



VIBÖ

VEREINIGUNG INDUSTRIELLER BAUUNTERNEHMUNGEN ÖSTERREICHS

A-1031 Wien, Schwarzenbergplatz 4, Tel: +43-1-504 15 57-0, Fax: +43-1-504 15 57-2117, office@viboe.at, www.viboe.at

An das
Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst
z.H. Herrn Dr. Michael Fruhmann
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Wien, 7. Mai 2015
MS/Ra

Ergeht per Mail: v8a@bka.gv.at

Betr.: Stellungnahme BVergG-Novelle 2015 - GZ BKA-600.883/0002-V/8/2015

Sehr geehrter Herr Dr. Fruhmann,
sehr geehrte Damen und Herren,

zu dem mit Schreiben vom 10. April 2015 übermittelten Entwurf einer BVergG-Novelle 2015 erlauben wir uns, namens der österreichischen Bauindustrie wie folgt Stellung zu nehmen:

Grundsätzlich begrüßen wir die Intention des Gesetzesentwurfs, bei öffentlichen Beschaffungsvorgängen qualitativen Gesichtspunkten einen höheren Stellenwert einzuräumen. Auch halten wir es für gerechtfertigt, die Eignungsprüfung im Hinblick auf die berufliche Zuverlässigkeit zu erweitern und zu vertiefen, um damit die Effizienz und Wirkung der Kontrolltätigkeit zur Bekämpfung von Wettbewerbsverzerrungen infolge von Lohn- und Sozialdumping zu erhöhen.

Die im Entwurf vorgesehenen Ausführungsbestimmungen halten wir jedoch nur bedingt für geeignet, um diese Ziele zu erreichen. Im Gegenteil: einige der vorgesehenen Maßnahmen werden unserer Einschätzung zufolge lediglich die administrativen Aufwendungen sowohl auf Auftraggeberseite als auch auf Auftragnehmerseite erhöhen, ohne die gewünschten Effekte zu erzielen.

Im Einzelnen bestehen seitens der Bauindustrie zu folgenden Regelungen des Artikel I Bedenken:

- **§§ 72 und 73 bzw. § 231 BVergG - berufliche Zuverlässigkeit**

Gemäß Entwurf soll bereits die erste Verurteilung nach § 7i AVRAG zum Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen (es sei denn, der Unternehmer macht durch Maßnahmen

gemäß § 73 Abs 2 BVergG bzw. § 231 Abs 7 glaubhaft, dass er trotz der Verfehlung zuverlässig ist).

Im Ergebnis bedeutet dies, dass Verfehlungen nach § 7 AVRAG vergaberechtlich strenger sanktioniert werden als Verstöße gegen § 28b AuslBG. Gemäß § 28b Abs 2 AuslBG bleibt nämlich bei einer Auskunftserteilung die erste Bestrafung unberücksichtigt, und die zweite Bestrafung ist nach Ablauf eines Jahres, jede weitere Bestrafung nach Ablauf von 2 Jahren nicht mehr zu berücksichtigen. Demgegenüber kennt § 7n AVRAG keinen dem AuslBG vergleichbaren „Filter“ und die Daten eines Strafverfahrens werden erst 5 Jahre nach Eintritt der Rechtskraft des jeweiligen Bescheids gelöscht.

Die Regelung der Auskunftserteilung gemäß AuslBG hat sich in der (Vergabe-)Praxis gut bewährt. Wir schlagen daher vor, zeitgleich mit der BVergG-Novelle 2015 folgende Ergänzung in § 7n AVRAG (oder alternativ eine entsprechende Regelung im BVergG) vorzusehen:

„Die erste Bestrafung bleibt bei Auskünften des Kompetenzzentrums LSDB an öffentliche Auftraggeber unberücksichtigt. Weiters ist bei Auskünften an öffentliche Auftraggeber die zweite Bestrafung nach Ablauf eines Jahres und jede weitere Bestrafung nach zwei Jahren nicht mehr zu berücksichtigen.“

- **§ 79 Abs 3 und 3a bzw. § 236 Abs 3 und 3a BVergG - Bestbieterprinzip**

Grundsätzlich begrüßen wir alle gesetzlichen Maßnahmen, welche dazu beitragen, bei öffentlichen Beschaffungsvorgängen weg von einem reinen Preiswettbewerb zu einem Leistungs- und Qualitätswettbewerb zu kommen. Die verpflichtende Anwendung des Bestangebotsprinzips im gesamten Ober- und Unterschwellenbereich (d.h. auch bei Klein- und Kleinstaufträgen) halten wir allerdings für überzogen und regen aus administrativen Gründen an, die verpflichtende Bestbietervergabe auf Bauaufträge ab einer Auftragssumme von einer Million Euro zu beschränken.

