

41/SN - 308/ME



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

per e-mail: va8@bka.gv.at
cc: begutachtungsverfahren@parlinkom.gv.at

Wien, 29. August 2005

**Stellungnahme zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Vergabe von
Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG)
GZ 600.883/0050-V/A/8/2005**

Die Industriellenvereinigung bedankt sich für die Möglichkeit, zum Entwurf des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen Stellung zu nehmen, und erlaubt sich dazu folgendes auszuführen:

Allgemeines

Noch bevor auf einzelne, problematische Bestimmungen näher eingegangen wird, sollen die übrigen **Fragen des Begleitschreibens** (Punkt 2) beantwortet werden, hinsichtlich derer ausdrücklich um Stellungnahme ersucht wurde:

1. Zu § 23 Abs. 2 und § 191 Abs. 2 (Erster Unterpunkt des Begleitschreibens):
Grundsätzlich sollte es den Bietern freistehen, auch in „engen“ **Märkten Arbeits- oder Bietergemeinschaften** zu bilden, sofern dadurch der faire und lautere Wettbewerb nicht gefährdet ist. Oftmals ist es durch die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften überhaupt erst möglich, ein Angebot zu legen. Einzelne missbräuchliche Fälle rechtfertigen keinesfalls eine generelle Einschränkungsmöglichkeit im Gesetz. Ein kategorischer Ausschluss von Arbeits- oder Bietergemeinschaften ist daher jedenfalls abzulehnen, zumal das Kartellrecht ohnehin einen Rahmen für deren Zulässigkeit bildet.
2. Zu § 78 und § 232 (Zweiter Unterpunkt des Begleitschreibens):
Eine **Solidarhaftung der Subunternehmer** für den Gesamtauftrag ist unverhältnismäßig und daher abzulehnen.

✉ A-1031 Wien, Schwarzenbergplatz 4

☎ +43-1-711 35-2391

📠 +43-1-711 35-2920

✉ b.zinter@iv-net.at

🌐 www.iv-net.at

A Member of the Union of Industrial and
Employers Confederations of Europe UNICE

3. Zu § 82 Abs. 3 (Dritter Unterpunkt des Begleitschreibens):
Auch künftig muss der **Grundsatz des Vorranges des Bestbieterprinzips** beibehalten werden. Dies soll in den gesetzlichen Bestimmungen klar zum Ausdruck kommen. § 82 Abs. 3 des Gesetzentwurfs ist in dieser Form daher abzulehnen, dessen letzter Satz „...Sofern in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung betreffend des Zuschlagsprinzips erfolgt, ist der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen“ sollte ersatzlos gestrichen werden. Damit würde nämlich das Primat des Billigstbieterprinzips eingeführt: Fehlt in den Ausschreibungsunterlagen die Angabe zur Auswahl des Zuschlagsprinzips, käme automatisch das Billigstbieterprinzips zum Zug – und die an sich verpflichtende Angabe zum Zuschlagsprinzip wäre damit saniert. Darüber hinaus sollte im Unterschwellenbereich (§ 101) dem Bestbieterprinzip klar der Vorzug gegeben werden.
4. Zu § 190 Abs. 5 (Vierter Unterpunkt des Begleitschreibens):
Ob die **Umweltgerechtigkeit der Leistung** im Vergabeverfahren berücksichtigt wird, sollte im Ermessen des Sektorenauftraggebers liegen. Die vorgeschlagene **Kann-Bestimmung** wird daher begrüßt.
5. Zu §§ 215 und 216 (Fünfter Unterpunkt des Begleitschreibens):
Gegen eine **rein elektronische Übermittlung** im Oberschwellenbereich hat die Industriellenvereinigung grundsätzlich nichts einzuwenden. Allerdings wird eine damit einhergehende generelle **Verkürzung der gesetzlichen Fristen** nachdrücklich **abgelehnt**. Ein gutes Angebot braucht seine Zeit. Eine Verkürzung der ohnehin knapp bemessenen Fristen ginge ausschließlich zu Lasten der Qualität der Angebote.
6. Zur Bundes-Vergabekontrollkommission (Sechster Unterpunkt des Begleitschreibens):
Die **Bundes-Vergabekontrollkommission** soll beibehalten werden. Sie ist eine sinnvolle Einrichtung, über die Meinungsverschiedenheiten sehr früh und effizient beigelegt werden können. Die Einführung einer maximal **10tägigen Sperrfrist** wird **nachdrücklich begrüßt**. Die Hemmung der Präklusionsfristen vor dem Bundesvergabeamt während eines bei der Bundes-Vergabekontrollkommission anhängigen Schlichtungsverfahrens führt sicherlich zu ihrer verstärkten Inanspruchnahme, und damit zur wirksameren und rascheren Streitbeilegung im Vergabeverfahren.

