

Bundesministerium
für Finanzen
Abteilung V/5
Hintere Zollamtsstraße 2b
1030 Wien

per mail: e-Recht@bmf.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 27. Februar 2012
GZ: BMF-220000/0007-V/5/2012

Betrifft: Entwurf IKT-Konsolidierungsgesetz (IKTKonG) – Bundesgesetz, mit dem IKT-Lösungen und IT-Verfahren bundesweit konsolidiert werden; Stellungnahme Industriellenvereinigung

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Industriellenvereinigung dankt dem Bundesministerium für Finanzen für die Übermittlung des oben zitierten Entwurfes eines Bundesgesetzes zur Vereinheitlichung bestehender und neu zu schaffender IKT-Lösungen und IT-Verfahren des Bundes und nimmt wie folgt dazu Stellung:

1. Grundsätzliches

Die Industriellenvereinigung unterstützt grundsätzlich das vom Gesetzgeber intendierte Ziel, durch bundesweiten Einsatz zentraler standardisierter IKT-Lösungen und IT-Verfahren die Verwaltung einfacher und effizienter zu gestalten.

Die Beseitigung von Systembrüchen und dadurch Schaffung von Systemdurchgängigkeiten zwischen den Verwaltungseinheiten ist auch aus Sicht der Industrie absolut zu begrüßen. Mit der Einführung von Standards können Effizienzpotenziale und damit Kosteneinsparungen realisiert werden. Es ist jedoch sicher zu stellen, dass der intendierte Nutzen des geplanten Gesetzesentwurfes zu keinen unverhältnismäßigen Einschränkungen des Vergabewettbewerbs unter Beteiligung privater Anbieter führt.

2. Details zum Entwurf

I. Verpflichtung zur In-House-Vergabe

Grundsätzlich steht es dem Bund frei, die Bundesrechenzentrum GmbH (in der Folge: „BRZ“) ohne vorheriges Vergabeverfahren zu beauftragen. Gemäß stRspr der Vergabekontrollbehörden ist dies im Rahmen der „In-House-Vergabe“ gem. § 10 Z 7 BVergG 2006 möglich. Das BVergG 2006 sieht jedoch **keine Verpflichtung zur In-House-Vergabe** vor. Vielmehr steht es den Auftraggebern frei, **sich der „In-House-Vergabe“ zu bedienen** und kein formales Vergabeverfahren nach den Bestimmungen des BVergG 2006

durchzuführen, oder trotz dieser Möglichkeit vom Ausnahmetatbestand des § 10 Z 7 BVergG 2006 keinen Gebrauch zu machen und ein Vergabeverfahren durchzuführen.

Das **IKTKonG** sieht jedoch in seinem § 4 eine **Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber des Bundes** vor, sich in bestimmten Konstellationen des BRZ ohne Einhaltung eines Vergabeverfahrens zu bedienen. Es handelt sich dabei einerseits um die Entwicklung, Weiterentwicklung sowie den Betrieb von IKT-Lösungen und IT-Verfahren (§ 4 Abs. 1 IKTKonG). Andererseits um die Beauftragung des Betriebs von neuen IKT-Lösungen und IT-Verfahren (§ 4 Abs. 2 IKTKonG).

Die Verpflichtung von Bundesdienststellen, gewisse Leistungen (insbesondere Lieferaufträge) über eine Gesellschaft, die im Bundeseigentum steht, zu beschaffen, ist nicht neu: Gem § 4 Abs 2 BBG-G (Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundes Beschaffungs GmbH) sind Bundesdienststellen in bestimmten Fällen verpflichtet, gewisse Leistungen über die BBG zu beschaffen – sofern keine der im BBG-G vorgesehenen Ausnahmen vorliegt (dazu später). Bei den über die BBG zu beschaffenden Leistungen handelt es sich größtenteils um Lieferaufträge und einfache Dienstleistungsaufträge, bei den Maßnahmen im IKTKonG jedoch größtenteils um komplexe Dienstleistungsaufträge, da es sich um die Entwicklung bzw. Weiterentwicklung von IKT- und IT-Leistungen handelt. Somit ist bereits die Auftragsart nicht vergleichbar. Dies hat aber eine weitreichende Konsequenz: Während die BBG nach Einhaltung der Vorschriften des BBG zumeist eine Rahmenvereinbarung abschließt, auf die die (Bundes-)Dienststellen zurückgreifen müssen, kann das BRZ seine Leistungen selbst erbringen. Somit findet kein vorgeschalteter Vergabewettbewerb statt, an welchem sich private Anbieter beteiligen könnten.