Bei der in § 79 Abs 3 bzw. § 236 Abs 3 angeführten Aufzählung wird offensichtlich davon ausgegangen, dass mit Festlegung zumindest eines weiteren Zuschlagskriteriums gewisse Defizite hinsichtlich der eindeutigen Definition des gewünschten Qualitätsstandards „saniert“ werden können. Dazu fehlt aber die konkrete Vorgabe, dass das zusätzliche Kriterium auch tatsächlich dahingehend festzulegen bzw. auszugestalten ist. Laut Entwurfstext wäre es beispielsweise auch zulässig, nicht genau festgelegte vertragliche Spezifikationen (Z. 6) durch ein Sozialkriterium (z.B. Beschäftigung älterer Dienstnehmer) zu „sa-

nieren“. Aus unserer Sicht besteht hier aber kein sachlicher Zusammenhang, der dies rechtfertigen würde.

Die Ziffer 2 halten wir mangels sachlichem Zusammenhang zwischen Bestbietervergabe und Zulässigkeit von Alternativangeboten für nicht gerechtfertigt und im Hinblick auf die angestrebte Forcierung innovativer Beschaffungen für kontraproduktiv. Wir ersuchen daher, diese Ziffer ersatzlos zu streichen.

Ganz generell gibt es aus unserer Sicht keinen Grund, warum das verpflichtende Bestbieterprinzip im Sektorenbereich abweichend gegenüber der klassischen öffentlichen Auftragsvergabe geregelt sein soll (konkret geht es um § 79 Abs 3 Z 5 im Vergleich zu § 236 Abs 3 Z 5). Dementsprechend regen wir an, die Normenbindung gemäß § 97 Abs 2 und § 99 Abs 2 auch im Sektorenbereich zu verankern und die entsprechenden Regelungen in beiden Bereichen zu vereinheitlichen.

- **§ 83 Abs 2 bis 5 bzw. § 240 Abs 2 bis 5 BVergG - Subunternehmerleistungen**

Die vorgesehene direkte gesetzliche Verpflichtung der Bieter zur Bekanntgabe aller Sub- und Subsubunternehmer ist unseres Erachtens rechtssystematisch verfehlt, zumal sich die entsprechenden Abschnitte 6 an die Auftraggeber (und eben nicht an die Bieter) richten. Ebenso halten wir die gesetzliche Regelung des nachträglichen Subunternehmerwechsels für rechtssystematisch fragwürdig, da es sich um Bestimmungen handelt, welche erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens ihre Wirkung entfalten. So wie bisher, müsste hier wohl eine gesetzliche Verpflichtung des Auftraggebers festgelegt werden, entsprechende Regelungen in den Ausschreibungsunterlagen vorzusehen.

- **Zu § 83 Abs 2 bzw. § 240 Abs 2 BVergG - Bekanntgabe aller Subunternehmer**

Aus administrativen Gründen halten wir die generelle Verpflichtung zur Bekanntgabe aller Subunternehmer und Subsubunternehmer bereits im Angebot für überzogen. Insbesondere im Baubereich ist es üblich (und wohl auch sinnvoll), dass der Abschluss von Sub-Verträgen erst nach Zuschlagserteilung des Hauptauftrages erfolgt. Die Bieter werden daher zwangsläufig verstärkt von der Möglichkeit der Mehrfachnennung von Sub- und Subsubunternehmern gemäß § 108 Abs 1 Z 2 bzw. § 257 Abs 1 Z 2 Gebrauch machen müssen, um sich entsprechende Handlungsoptionen offen zu lassen. Dementsprechend hoch wird der Aufwand zur umfassenden Eignungsprüfung auf Auftraggeberseite sein.

Unseres Erachtens wäre es zielführender, den Umfang der Nennung nicht erforderlicher Subunternehmer - wie bisher - dem Ermessen des Auftraggebers zu überlassen.

Der Auftraggeber soll projektbezogen festlegen, bei welchen (wichtigen) Leistungsteilen er eine Nennung der Subunternehmer für zweckmäßig und notwendig erachtet. Dementsprechend wird die gesetzliche Option, „aus sachlichen Gründen“ in den Ausschreibungsunterlagen entsprechende Einschränkungen der Benennungspflicht vorzusehen, ausdrücklich begrüßt. Um den administrativen Mehraufwand in vertretbaren Grenzen zu halten, schlagen wir ergänzend vor, eine gesetzliche Bagatellgrenze für Sub-Vergaben bis zu 5 % der Auftragssumme vorzusehen, unter der von vornherein keine Subunternehmer-Nennung erfolgen muss.