Zu den speziellen Bestimmungen im BVergG 2006:

- **Zu § 12 Abs. 1 (Nicht prioritäre Dienstleistungen)**

Nicht prioritäre Dienstleistungen können in einem in § 27 genannten Verfahren vergeben werden. Problematisch daran ist, dass von den jeweiligen Voraussetzungen, die ansonsten für die Anwendung der Verfahrensarten vorliegen müssen, in diesem Fall abgesehen wird. Das heißt, dass für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen - ungeachtet der Auftragshöhe - immer auch solche Verfahrensarten in Frage kommen, die grundsätzlich an das Nicht-Überschreiten eines bestimmten Auftragswerts gebunden sind. Eine derartige **Freigabe der Verfahren** kann dort **nicht akzeptiert werden**, wo die Gefahr besteht, dass

das gewählte Vergabeverfahren keinen dem Auftragsvolumen entsprechenden Grad an Öffentlichkeit gewährleistet, namentlich bei der Direktvergabe, dem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung sowie dem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Deshalb fordert die Industriellenvereinigung, in § 12 Abs. 1 aufzunehmen, dass neben den dort bereits genannten Paragrafen auch die **§ 13, § 39 und § 40 Abs. 2 für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen gelten.**

- **Zu §§ 25 und 193 (Vertraulichkeit von Unterlagen)**

§ 25 legt den am Vergabeverfahren Beteiligten die Verpflichtung zur **Geheimhaltung** schutzwürdiger Angaben und Informationen auf. Es sollte im Gesetz klargestellt werden, dass diese Verpflichtung **zeitlich nicht befristet** ist und auch nach Abschluss eines Vergabeverfahrens bestehen bleibt.

Außerdem sollte § 25 Abs. 3 folgendermaßen geändert werden: „Soweit Schutzrechte oder Geheimhaltungsinteressen verletzt würden, dürfen sowohl der Auftraggeber als auch die Bewerber oder Bieter Ausarbeitungen des anderen sowie von ihm zur Verfügung gestellte Pläne, Zeichnungen, Entwürfe, Modelle, Proben, Muster, Computerprogramme und dergleichen **weder** für sich verwenden **noch** an Dritte weitergeben“. Nur durch ein **absolutes Weitergabe-/Verwertungsverbot** kann der Schutz des geistigen Eigentums der Teilnehmer sichergestellt werden. In diesem Sinne sollte ebenso § 193 umformuliert werden.

- **Zu § 40 Abs. 2 Z 4 („Besonders günstige Gelegenheit“)**

§ 40 Abs. 2 Z 4 wird von der Industriellenvereinigung abgelehnt und sollte **ersatzlos gestrichen werden**. Diese Regelung ist völlig unbestimmt und intransparent, es geht auch nicht hervor, was unter einer besonders günstigen Gelegenheit zu verstehen ist. Es ist anzunehmen, dass diese Regelung missbrauchsanfällig ist.

