



ABS: MDR, 1082 Wien, Rathaus

An das
Bundeskanzleramt -
Verfassungsdienst

Amt der Wiener Landesregierung

Magistratsdirektion der Stadt Wien
Geschäftsbereich Recht
Rathaus, Stiege 8, 2. Stock, Tür 428
1082 Wien
Tel.: +43 1 4000 82344
Fax: +43 1 4000 99 82310
post@md-r.wien.gv.at
www.wien.at

MDR - 290798-2015-1

Wien, 6. Mai 2015

Entwurf eines Bundesgesetzes,
mit dem das Bundesvergabegesetz
2006 und das Bundesvergabegesetz
Verteidigung und Sicherheit 2012
geändert werden;
Begutachtung;
Stellungnahme

zu Zahl: GZ BKA-600.883/0002-V/8/2015

Zu dem mit Schreiben vom 10. April 2015 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes wird wie folgt Stellung genommen:

Grundsätzliches:

Gemäß Art. 14b Abs. 4 erster Satz B-VG hat der Bund den Ländern Gelegenheit zu geben an der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens mitzuwirken. Der vorliegende Entwurf wurde mit den Ländern nicht abgestimmt und entspricht nicht den in der Sitzung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe am 24. November 2014 erarbeiteten Grundsätzen. Damit wurde erstmals seit Schaffung des Art. 14b B-VG durch BGBl. I Nr. 99/2002 der Weg der gemeinsamen Fortentwicklung des österreichischen Vergaberechts unter Berücksichtigung der Bedürfnisse der Wirtschaft und der Auftraggeber (insbesondere auch der Länder, Gemeindeverbände und Gemeinden sowie der von ihnen beherrschten Rechtsträger, die gemeinsam den Großteil der öffentlichen Aufträge vergeben) verlassen.

Ausdrücklich begrüßt werden der Versuch klarstellende Regelungen zur Bedeutung des Arbeits- und Sozialrechts für die vertiefte Angebotsprüfung zu treffen, und die vorgesehene „AVRAG-Abfrage“.

Die Identifizierung von Bereichen, in denen das Bestangebotsprinzip anzuwenden ist, kann einen Beitrag zum Qualitätswettbewerb bei der Vergabe von Aufträgen und zur Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping leisten, bedarf aber flankierend personell-organisatorischer und legislativer (arbeits- und sozialrechtlicher) Maßnahmen des Bundes. Die Novellierung des BVergG 2006 sollte überdies zu keinem unververtretbaren Mehraufwand für die Wirtschaft und die Auftraggeberseite führen, die Teilnahme kleinerer und mittlerer Unternehmen (KMU) an Vergabeverfahren der öffentlichen Hand nicht beeinträchtigen, nicht zu vermehrten Auseinandersetzungen bei den Verwaltungsgerichten führen und Investitionen zur Stärkung des Wirtschaftsstandortes Österreich nicht verzögern.

Das Land Wien bekennt sich zu einer sozial verantwortlichen und nachhaltigen („fairen“) Beschaffung und ist bereit, den vom Bund zeitweise unterbrochenen Dialog über die Wege zur Erreichung der gemeinsamen Ziele aufzunehmen. In diesem Zusammenhang ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Kundmachung des Gesetzesbeschlusses gemäß Art. 14b Abs. 4 zweiter Satz B-VG der Zustimmung der Länder bedarf.

Zu Art. 1 Z 4 (§ 22 Abs. 4 BVergG 2006):

Nach den Erläuterungen soll insoweit eine vorzeitige Umsetzung der neuen „klassischen“ Vergaberichtlinie 2014/24/EU im Sinne der KMU-Förderung erfolgen. Dies führt zur Frage, warum nicht auch Art. 46 Abs. 2 zweiter Unterabsatz dieser Richtlinie und Art. 65 Abs. 2 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU, wonach die Auftraggeber die Zahl der Lose beschränken dürfen, für die ein einzelner Bieter einen Zuschlag erhalten kann, umgesetzt wird. Dies würde zur Klarstellung einer bisweilen strittig gewesenen Frage beitragen und die Aufteilung von in Losen gegliederten Aufträgen (z.B. Rahmenverträgen) auf verschiedene KMU erleichtern, ohne die Zahl der Angebote und damit den Wettbewerb zu reduzieren.