Ein weiterer, wichtiger Unterschied besteht darin, dass § 4 IKTKonG eine **de facto unbedingte Beschaffungspflicht** über das BRZ vorsieht – unabhängig davon, ob das BRZ über das erforderliche Know-How bzw. über die erforderlichen Kapazitäten verfügt. Im Gegensatz dazu wurde im BBG-G eine Beschaffungspflicht nur unter zweierlei Voraussetzungen vorgesehen: Es muss sich um eine vordefinierte Produktkategorie handeln und muss die BBG dieses Produkt in ihrem Leistungsspektrum bereits vorrätig halten, d.h. einen entsprechenden Beschaffungsvorgang bereits durchgeführt haben.

Auch wenn die Bündelung der IKT- und IT-Kompetenz an einer Stelle zu befürworten ist, erscheint diese **Einschränkung des Wettbewerbs überschießend**. Verhältnismäßiger erschiene es, das BRZ als zentralen Einkäufer von IKT- und IT-Leistungen gleichsam „vorzuschalten“ (vgl. die zentrale Beschaffungsstelle gem. § 2 Z 48 BVergG 2006). Dadurch wäre zweierlei gewährleistet: Erstens würden einheitliche IKT- und IT-Leistungen beschafft, weil nicht mehr viele verschiedene Bundesdienststellen unterschiedliche Aufträge ausschreiben und vergeben. Vielmehr würde dies zentral über das BRZ gesteuert und entsprechend vereinheitlicht, wodurch sich der gewünschte Einsparungs- und Konsolidierungseffekt ergäbe. Zweitens würde dadurch der Vergabewettbewerb nicht eingeschränkt, weil durch das BRZ ein Vergabeverfahren durchzuführen wäre. Durch die Bündelung dieser Beschaffungsvorgänge beim BRZ und der damit einhergehenden Spezialisierung wäre überdies sichergestellt, dass durch die konsequente Einhaltung des Vergaberegimes im Ergebnis die Marktvorteile ausgenutzt würden, was sich in günstigeren



Preisen niederschlagen sollte. Dies würde einen wichtigen, weiteren Beitrag zur Konsolidierung darstellen.

II. Nachvollziehbare Marktkonformität

Weiters bringt auch die Formulierung des Gesetzesvorschlages einige Probleme mit sich. So ist der Bund in den Fällen des § 4 Abs. 1 und 2 IKTKonG verpflichtet, auf die Leistungen des BRZ zurückzugreifen, sofern dessen Angebot „**nachvollziehbar marktkonform**“ ist. Diese Wortwahl ist problematisch und bestehen auch **Bedenken an deren Verfassungskonformität** im Sinne des Art 18 Abs. 1 B-VG, weil sie zu wenig bestimmt ist.

Eine „nachvollziehbare Marktkonformität“ lässt in Wahrheit **keinen Schluss darauf zu, wann das BRZ zu beauftragen ist** und wann ein Mitbewerber die Chance auf den Zuschlag hätte, weil kein nachvollziehbar marktkonformes Angebot vorliegt. Weder die Nachvollziehbarkeit, noch die Marktkonformität sind objektive Maßstäbe, aus denen sich die Konsequenz der Beauftragung des BRZ ableiten lässt. So können auch teurere Angebote nachvollziehbar und marktkonform sein, etwa weil sich das anbietende Unternehmen in seiner Markteinschätzung verkalkuliert hat und daher zu hohe Preise ausgepreist hat. Ebenso ist es möglich, dass ein Unternehmen auch bei völlig korrekter Kalkulation zu höheren Preisen gelangt. Auch wenn dieses Angebot aus wirtschaftlicher Sicht für den Auftraggeber unvorteilhaft ist, besteht doch kein Zweifel an dessen nachvollziehbarer Marktkonformität – immerhin hat es das anbietende Unternehmen nach bestem Wissen und Gewissen kalkuliert. Im Ergebnis könnten dem BRZ auch überteuerte Aufträge zugewiesen werden, weil es eben in der Regel nachvollziehbar ist, dass andere Marktteilnehmer auch teure Angebote legen, ohne dass diese alleine deshalb nicht marktkonform wären. Es liegt im Wesen eines Marktes, dass sich in diesem unterschiedliche Preise abbilden, ohne dass diese deshalb nicht nachvollziehbar wären. Durch diese Ausgestaltung in § 4 IKTKonG wird im Ergebnis der Sinn und Zweck des gesamten Vergaberegimes ausgehebelt, weil weder auf das Beste, noch auf das preiswerteste Angebot abgestellt wird.