- **Zu § 39 und § 40 Abs. 2 (Schwellenwerte)**

Die Schwellenwerte sollten auf folgende Werte angehoben werden:

- in § 39 Z 1 auf 240.000 Euro
- in § 39 Z 2 auf 120.000 Euro
- in § 40 Abs. 2 Z 1 auf 100.000 Euro
- in § 40 Abs. 2 Z 2 auf 80.000 Euro
- in § 40 Abs. 2 Z 3 auf 60.000 Euro

- **Zu § 57 Abs. 1 (Festlegung der Publikationsmedien)**

Der Bundeskanzler und die Landesregierungen sollten nicht nur das Publikationsmedium festlegen „können“, sondern dazu **verpflichtet** sein. An dieser Festlegung besteht ein erhebliches öffentliches Interesse.

- **Zu §§ 61 bis 69 (Mindestfristen)**

§ 63 regelt, dass die in § 62 genannten Fristen bei erfolgter Vorinformation auf 22 Tage verkürzt werden können. Dieser Zeitraum erscheint, insbesondere vor dem Hintergrund der weiteren Verkürzungsmöglichkeiten des § 64, zu kurz, um ein sorgfältiges Angebot ausarbeiten zu können. Die **Mindestfrist** des § 62, auf die verkürzt werden kann, sollte daher mindestens **36 Tage** betragen. Richtlinie 2004/18/EG sieht in Artikel 38 Abs. 4 ebenso diese Frist vor. Die dort genannten 22 Tage sind nur ein Minimalzeitraum, der keinesfalls unterschritten werden darf, der aber nicht zwingend zu übernehmen ist. Darüber hinaus erscheint die Formulierung des § 69, die es dem Auftraggeber freistellt, eine entsprechende Frist zu setzen, zu offen. In die Bestimmung sollte ein Passus eingefügt werden, wonach die vom Auftraggeber zu bestimmende Frist, die **Mindestfristen des § 65 keinesfalls unterschreiten darf**.

- **Zu § 70 Abs. 3 („geringfügiger“ Rückstand)**

Es sollte **definiert** werden, was unter einem „geringfügigen“ Rückstand zu verstehen ist.

- **Zu §§ 83 und 84 (Alternativ-/Nebenangebote)**

Alternativangebote sind eine Chance für innovative Unternehmen und können zu erheblichen Einsparungen führen. Sie fördern die notwendige technische Weiterentwicklung, Rationalisierungsbemühungen und die Konkurrenzfähigkeit, auch im internationalen Wettbewerb. Alternativangebote sollten daher **weiterhin grundsätzlich zugelassen** sein und ihre Zulassung sollte nur in begründeten Fällen ausgeschlossen werden können. Die Industriellenvereinigung schlägt deshalb vor, die Formulierung des BVergG 2002 beizubehalten. Bei der (verpflichtenden) Festlegung der Mindestkriterien in den Ausschreibungsunterlagen ergeben sich in der Praxis oft Probleme. Daher wird angeregt, diesbezügliche Anleitungen oder Beispiele in den erläuternden Bemerkungen anzuführen, um es dem Auftraggeber leichter zu machen, Alternativen auch gesetzeskonform zuzulassen.

Die Einführung der „**Nebenangebote**“ ist **nicht sinnvoll**. Damit würde nämlich einerseits ein Problembereich (die vorprogrammierten Abgrenzungsschwierigkeiten zu den Alternativangeboten) geschaffen, ohne andererseits einen echten Nutzen zu haben. Denn ein Mehrwert der Nebenangebote zu den bereits vorhandenen Alternativangeboten ist nicht erkennbar.