Die Erstreckung der nur in Art. 46 Abs. 2 zweiter Unterabsatz der „klassischen“ Vergaberichtlinie 2014/24/EU vorgesehenen Dokumentationsverpflichtung, warum keine Unterteilung eines Auftrages in Lose erfolgt, auf den Unterschwellenbereich ist als „golden

plating“ abzulehnen, da zusätzlicher Aufwand für die Auftraggeberseite erzeugt wird, dem kein relevanter Mehrwert für die KMU gegenübersteht. Wenngleich der Auftraggeber gemäß Erwägungsgrund 78 der Richtlinie und nach den Erläuterungen zur vorliegenden Novelle frei entscheiden kann, ob die Aufteilung von Aufträgen in Lose sinnvoll ist und dabei keiner nachprüfenden Kontrolle unterliegen soll, könnte durch die Erstreckung auf den Unterschwellenbereich doch Argumentationsbedarf entstehen, warum relativ kleine Aufträge (etwa ein Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag mit einem geschätzten Gesamtwert von 150.000 € oder ein Bauauftrag mit einem geschätzten Gesamtwert von 1 Mio. €) nicht losweise vergeben werden. Die Koordination von Losen und Gewerken eines Vorhabens durch die Auftraggeberin bzw. den Auftraggeber stößt infolge vielfach knapper Personalressourcen schon jetzt an Grenzen. Dazu kommt noch das oft gegebene Bedürfnis nach einer einheitlichen Gewährleistung.

Zu Art. 1 Z 6, 7, 23, 24 und 36 sowie Art. 2 Z 3 und 4 (§§ 49 Abs. 2, 55 Abs. 5, 210 Abs. 2, 219 Abs. 5 und 332 Abs. 7 BVergG 2006 sowie §§ 41 Abs. 2 und 47 Abs. 5 BVergGVS 2012):

Nach den Erläuterungen soll mit diesen Änderungen das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-19/13 (Fastweb SpA) berücksichtigt werden. Damit würde entgegen der Intention der Art. 2d Abs. 4 der Rechtsmittelrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG (jeweils in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG) die Rechtssicherheit stiftende (vgl. Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2007/66/EG) Wirkung der freiwilligen Bekanntmachung von beabsichtigten „freihändigen Vergaben“ beseitigt und ein sechsmonatiger Schwebezustand herbeigeführt. Bis zum Ablauf dieser sechsmonatigen Frist bliebe es künftig selbst bei Einhaltung der 10-tägigen Stillhaltefrist zwischen freiwilliger Bekanntmachung und Vertragsabschluss für die Vertragspartner ungewiss, ob im Falle eines Feststellungsantrages eines interessierten Dritten nicht doch noch die Nichtigkeitserklärung oder Aufhebung des zivilrechtlich verbindlich abgeschlossenen Vertrages droht. Dies übrigens auch im - von den Rechtsmittelrichtlinien der Union gar nicht erfassten - Unterschwellenbereich.

Der Entwurf berücksichtigt nicht, dass der EuGH den Zielkonflikt zwischen der Bekämpfbarkeit von unzulässigen Direktvergaben und dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit gewürdigt (vgl. Randzahl 44 des Urteils: „...reconcile the various interests in play...“, sowie Rz 63: „...the legislature is seeking to accomodate divergent interests...limiting legal uncertainty“) und betont hat, dass den einschlägigen Richtlinienbe-

stimmung ihr Anwendungsbereich nicht genommen werden dürfe (Randzahl 40: „...does not mean, that the terms in which the exception is framed...must be construed in such a way as to deprive that exception of its intended effect“).

Die Erläuterungen zum Entwurf führen hingegen aus, dass der Auftraggeber einen „hohen subjektiven Sorgfaltsmaßstab“ bei der Prüfung (ob ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist) anlegen müsse und ihn eine „detaillierte Begründungspflicht“ treffe, wobei lediglich ein „entschuldbarer Rechtsirrtum“ nicht schade. Die im Entwurf des Gesetzestextes enthaltene Bedingung „Sofern ein Auftraggeber davon ausgehen *konnte*“ weist im Unterschied zu diesen Erläuterungen außerdem eher auf einen objektiven Prüfmaßstab hin.

Sofern es notwendig ist ein Urteil des EuGH in der Novelle „umzusetzen“, sollte dies daher in Anlehnung an den Wortlaut der Rechtsmittelrichtlinien (jeweils in der Fassung der Richtlinie 2014/23/EU – vgl. die dort verwendete Formulierung „sofern der Auftraggeber der Ansicht ist“) erfolgen.