Außerdem ist zur Beurteilung, ob ein nachvollziehbar marktkonformes Angebot vorliegt, die Einholung von Vergleichsangeboten notwendig – andernfalls lässt sich diese Beurteilung nicht durchführen (dies auch aus Sicht des Rechnungshofes, der grundsätzlich 3 Vergleichsangebote fordert). Schon hieraus zeigt sich, dass die vorgeschlagene Regelung zu keiner Verwaltungsvereinfachung führen kann – und somit auch nicht zu den gewünschten Einsparungen. Um Vergleichsangebote einholen zu können, müssen den (potentiellen) Bietern ausreichende Angaben gemacht werden. Andernfalls kann kein vergleichbares Angebot erstellt werden und lässt sich die nachvollziehbare Marktkonformität nicht überprüfen. Im Ergebnis entsteht ein erheblicher (Verwaltungs-)Aufwand sowohl auf Bundes- als auch auf Bieterseite in Form eines „Vergabeverfahrens light“. Die Durchführung einer derartigen **Bieterbefragung** muss einen ausreichenden Grad an Detaillierung der geplanten Beschaffung aufweisen, weil andererseits sowohl das Gebot der Fairness, der Transparenz, als auch das Wettbewerbsprinzip (§ 19 Abs. 1 BVergG 2006) verletzt wären. Außerdem ist die detaillierte Befragung auch notwendig, um die vom Gesetz geforderte Vergleichbarkeit zu ermöglichen.

Soweit die Beschaffungsverpflichtung überhaupt systemkonform ist (s.o.) und zu brauchbaren, vergleichbaren Angeboten führen kann, stellt sich aber zusätzlich die Frage, weshalb auf die schwammige Formulierung der „nachvollziehbaren Marktconformität“ abgestellt wird. In § 4 Abs. 2 (insbesondere Z 2) BBG-G hat der Gesetzgeber bereits einen konkreten Katalog an Maßstäben aufgestellt, anhand dessen Vergleichsangebote zu beurteilen sind. Auch wenn dieser Katalog einige Fragen offen lässt, entspricht er wesentlich besser dem Legalitätsprinzip des Art 18 Abs. 1 B-VG, als die vorgeschlagene Formulierung in § 4 IKTKonG

III. Inländerdiskriminierung

Es wird angemerkt, **dass § 5 Abs. 3 leg cit** eine gem. Art 7 B-VG unzulässige Inländerdiskriminierung darstellt. Diese Ausnahme, welche auf die technischen Möglichkeiten des Übermittlers abstellt, greift nur für ausländische Vertragspartnerinnen. Eine sachliche Begründung, weshalb inländische Vertragspartnerinnen nicht in den Genuss dieser Begünstigung kommen, enthält weder das Gesetz, noch die Erläuterungen. Im Übrigen ist auch nicht ersichtlich, weshalb die individuellen Gegebenheiten nur bei ausländischen Unternehmen beachtet werden dürfen. Das Gebot der Verhältnismäßigkeit fordert vielmehr, auf diese auch für inländische Unternehmen abgestellt werden muss.

Abschließend weisen wir darauf hin, dass **§ 4 Abs. 4** festlegt, dass die Kosten der Weiterentwicklung und der Betrieb von IKT-Lösungen und IT-Verfahren den Nutzern (d. h. den öffentlichen Auftraggebern) zu verrechnen sind. Daraus könnte (im Vergleich zu einer Direktbestellung bei einem privaten Anbieter) eine **nicht kalkulierte Mehrkostenbelastung** für die öffentlichen Auftraggeber resultieren.

Die Industriellenvereinigung dankt für die Möglichkeit zur Stellungnahme und ersucht nachdrücklich um Berücksichtigung der genannten Anliegen.

Mit freundlichen Grüßen

Ing. Mag. Peter Koren e.h.
Vize-Generalsekretär

Mag. Martin Sonntag e.h.