- **Zu §§ 98 Abs. 2 und 100 Abs. 2 (ÖNORMen und standardisierte Leistungsbeschreibungen)**

Die Industriellenvereinigung **lehnt es entschieden ab**, die Bindung des Auftraggebers an ÖNORMen und standardisierte Leistungsbeschreibungen bei der Erstellung von Leistungsverzeichnissen und sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages aufzuheben (§§ 98 Abs. 2 und 100 Abs. 2). **Gefordert wird die Beibehaltung der bisherigen**

Regelung, wonach von geeigneten Leitlinien wie ÖNORMen und standardisierten Leitlinien nur in sachlich gerechtfertigten Fällen abgewichen werden kann. Diese Regelungen haben sich in der Praxis bewährt und schaffen das für ein faires Vergabeverfahren nötige Gleichgewicht zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite. Sie legen den Inhalt des Leistungsvertrages eindeutig fest und stellen damit die Vergleichbarkeit der Angebote sicher. Darüber hinaus ermöglichen sie die Durchführung ökonomischer und effizienter Vergabeverfahren durch die öffentlichen Auftraggeber. Stellt man die Verwendung der ÖNORMen und standardisierten Leistungen zur freien Disposition, würde dies zu gravierenden und ungerechtfertigten Nachteilen für die Auftragnehmer führen. Insbesondere in der Bauwirtschaft besteht die Gefahr, dass Auftraggeber aufgrund ihrer Marktmacht den Auftragnehmern nachteilige Bestimmungen aufzwingen. Die Vertragsbedingungen müssen in der Regel laut Ausschreibung akzeptiert werden und ein Verhandeln ist nicht zulässig. Außerdem führt jegliches Abweichen von geeigneten Leitlinien zu einem Mehraufwand, der sich letztlich in der Verteuerung der Aufträge auswirkt und dem verfassungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot widerspricht.

- **Zu § 105 Abs. 1 (Verhandlungsverfahren)**

Entgegen den erläuternden Bemerkungen sollte das bisherige **Verbot bloßer Preisverhandlungen** unbedingt aufrechterhalten werden.

- **Zu § 119 Abs. 5 Z 4 (Verlesung der Angebote)**

Diese Bestimmung überlässt es dem Auftraggeber, bei der Angebotseröffnung andere zuschlagsrelevante Bieterangaben als den Preis zu verlesen. Gerade diese weiteren Angaben, die ein Kriterium für den Zuschlag darstellen, sind aber für die Bieter interessant, um zu beurteilen, ob eine etwaige Inanspruchnahme von Rechtsschutzinstrumenten sinnvoll erscheint. Die gegenständliche Regelung übergeht damit ein berechtigtes Interesse der Bieter und schwächt ihre Position im Vergabeverfahren. Außerdem steht sie im Widerspruch zur Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, wonach **alle Bieterangaben, die in Zahlen ausdrückbar** sind, bei der Öffnung der Angebote auch **verlesen werden müssen**, und zwar unabhängig davon, ob ihre Verlesung in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde. Die Bestimmung sollte daran angepasst werden.

- **Zu § 130 Abs. 2 (Ausscheiden von Angeboten)**

Der Formulierung des § 130 Abs. 2 zufolge steht es im Ermessen des Auftraggebers, ob er Angebote von Bietern ausscheidet, die es unterlassen haben fristgerecht die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer plausiblen Begründung entbehrt. Diese Regelung schafft für die Bieter erhebliche Unsicherheit und es ist im vornhinein nicht absehbar, ob der Auftraggeber die vom Bieter versäumte Aufklärung bzw. Abgabe einer nachvollziehbaren Begründung mit dem Ausscheiden seines Angebots „ahndet“ oder nicht. Um Klarheit und Sicherheit zu schaffen, sollte die Regelung dahingehend abgeändert werden, dass der Auftraggeber die Angebote von Bietern in diesem Fall

zwingend auszuschneiden „hat“, allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die vom Bieter geforderten Handlungen **durch den Auftragnehmer nicht substituierbar** sind (z.B. ein fehlender Firmenbuchauszug oder eine Strafregisterbescheinigung können auch vom Auftraggeber eingeholt werden). In diesem Fall wäre der Auftraggeber zur Vornahme dieser Handlungen verpflichtet und das Angebot dürfte nicht ausgeschieden werden.