Zu Art. 1 Z 9, 10 und 25 sowie Art. 2 Z 5 und 6 (§§ 71 Abs. 2, 72 Abs. 1, 231 Abs. 4 und 5 BVergG 2006 sowie Art. 2 Z 5 und 6 (§§ 60 Abs. 2 und 61 Abs. 1 BVergGVS 2012):

Die Formulierung „Der Auftraggeber hat überdies von...“ könnte sprachlich dahingehend missverstanden werden, dass die Auskunft von den Unternehmen statt von der Verwaltungsstrafevidenz einzuholen ist.

Vom praktischen Bedürfnis ausgehend, dass auch diese Informationen künftig (wie auch in den Erläuterungen angesprochen) über Katasterdienste verfügbar gemacht werden sollten, wäre bei Bedarf datenschutzrechtlich sicherzustellen, dass die Auskunft auch im Fall der Zurückziehung der Zustimmung durch das betroffene Unternehmen erteilt werden darf.

Zu Art. 1 Z 13, 18, 27 und 32 (§§ 79 Abs. 3, 100, 236 Abs. 3 und 248 Abs. 7 BVergG 2006):

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU („klassische Vergaberichtlinie“) und Art. 82 Abs. 2 der Richtlinie 2014/25/EU („Sektorenrichtlinie“) weiterhin den Zuschlag auf Basis des niedrigsten Preises zulassen. Ein „golden

plating“ stünde somit im Spannungsverhältnis zu Bekenntnissen in Regierungsprogrammen des Bundes und zum Beschluss der Landeshauptleutekonferenz vom 14. April 1999, mit dem Mehrbelastungen der Länder durch sachlich nicht gerechtfertigte Umsetzungsmaßnahmen, die über die Mindestanforderungen von EU-Richtlinien hinaus gehen, abgelehnt werden.

Zu § 79 Abs. 3 Z 3 und § 236 Abs. 3 Z 3 ist zu sagen, dass auch detaillierte und standardisierte konstruktive Leistungsbeschreibungen gewisse funktionale Elemente beinhalten können. Die zwingende Anwendung des Bestangebotsprinzips wäre allenfalls gerechtfertigt, wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt.

§ 79 Abs. 3 Z 5 würde die ohnehin unionsrechtlich und wirtschaftlich problematische (weil die privatwirtschaftliche Gestaltungsfreiheit einschränkende, tendenziell kostspielige und nicht kostenfrei für alle Unternehmen leicht zugängliche Leitlinien unterschiedlichster Art betreffende) Bindung der öffentlichen Auftraggeberinnen und Auftraggeber an „geeignete Leitlinien“ (Normen, Standard-Leistungsbeschreibungen, Industriestandards udgl.) verschiedener Institutionen verschärfen. Dies betrifft sowohl technische als auch werkvertragliche Leitlinien (wie z.B. die ÖNORMEN A 2060 und B 2110). In diesem Zusammenhang wird übersehen, dass es im Einzelfall praktisch unmöglich ist Leistungen und Vorhaben vollständig durch „geeignete Leitlinien“ zu spezifizieren, da z.B. Standard-Leistungsbeschreibungen nur geschätzte 80 % der in der Praxis notwendigen Positionen abdecken. Somit dienen Abweichungen und Ergänzungen der jeweils notwendigen Konkretisierung - oft auch im Sinne einer höheren Qualität. Die bei der Stadt Wien und den meisten Auftraggeberinnen und Auftraggebern von den einschlägigen ÖNORMEN in einigen Punkten abweichenden bzw. sie ergänzenden werkvertraglichen Regelungen sind vor dem Hintergrund der privatwirtschaftlichen Dispositionsfreiheit gerechtfertigt und gemäß § 99 Abs. 2 BVergG 2006 ohnehin durch das Willkürverbot begrenzt. Der Zweck des Konditionalsatzes „und dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind“ in § 79 Abs. 3 Z 5 erschließt sich nicht, weil ein Konnex zwischen abweichenden bzw. ergänzenden Spezifikationen und werkvertraglichen Bestimmungen einerseits und einer fehlenden Vergleichbarkeit der Angebote andererseits regelmäßig nicht besteht: Die Ausschreibungsunterlagen gelten ja für alle interessierten Unternehmen gleichermaßen.

