



VEREINIGUNG INDUSTRIELLER BAUNTERNEHMUNGEN 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, 31. März 2017
MW/Ra

Ergeht per Mail: v8a@bka.gv.at

Betr.: Stellungnahme Entwurf BVergG 2017 - GZ BKA-600.883/0003-V/8/2017

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

wir bedanken uns für die Übermittlung des Entwurfs eines BVergG 2017 und erlauben uns, zu folgenden für die Bauindustrie besonders wichtigen Inhalten wie folgt Stellung zu nehmen:

Zu § 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. 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 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.

Zu § 78 Abs 1 Z 9 - neuer Ausschlussgrund „bisherige Erfahrungen“

Ein Unternehmer ist diesem neuen Ausschlussgrund zufolge 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“ oder Ähnliches bzgl. bisheriger Erfahrungen mit den Bietern zu führen.

Zu § 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 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 erhebliche 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 § 78 umfasst sind, ist unbedingt notwendig.

Zu § 84 Verpflichtende Eignungskriterien zur Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit - nicht im Entwurf enthalten

Wir regen an, dass öffentliche Auftraggeber sowie Sektorenauftraggeber zur Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit eines Bieters verpflichtend folgende Eignungskriterien heranziehen:

o Mindestrating

Ratingzahlen haben bereits Eingang in die Judikatur gefunden und werden auch von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern bereits in der Praxis erfolgreich gelebt.

Zweckmäßigerweise sind im BVergG 2017 (bzw. in den Erläuterungen zum Gesetzestext) zusätzlich beispielhaft vorhandene Ratingsysteme zu nennen bzw. auch Empfehlungen für Mindestratingwerte abzugeben (z.B. KSV-Rating geringer als 400).

o Zumindest positive Eigenkapitalquote

Die Bedeutung der Eigenmittelquote zur Früherkennung von Unternehmenskrisen wird durch eine Vielzahl von Untersuchungen zu den Insolvenzursachen bestätigt. Nur Bieter mit positivem Eigenkapital bzw. ohne Reorganisationsbedarf bei öffentlichen Aufträgen anbieten zu lassen, ist wirtschaftlich sinnvoll. Die Eigenmittel haben neben der Haftungsfunktion auch eine Verlustausgleichsfunktion und zeigen damit die Reservausrüstung eines Unternehmens an. Hieraus folgt unmittelbar, dass die Gefahr einer durch Überschuldung ausgelösten Insolvenz mit wachsenden Eigenmitteln geringer wird. Auch vor dem zweiten Konkursstatbestand, der Zahlungsunfähigkeit, schützt eine hinreichende Eigenmitteldecke, weil die Beschaffung von Fremdkapital erleichtert wird. In der Regel

sollte die Forderung nach einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung mit der Erreichung eines bestimmten Mindest-Ratingswertes (siehe oben) erfüllt sein.

o **Mindestjahresumsatz**

Es sollte von den Bietern ein Mindestjahresumsatz verlangt werden, wobei ein Verhältnis Mindestjahresumsatz zu geschätzter Jahresauftragssumme von 2:1 angestrebt werden sollte. „Jahresauftragssumme“ bedeutet, dass bei mehrjährigen Aufträgen der jeweilige Jahresanteil in Relation zum Jahresumsatz heranzuziehen ist.

In welcher Form man eine risikobasierte Festlegung von Kriterien zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf Grundlage eines Projektklassensystems direkt im BVergG verankern könnte, stellt ein u.a. von der VIBÖ beauftragtes Gutachten der Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher/Univ.-Prof. DI Hans Lechner dar, das auf der Homepage der VIBÖ (http://www.viboe.at/uploads/tx_viboelinkct/2017-02-Gutachten-Kriterien-Projekt-klassensystem-Aicher.pdf) abrufbar ist.

Zu § 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. Sie ist auch nicht notwendig, da bereits eine Regelung für kritische Leistungen besteht, die der Auftraggeber festlegen kann. Darüber hinaus gehende Einschränkungen der Subvergabe widersprechen den Grundprinzipien einer arbeitsteiligen Wirtschaft. Es ist vollkommen unklar, wie aus der in den Erläuterungen zitierten Entscheidung des EuGH auf die Notwendigkeit der geplanten Regelung geschlossen wird.

§ 98 Abs 4 Z 2 ist ersatzlos zu streichen.