- **Zu § 133 Abs. 1 und Abs. 3 (Stillhaltefrist und Nichtigkeit)**

- Die Berechnung der 14tägigen Stillhaltefrist sollte erst **ab Zusendung (Zugang)** der Zuschlagsentscheidung und nicht schon ab Absendung erfolgen.
- Im Fall des § 133 Abs. 3 kann die Vergabekontrollbehörde eine gesetzwidrige Direktvergabe feststellen mit der Folge, dass das Vertragsverhältnis zum Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung nichtig ist. Um aber einen effektiven und rasch durchsetzbaren Rechtsschutz zu gewährleisten, sollte die Exekutionsordnung dahingehend geändert werden, dass dieser **Feststellungsbescheid des BVA einen vollstreckbaren Exekutionstitel** darstellt.

- **Zu §§ 33 und 146 ff (Elektronische Auktion)**

Die Industriellenvereinigung steht der Elektronischen Auktion und der **Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs auf den Oberschwellenbereich sehr kritisch** gegenüber. Es wird befürchtet, dass es zu einer Art „Preisdumping“ kommt. Dass dies in einem krassen Gegensatz zu dem in § 22 formulierten Prinzip steht, wonach die Vergabe zu „angemessenen Preisen“ zu erfolgen hat, ist offensichtlich. Die Industriellenvereinigung fordert daher, zum Schutz der Bieter eine Schranke einzuziehen und elektronische Auktionen **nur bis zu einer Wertgrenze von 154.000 Euro** zuzulassen. Außerdem muss sie sich auf **Lieferungen beschränken**, die darüber hinaus **hoch standardisiert** sind. Als nicht hoch standardisierte Leistungen sind sämtliche Bau- und Dienstleistungen für eine Vergabe im Rahmen einer elektronischen Auktion nicht geeignet und sollten deshalb aus seinem Anwendungsbereich fallen.

- **Zu § 137 (Dokumentationspflichten)**

Die Erstellung eines **Vergabevermerks** sollte aufgrund des großen Aufwandes **nur im Oberschwellenbereich** verpflichtend vorgesehen werden.

- **Zu §§ 150 ff (Rahmenvereinbarungen)**

Die **Ausdehnung der Geltungsdauer von Rahmenvereinbarungen** auf 4 Jahre sowie die Verlängerungsmöglichkeit auf einen zwar bestimmten, aber gesetzlich nicht beschränkten Zeitraum wird entschieden **abgelehnt**. Zum einen ist die Rahmenvereinbarung an sich eine bedenkliche Vertragsart, da sie dem Auftraggeber Vorteile bringt, denen auf Auftragnehmerseite unangemessene Nachteile

gegenüberstehen. Die generelle Unverbindlichkeit der Rahmenvereinbarung macht es für Unternehmen nämlich unmöglich, die optimale Auslastung ihrer Kapazitäten zu planen. Für den Unternehmer bleibt es ungewiss, in welchem Ausmaß er tatsächlich Aufträge bekommt, obwohl er Partner der Rahmenvereinbarung ist. Zum anderen ist eine mehr als dreijährige Laufzeit in technologischer Hinsicht kontraproduktiv, da andere Anbieter mit neueren Technologien nicht Teil der Rahmenvereinbarung sind. Um derartige Situationen, in denen auf veraltete Technologien gesetzt und der Wettbewerb übermäßig beschränkt wird, von vornherein zu vermeiden, schlägt die Industriellenvereinigung für Rahmenvereinbarungen daher eine maximal **dreijährige Laufzeit ohne Verlängerungsmöglichkeit** vor.

- **Zu §§ 159 ff (Wettbewerblicher Dialog)**

Im Rahmen der Durchführung eines wettbewerblichen Dialogs muss der **Schutz des geistigen Eigentums der Teilnehmer sichergestellt** werden. Es sollte jeder Weitergabe von relevanten Informationen an andere Teilnehmer vorgebeugt werden (**Verbot des „cherry picking“**). Dementsprechend sollte auch § 161 Abs. 4 lauten: „Der Auftraggeber darf Lösungsvorschläge, Teile eines Lösungsvorschlags oder vertrauliche Informationen eines Teilnehmers **nicht** an die anderen Teilnehmer **weitergeben**“.