Das BVergG 2006 legt bereits jetzt fest, dass eine Zuschlagserteilung nach dem niedrigsten Preis nur zu erfolgen hat, wenn der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist (§ 79 Abs. 3 erster Satz BVergG 2006). Ob Qualitätsanforderungen in der Leistungsbeschreibung klar definiert werden können oder ob es zur Sicherstellung der Qualität der Leistung weiterer Zuschlagskriterien neben dem Preis bedarf, hängt in erster Linie vom Leistungsgegenstand selbst ab und steht in engem Konnex mit dem Grundsatz, dass es Sache der Auftraggeberin bzw. des Auftraggebers ist, selbst über die Frage zu entscheiden, was beschafft werden soll.

Es wird daher vorgeschlagen die Textierung von § 79 Abs. 3 Z 5 an die wesentlich sachgerechtere in § 236 Abs. 3 Z 5 (vgl. Z 27 des vorliegenden Entwurfs: „wenn es sich um einen besonders komplexen Auftrag handelt,...“) anzupassen.

Nach den Erläuterungen dürfen künftig im Wesentlichen „bestimmte Arten von standardisierten Rohbauarbeiten, standardisierte Leistungen im Straßenbau, Lieferungen von Waren mit einem hohen Standardisierungsgrad und hoch standardisierte Dienstleistungen“ nach dem niedrigsten Preis vergeben werden. Diese demonstrative Aufzählung erscheint zu eng. Es ist nämlich (gerade auch durch Verwendung von Normen, Leistungsbeschreibungen und ergänzenden Spezifikationen) regelmäßig sehr wohl möglich, auch anspruchsvolle Leistungen vollständig konstruktiv zu beschreiben und somit ohne Verzicht auf Qualität nach dem niedrigsten Preis zu vergeben. Die Zuschlagskriterien sind neben den Eignungs-, Auswahl- und Ausführungsbedingungen und der Leistungsbeschreibung nur ein Instrument zur Sicherung von Qualität in der Beschaffung. In der Regel kann die notwendige Qualität auch bei Vergaben nach dem niedrigsten Preis sichergestellt werden und sind zusätzliche Zuschlagskriterien weder erforderlich noch sinnvoll konstruierbar. In der Praxis hat sich die Festlegung zwingender Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung oft (etwa im Rahmen von „Ökokauf Wien“) sogar als überlegenes Instrument zur Qualitätssicherung erwiesen, weil sie verhindert, dass ein Weniger an Qualität durch einen Dumpingpreis ausgeglichen wird.

§ 79 Abs. 3 Z 7 und § 236 Abs. 3 Z 7 scheinen es immerhin der Auftraggeberin bzw. dem Auftraggeber zu überlassen ob „mit der Leistung in Zusammenhang stehende zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren ... berücksichtigt werden sollen“. In der Praxis werden Wartung und Service innerhalb der Gewährleistungsfrist

bzw. Garantiezeit ohnedies vom beauftragten Unternehmen auf Grund gesetzlicher Vorgaben bzw. ergänzender Garantievereinbarung übernommen. Oft handelt es sich um Nebenleistungsverpflichtungen mit einem nach Preis und Aufwand geringen Anteil an der Gesamtleistung, deren Kosten in der Praxis ohnehin in den Gesamtpreis einfließen.

Es kommt ferner auch vor, dass ein Leistungsverzeichnis in drei Bereiche unterteilt wird: Errichtung, Betrieb sowie letztlich Abbruch und Entsorgung eines Bauwerks. Die Preise der Leistungsteile werden zu einem Gesamtpreis addiert. Im Wesentlichen entspricht dieser Ansatz damit dem modernen Lebenskostenprinzip. Auch solche Konstellationen wären zumindest in den Erläuterungen zu berücksichtigen.

Entschieden abzulehnen sind auch § 79 Abs. 3 Z 8 und § 236 Abs. 3 Z 8 sowie die Erläuterungen dazu: Die gemeinsame Beauftragung von Planung und Ausführung soll künftig zur zwingenden Anwendung des Bestangebotsprinzips führen. Die einschränkende Bedingung „und die Planung nicht bloß unwesentlichen Charakter hat“ führt zu Unschärfen, da eine Abgrenzung zwischen einem „unwesentlichen Charakter“ und einem „wesentlichen Charakter“ schwer möglich ist und dazu führen könnte, dass bereits die Ausführungsplanung einen Zwang zum Bestangebotsprinzip auslöst. Die unklare Wendung „und die Planung nicht bloß unwesentlichen Charakter hat“ wäre wie folgt zu ändern: „und die Planung wesentlichen Charakter hat (z.B. Einreichplanung)“. In den Erläuterungen wären auch Polierpläne, Rüstungs- und Schalpläne udgl. als Beispiele für unwesentliche Planungen zu ergänzen. Als Beispiele für eine gemeinsame Vergabe von Ausführung und wesentlicher Planung nach dem Bestangebotsprinzip eignen sich Totalunternehmerverträge.