- **Zu § 83 Abs 4 bzw. § 240 Abs 4 BVergG - Subunternehmerwechsel**

§ 83 Abs 4 bzw. § 240 Abs 4 sieht vor, dass ein nachträglicher Subunternehmerwechsel bzw. die nachträgliche Beiziehung eines Subunternehmers ausnahmslos nur nach ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers erfolgen darf. Hier fehlt aus unserer Sicht die Klarstellung, dass es sich wohl nur um solche Sub-Leistungen handeln kann, bei denen eine Nennung in der Angebotsphase verpflichtend war.

Nach dem Gesetzeswortlaut wäre auch bei grundloser Ablehnung des Subunternehmerwechsels oder beim schlichten Verschweigen des Auftraggebers kein Wechsel zulässig. Lediglich in den Erläuterungen wird angemerkt, dass der Auftraggeber seine Zustimmung nur aus sachlichen Gründen (z.B. wegen mangelnder Eignung des Subunternehmers) verweigern kann.

Wir halten es aus Gründen der Rechtssicherheit für unabdingbar, die Verpflichtung zur sachlichen Begründung - analog zu § 83 Abs 2 letzter Satz - ausdrücklich in den Gesetzestext aufzunehmen. Insgesamt wäre es aus unserer Sicht zielführender und auch praktikabler, anstelle der ausdrücklichen Zustimmung des Auftraggebers, ein (mit angemessener Frist versehenes) Veto-Recht des Auftraggebers gegen nachträgliche Subunternehmerwechsel bzw. gegen eine nachträgliche Beiziehung von Subunternehmern vorzusehen, sofern wichtige Gründe (z.B. mangelnde Befugnis oder Zuverlässigkeit des bekannt gemachten Subunternehmers) vorliegen.

Die mit dem letzten Satz geforderten „Verpflichtungserklärungen“ bedeuten einen administrativen Mehraufwand für alle Beteiligten, der so gut wie keinen zusätzlichen Nutzen bringt. Diese Bestimmung sollte daher ersatzlos entfallen.

- **§ 83 Abs 5 bzw. § 240 Abs 5 BVergG - kritische Aufgaben**

Gegen die Möglichkeit der Festlegung von kritischen Leistungen, die der Auftragnehmer selbst auszuführen hat, besteht dem Grunde nach kein Einwand. Die Vorgaben im

Gesetzesentwurf sind jedoch viel zu unbestimmt. Unklar ist insbesondere, was überhaupt unter einer kritischen Leistung zu verstehen ist. Die in den Erläuterungen genannten Beispiele (u.a. „Verlegearbeiten von besonderen Parkettböden“) sind nicht wirklich aufschlussreich.

Tendenziell gehen solche Regelungen zu Lasten jener Unternehmen, die sich auf bestimmte Leistungsteile spezialisiert haben. Diese sind häufig(er) nicht in der Lage, die gesamte „kritische Leistung“ selbst zu erbringen. Wir regen daher an, den Begriff der „kritischen Leistung“ im Gesetz bzw. in den Erläuterungen nicht nur hinreichend klar zu beschreiben, sondern bei der Textierung auch besonders darauf Bedacht zu nehmen, dass damit der faire Wettbewerb nicht verzerrt oder mutwillig eingeschränkt werden darf.

- **§ 108 Abs 1 Z 2 bzw. § 257 Abs 1 Z 2 BVergG - Mehrfachnennung Subunternehmer**

Der Entwurf sieht vor, dass Mehrfachnennungen von Sub- und Subsubunternehmern im Angebot zumindest bei den sonstigen (nicht erforderlichen) Subunternehmern möglich sind. Dass dies auch für „erforderliche“ Subunternehmer gelten soll, ist aus unserer Sicht wünschenswert, geht aber aus dem Entwurfstext nicht eindeutig hervor. Wir regen daher an, eine entsprechende Klarstellung im Gesetzestext (oder zumindest in den Erläuterungen) vorzunehmen.

Wir ersuchen Sie höflichst, unsere Vorschläge und Überlegungen in der Letztfassung des Gesetzesentwurfes zu berücksichtigen und verbleiben

mit freundlichen Grüßen
VEREINIGUNG
INDUSTRIELLER BAUNTERNEHMUNGEN
ÖSTERREICHS

D/ Präsidium des Nationalrates (begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)