Busdienstleistungen“.

Auch im Unterschwellenbereich sollen Unternehmen die *Möglichkeit* haben, ihre Rechnungen elektronisch dem Auftraggeber vorzulegen. Weiters fordern wir die Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen.

Wir schließen uns der Vorbegutachtung der WKÖ an. Insbesondere nehmen wir zu folgenden Punkten explizit Stellung:

§ 363 - Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmern

Die Regelung übernimmt § 83 Abs 5 BVergG 2006, streicht aber die Zustimmungsfiktion bei fehlender Ablehnung durch den Auftraggeber nach drei 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 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) eintreten. Der Auftragnehmer hat bei einem nachgenannten Subunternehmer (der zB erforderlich wird, weil der ursprüngliche Subunternehmer in Konkurs gegangen ist) nur mehr die theoretische Wahl, zu haften oder die Leistung nicht zu erbringen. Logische praktische Konsequenz wird hier eine deutliche Ausweitung der Subunternehmernennungen durch den Auftragnehmer schon in der Angebotsphase und damit verbunden ein deutlich erhöhter administrativer Aufwand bei allen Beteiligten sein, dem keinerlei Nutzen gegenübersteht.

§ 363 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.“*

Jegliche im BVergG verankerte erweiterte Haftung des Generalunternehmers für Gehaltsansprüche der Arbeitnehmer der Subunternehmer wird abgelehnt. Weitere Verschärfungen gegenüber der in den letzten Jahren laufend verschärfte Gesetzeslage sind hier nicht notwendig. Grundsätzlich sollten Spezialfragen auch in den entsprechenden Gesetzesmaterien - wie dem LSD-BG - geregelt werden.

§ 78 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 aufgrund der aktuellen VwGH-Judikatur 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 bleibt es 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 Erläuternden Bemerkungen, dass Prokuristen nicht von § 78 umfasst sind, ist daher notwendig.

Nicht im Entwurf enthalten - Verpflichtende Eignungskriterien zur Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit

Dass öffentliche Auftraggeber sowie Sektorenauftraggeber zur Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit eines Bieters verpflichtend Eignungskriterien, wie zB Mindest-Ratingzahlen (zB KSV-Rating geringer als 400), zumindest positive Eigenkapitalquote und Mindestjahresumsatz, verpflichtend heranziehen, erscheint uns - gerade bei großen Gewerken - sinnvoll und zielführend.

Im Sinne einer KMU-freundlichen Vergabeordnung sollte jedoch zuvor eingehend geprüft werden, ob eine verpflichtende „vertiefende Angebotsprüfung“, die unsererseits ausdrücklich gefordert wird, ausreicht.

Nicht im Entwurf enthalten - Antragslegitimation der Interessenvertretungen zur Nachprüfung von Ausschreibungsunterlagen vor Ende der Angebotsfrist

Um eine effiziente Überwachung der Einhaltung des Vergaberechts sicherzustellen, ist die Einräumung von Parteirechten für Interessenvertretungen für bestimmte Fälle von anfechtbaren Entscheidungen notwendig (um vor Angebotsöffnung ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen beantragen und diese auf Gesetzmäßigkeit prüfen lassen zu können). Dies gewährleistet einen effektiven Vergaberechtsschutz in Fällen von grundlegender Bedeutung, baut auf bereits vorhandenen Strukturen auf, ist für die öffentliche Hand kostenneutral und kann ohne umfangreiche Änderungen in das bestehende System des Vergaberechtsschutzes eingefügt werden.

§ 334 ist daher um eine Bestimmung zu erweitern, der das Bundesverwaltungsgericht zur Prüfung von Ausschreibungsunterlagen zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz zuständig macht, sofern bestimmte Interessenvertretungen (z.B. Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten, Industriellenvereinigung oder Wirtschaftskammer Österreich) entsprechende Unterlagen übermitteln.

Nicht im Entwurf enthalten - Normierung klarer Vorgaben für die vertiefte Angebotsprüfung

Unter bestimmten Voraussetzungen sollte der Auftraggeber zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet werden. Seitens der Sozialpartner-Initiative „Faire Vergaben“ wird von einer auffallenden Abweichung ausgegangen, wenn der Preis des erstgereihten Bieters um mehr als 10 % unter dem des zweitgereihten Bieters oder um mehr als 15% unter dem Mittelwert der anderen Bieter liegt. Bei der Festlegung der konkreten Schwellenwerte ist jedenfalls darauf zu achten, dass lediglich die tatsächlichen „Ausreißer“ überprüft werden.

§ 137 ist dahingehend zu erweitern, dass unter bestimmten Voraussetzungen (Verhältnis zu den anderen Angeboten) das Angebot des erstgereihten Bieters einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen ist.