Im Unterschwellenbereich sollte § 100 BVergG 2006 nicht gänzlich entfallen, da dieser Bereich auch nach der Rechtsprechung (insbesondere auch des VfGH) keine gleich dichte Regelung wie der Oberschwellenbereich erfordert. Wenigstens Liefer- und Dienstleistungsaufträge im Unterschwellenbereich und Bauaufträge, deren geschätzter Wert 1 Mio. € nicht erreicht, sollten weiterhin von § 100 erfasst werden. Im Sektor sollte die Wahl des Zuschlagsprinzips im gesamten Unterschwellenbereich frei bleiben.

Die Ausführungen in den Erläuterungen zur Gewichtung von Zuschlagskriterien und zu einem angeblich oftmals in der Praxis zu beobachten gewesenen „verkappten Bil-

ligstbietersystem“ übersehen, dass die öffentlichen Auftraggeberinnen und Auftraggeber bzw. Sektorenauftraggeberinnen und Sektorenauftraggeber angesichts der notwendigen Stabilisierung der Haushalte intensiv um einen sparsamen, wirtschaftlichen und zweckmäßigen Umgang mit öffentlichen Mitteln bemüht sind. Bei den öffentlichen Unternehmen im Sektor kommt dazu, dass sie im Wettbewerb stehen und daher auf die Gegebenheiten am jeweiligen Markt (z.B. Energiemarkt) Rücksicht nehmen müssen. Die vergebenden Stellen sind vor diesem Hintergrund bestrebt ihre Beschaffungsprozesse sachgerecht, wirtschaftlich und sozial verantwortlich und nachhaltig auszurichten.

Über die Jahre haben sich in der Praxis die zwei Begriffe „Bestbieter-“ und „Billigstbieterprinzip“ eingebürgert. Diese Begriffe finden sich jedoch weder in einer EU-Richtlinie noch im BVergG 2006 und sollten daher auch in den Erläuterungen nicht mehr verwendet werden. Diese Begriffe sind irreführend, da öffentliche Auftraggeberinnen und Auftraggeber die beste Leistung identifizieren müssen - allerdings mit unterschiedlichen Instrumenten: bei Standardleistungen nach vollständiger Spezifikation der Qualität durch die Leistungsbeschreibung mittels des Preises und bei besonders komplexen Leistungen eventuell mittels weiterer Kriterien. Die Zuschlagsprinzipien betreffen jedoch nicht die Eignung der Bieter. Eine Vergabe darf nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Bieter erfolgen. Es ist daher keineswegs so, dass das billigste Angebot von einem ungeeigneten Unternehmer stammt und „Ramschqualität“ hat. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollten im BVergG 2006 daher die neuen Begriffe „Mehrkriterienprinzip“ bzw. „Einzelkriteriumprinzip“ (in Klammer bei der Definition von Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterium in § 2 Z 20 lit. d) eingeführt werden.

Die knappe Darstellung der finanziellen Auswirkungen der Neuregelung der Zuschlagsprinzipien entspricht nicht der WFA-GV, BGBl. II Nr. 489/2012 i.d.g.F. bzw. WFA-FinAV, BGBl. II Nr. 490/2012 i.d.g.F..

Auf die Auftraggeberseite fallen nach der in den Materialien zitierten PWC-Studie im Auftrag der Europäischen Kommission rund ein Sechstel der Personalkosten eines Vergabeverfahrens. Die Studie hat ergeben, dass pro Vergabeverfahren in Österreich durchschnittlich fünf Bieter mit jeweils ähnlich hohem Personalaufwand wie auf der Auftraggeberseite teilnehmen. Fünf Sechstel des erhöhten Personalaufwandes träfen somit die an öffentlichen Aufträgen interessierten Unternehmen, wie auch in der Darstellung der finanziellen Auswirkungen kurz zugestanden wird.