Zu §§ 105 Abs 3, 110 Abs 2 - Normenbindung

Die bisher in den §§ 97 und 99 Abs 2 BVergG 2006 enthaltene sogenannte 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 Unternehmern 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. Insbesondere hinsichtlich der rechtlichen Vertragsbedingungen gibt der Gesetzgeber nur noch vor, was zu regeln ist, ohne dass eine inhaltliche Bindung an die bewährten und im Konsens erstellten Vertragsnormen (wie z.B. ÖNORM B 2110, ÖNORM B 2118, sonstige Werkvertragsnormen, etc.) vorgesehen wird.

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. Auch der immer stärker werdende Trend zur Digitalisierung der Abläufe im Baubereich verlangt nach belastbaren Standards. Ein Abgehen wäre daher nicht nachvollziehbar und ist insbesondere aus Gründen einer objektivierbaren Qualitätssicherung abzulehnen.

Das Bundesvergabegesetz muss jedenfalls die bestehende Normenbindung aufrechterhalten und darüber hinaus ausdrücklich klarstellen, dass ein über einzelne Punkte hinausgehendes

bzw. sachlich unbegründetes Abweichen von geeigneten Leitlinien unzulässig ist und diese den öffentlichen Auftraggeber treffende Verpflichtung auch für den Sektorenbereich gilt.

Zu § 137 Normierung klarer Vorgaben für die vertiefte Angebotsprüfung - nicht im Entwurf enthalten

Der § 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.

Der Auftraggeber sollte zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet werden, wenn das Angebot des erstgereihten Bieters einen echten „Ausreißer“ nach unten darstellt. Dies sollte durch die Festlegung sachgerechter konkreter Schwellenwerte im Gesetz sichergestellt werden.

Zu § 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).“*

Der neue Ausscheidensgrund des § 141 Abs 1 Z 11 ist ersatzlos zu streichen. Zumindest müsste er aber für die Praxis verständlich und sachgerecht erläutert werden.

Zu § 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“*.

Zu § 334 Antragslegitimation für Unternehmer-Interessenvertretungen zur Nachprüfung von Ausschreibungsunterlagen vor Ende der Angebotsfrist - nicht im Entwurf enthalten

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 legislativ ohne umfangreiche Änderungen in das bestehende System des Vergaberechtsschutzes eingefügt werden.

Der § 334 ist um eine Bestimmung zu erweitern, der das Bundesverwaltungsgericht zur Prüfung von Ausschreibungsunterlagen zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die-

ses Bundesgesetz zuständig macht, sofern Interessenvertretungen der Auftragsnehmerseite einen entsprechenden Antrag stellen.

Zu § 363 - 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 Subunternehmensnennungen 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 § 98 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 § 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.“*

Zu § 364 Haftung des Auftragnehmers im Zusammenhang mit Subunternehmern - nicht im Entwurf enthalten

Jegliche im Bundesvergabegesetz verankerte erweiterte Haftung des Generalunternehmers für Gehaltsansprüche der Arbeitnehmer der Subunternehmer wird kategorisch abgelehnt. Weitere Verschärfungen gegenüber der in den letzten Jahren laufend verschärften Gesetzeslage sind weder notwendig noch für die Unternehmen akzeptabel. Grundsätzlich sollten Spezialfragen in den einschlägigen Gesetzesmaterien geregelt werden.

Dementsprechend hat unseres Erachtens eine Haftungsregelung zur Unterentlohnung von Mitarbeitern von Subunternehmern im Vergaberecht nichts verloren.

Zu § 366 - Änderungen während der Laufzeit

Im Interesse der Rechtssicherheit aller Vertragsparteien sollten die Erläuterungen zu § 366 Abs 3 Z 2 festhalten, dass Änderungen im Rahmen des in der ÖNORM B 2110 festgehaltenen Leistungsänderungsrechts des Auftraggebers jedenfalls unwesentliche Änderungen iSd BVergG darstellen.

Zu § 366 Abs 3 Z 2 ist eine Klarstellung in den Erläuterungen notwendig.

Zu § 368 - Meldung Baustellendatenbank

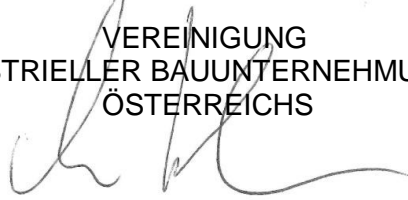
Die im Entwurf enthaltene Bestimmung wird begrüßt, sofern es dabei bleibt, dass dadurch kein zusätzlicher Aufwand für die Bieter entsteht. Die Meldepflicht sollte jedenfalls ausschließlich beim Auftraggeber liegen.

Eine Überwälzung dieser Meldepflichten auf die Bieter muss gesetzlich ausgeschlossen werden.

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

mit freundlichen Grüßen

VEREINIGUNG
INDUSTRIELLER BAUUNTERNEHMUNGEN
ÖSTERREICHS



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