- **Zu § 176 (Aufträge an verbundene Unternehmen)**

Die Möglichkeit, Aufträge an verbundene Unternehmen zu vergeben, wurde auf Liefer- und Bauaufträge ausgedehnt. Allerdings erscheint unklar, welcher Umsatz für die Ermittlung des 80%-Konzerninnerumsatzes relevant ist (Gesamtumsatz des Konzerns oder Umsatz seines jeweiligen Geschäftsbereichs). Die bisherige Regelung, wonach der **durchschnittliche Umsatz des jeweiligen Sektors** heranzuziehen ist, sollte **beibehalten** werden, und im BVergG 2006 eine diesbezügliche Klarstellung erfolgen.

- **Zu § 335 (Fristen für Nachprüfungsanträge)**

Die neue Fristenregelung des § 335 sollte **generell überdacht** werden. Die Vereinheitlichung der Fristen wird zwar begrüßt und erscheint angesichts der komplexen kasuistischen Regelung des BVergG 2002 notwendig. Allerdings kommt es dadurch zu erheblichen Fristverkürzungen, die insbesondere bei der **Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen nicht praktikabel** sind. Mit der 14tägigen Frist wären Bieter gezwungen, die Ausschreibungsunterlagen bereits in einem sehr frühen Stadium intensiv zu prüfen, was in der Praxis (zeitlich) oft nicht möglich ist und wozu auch keine objektive Notwendigkeit besteht! Unternehmen kann es außerdem nicht zugemutet werden, Personalressourcen allein zu diesem Zweck zu binden. Die Industriellenvereinigung fordert daher, für die Bekämpfung der Ausschreibungsunterlagen die Fristenregelung des BVergG 2002 zu übernehmen, wonach sich die Fristen vom Ende der Angebots-/Bewerbungsfristen berechnen. Außerdem sollte die Frist für die **Bekämpfung der Aufforderung zur Angebotslegung generell 7 Tage vor Ablauf** der Bewerbungs- bzw. Angebotsfristen enden.

§ 335 Abs. 1 Z 4 und 5 sollten außerdem **ersatzlos gestrichen** werden. Auch für Vergabeverfahren mit einem Auftragswert unter 120.000 Euro bzw. im gesamten Unterschwellenbereich sollten die regulären und keine verkürzten Fristen gelten.

- **Zu § 346 Abs. 2 (Feststellungsanträge)**

Die rechtswidrige Wahl der Direktvergabe oder des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ist schon aufgrund oft mangelnder Publizität schwer zu bekämpfen. Dennoch sollte bedacht werden, dass im Oberschwellenbereich die Verpflichtung besteht, vergebene Aufträge bekannt zu machen. Der Beginn des Fristenlaufs des § 346 Abs. 2 sollte deshalb im Oberschwellenbereich grundsätzlich **auf die Bekanntmachung abstellen**. Erst für den Fall, dass eine solche (rechtswidrig) nicht erfolgte, sollte ab dem Zeitpunkt gerechnet werden, ab dem der Antragsteller vom Zuschlag, Widerruf oder von der rechtswidrigen Wahl des Vergabeverfahrens Kenntnis erlangt hat oder hätte können. Darüber hinaus erscheint eine 6monatige Frist für die Antragstellung zu kurz und sollte auf **1 Jahr ausgedehnt** werden.

Wir danken für die Kenntnisnahme der Anliegen der Industrie und ersuchen nachdrücklich um deren Berücksichtigung.

Der Bitte des Bundeskanzleramtes entsprechend werden 25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme dem Präsidium des Nationalrates übermittelt.

Mit freundlichen Grüßen
Industriellenvereinigung

Mag. Markus Beyrer e.h.
Generalsekretär

Mag. (FH) Mag. Stefan Mara e.h.
Bereichsleiter