§§ 105 Abs 3, 110 Abs 2 - Normenbindung

Die bisher in den §§ 97 und 99 Abs 2 BVerG 2006 enthaltene so genannte Normenbindung „Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so sind diese heranzuziehen. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmen auf Anfrage unverzüglich bekannt zu geben“ wird durch eine unverbindliche Formulierung „Sind für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie ÖNORMEN oder standardisierte Leistungsbeschreibungen, vorhanden, so ist auf diese Bedacht zu nehmen“ ersetzt und damit praktisch unbedeutend. In dieser Form besteht im Zusammenhang mit der Nutzung von geeigneten Leitlinien wie etwa Normen kein praktischer Unterschied mehr zwischen einem öffentlichen und einem privaten Auftraggeber. Die vergaberechtliche Normenbindung stellt hohe Standards bei der Auftragsausführung sicher und stellt - aufgrund der Mitwirkung von Vertretern aller betroffenen Kreise bei der Entstehung von ÖNORMen - den Versuch eines fairen Interessenausgleichs dar. Ein Abgehen wäre daher nicht nachvollziehbar und insbesondere aus Gründen einer objektivierbaren Qualitätssicherung abzulehnen.

Das Bundesvergabegesetz muss jedenfalls die bestehende Normenbindung aufrechterhalten und darüber hinaus ausdrücklich klarstellen, dass ein weitgehendes bzw unbegründetes Abweichen von geeigneten Leitlinien unzulässig ist und diese Verpflichtung auch auf die Sektorenauftraggeber ausweiten.

§ 78 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.

Zumindest die Erläuterungen müssen aus unserer Sicht um diese Aspekte ergänzt werden.

§§ 262 Abs 4 und 5 - Bestbieterprinzip für Sektorenauftraggeber

Die Neuregelung, wonach in den genannten Fällen lediglich „qualitätsbezogene Aspekte“ bei der Leistungsbeschreibung, der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungs- oder Zuschlagskriterien oder beim Leistungsvertrag festgelegt werden müssen, stellen eine sachlich nicht begründbare und nicht nachvollziehbare Schwächung des Bestbieterprinzips dar. Was „qualitätsbezogene Aspekte“ in diesem Zusammenhang sein sollen ist zu unbestimmt formuliert, inhaltlich unzureichend und praktisch nicht überprüfbar. Auch ist kein sachlicher Grund erkennbar, warum Sektorenauftraggeber (anders als bisher) plötzlich anders behandelt werden sollen als klassische öffentliche Auftraggeber.

Der Regelungsinhalt des § 236 Abs 3 BVergG 2006 ist wiederherzustellen - zumindest für den Fall, dass „es sich um einen Bauauftrag handelt, dessen geschätzter Auftragswert mindestens 1.000.000 Euro beträgt“.

§ 71 - Angebotsfrist

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. Insofern ist nicht nachvollziehbar, wenn Angebotsfristen über ein in den Richtlinien gefordertes Ausmaß hinaus verkürzt werden.

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

§ 98 Abs 4 Z 2 - 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 (zusätzlich zur Möglichkeit der Festlegung kritischer Aufgaben), fehlen für die Praxis verständliche Erläuterungen. Die Regelung ist viel zu weit und unbestimmt formuliert. Es ist vollkommen unklar, wie aus der zitierten Entscheidung des EuGH auf die Notwendigkeit der geplanten Regelung geschlossen werden kann.

§ 98 Abs 4 Z 2 ist ersatzlos zu streichen.

§ 141 Abs 1 Z 11 - neuer Ausscheidensgrund

Der Auftraggeber hat „Angebote von Bietern, die nachweislich Interessen haben, die die Ausführung des Auftrages beeinträchtigen können“ auszuschneiden. Es ist vollkommen unklar, welche Fallkonstellationen damit gemeint sind. Auch die diesbezüglichen Erläuterungen machen das nicht klarer: „Damit sind jene Fälle angesprochen, bei welchen der Bieter Interessen hat, die die Ausführung des Auftrages zu beeinträchtigen geeignet sind. Als Beispiel zu nennen ist etwa die Ausschreibung der Kontrolle einer Baustelle, wenn der Bieter zugleich Bauherr der gegenständlichen Baustelle ist (Selbstkontrolle).“

Wenn er nicht verständlich erläutert werden kann, ist der neue Ausscheidensgrund des § 141 Abs 1 Z 11 ersatzlos zu streichen.

Freundliche Grüße

WIRTSCHAFTSKAMMER TIROL



Dr. Jürgen Bodenseer
Präsident



Mag. Evelyn Geiger-Anker
Direktorin