Der in der Wirkungsorientierten Folgenabschätzung angenommene personelle Mehraufwand aller österreichischen Auftraggeberinnen und Auftraggeber von 3,24 Mio. € pro Jahr ist nur dann rechnerisch nachvollziehbar, wenn man von dem angenommenen öffentlichen Beschaffungsvolumen von jährlich 34,08 Mrd. € ausgeht. Nach anderen Studien liegt das österreichische Beschaffungsvolumen allerdings noch höher, nämlich bei rund 40 Mrd. €. Ob die nicht begründete Annahme zutrifft, dass das Bestangebotsprinzip infolge der Novelle in 20 Prozentpunkten der Vergabeverfahren zusätzlich zur Anwendung kommen wird, ist auf Grund der unklaren Fassung von § 79 Abs. 3 Z 5 und Z 8 BVergG 2006 nicht zu beurteilen. Der Wert könnte erheblich darunter oder darüber liegen - je nachdem, wie diese Regelungen von der Rechtsprechung ausgelegt werden.

Die Wirkungsorientierte Folgenabschätzung beschränkt sich überdies auf den erhöhten Personalaufwand infolge der verstärkten Anwendung des Bestangebotsprinzips und lässt sonstige finanzielle Effekte außer Betracht: Einerseits höhere Angebotspreise und vermehrte Anfechtungen, andererseits allenfalls langfristig denkbare niedrigere Betriebs- und Folgekosten, wenn künftig hauptsächlich kostenrelevante, nicht so sehr qualitative oder altruistische, z.B. sozial oder ökologisch motivierte, Zuschlagskriterien gewählt werden sollten.

Schon für die Stadt Wien alleine (ohne ihre ausgegliederten Rechtsträger) drohen wegen des großen Volumens der von ihr in Vergabeverfahren mit mehreren Angeboten mittels Zuschlagskriterien vergebenen Aufträge bereits dann jährliche Mehrkosten in Millionenhöhe, wenn sich die erzielten Preise bzw. Auftragssummen infolge der Anwendung des Bestangebotsprinzips in nur 20 % Prozentpunkten dieser Vergabeverfahren zusätzlich auch nur um 1 % erhöhen sollten. Bei prozentuell größeren Auswirkungen des Bestangebotsprinzips auf die Preise - die zu befürchten sind, da andere Zuschlagskriterien als der Preis laut Erläuterungen künftig nicht bloß mit 2 % oder 3 % gewichtet werden dürfen und den Bieterinnen und Bieter daher signalisiert wird, dass dem Angebotspreis eine geringere Relevanz zukommt - sind entsprechend höhere Belastungen der öffentlichen Haushalte und der öffentlichen Unternehmen zu erwarten.

Durch den somit zu erwartenden personellen Mehraufwand, die höheren Zuschlagspreise und zeitliche Verzögerungen ist bei gleich bleibenden Budgets zu befürchten, dass weniger Aufträge vergeben und somit Arbeitsplätze gefährdet werden.

Zu Art. 1 Z 9, 10, 15, 16, 19, 20, 25, 29, 30, 33 und 34 (§§ 71 Abs. 2, 72 Abs. 1, 83 Abs. 2 und 3, 83 Abs. 4, 108 Abs. 1, 123 Abs. 2, 231 Abs. 4 und 5, 240 Abs. 2, 3 und 4, 257 Abs. 1 und 267 Abs. 2 BVergG 2006):

Eine Verpflichtung zur Bekanntgabe und Prüfung der Eignung auch aller „weiteren Subunternehmer“ (z.B. Sub-Subunternehmer) wäre der Herstellung der „vollständigen Transparenz hinsichtlich der an der Auftragsausführung mitwirkenden Unternehmen“ dienlich. Der Vergleich von Kosten und Nutzen wird allerdings durch den Umstand erschwert, dass in der Wirkungsorientierten Folgenabschätzung lediglich auf einen „nicht quantifizierbaren“ Mehraufwand durch die neuen Offenlegungs- und Prüfpflichten hingewiesen wird. In der Praxis werden die vorgesehenen Verpflichtungserklärungen der Unternehmen und die Prüfung der Eignung aller Unternehmen (insbesondere solcher, mit denen keine vertragliche Beziehung besteht) erheblichen Zeit- und Personalaufwand verursachen. Die Verpflichtungserklärungen der Unternehmen scheinen eventuell entbehrlich, wenn man davon ausgeht, dass gesetzliche Verpflichtungen unmittelbar verbindlich sind.

Zu Irritation führt in diesem Zusammenhang auch die Feststellung im Rahmen der Zielvorgabe im Vorblatt, wonach der Auftraggeber bei Subvergabekonstruktionen seine „Kontrollfunktion auch im Hinblick auf die Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping“ derzeit nur eingeschränkt wahrnehmen könne. Bereits wiederholt ist darauf hingewiesen worden, dass Auftraggeberinnen und Auftraggeber keine Kontrollkompetenz haben um festzustellen, ob auf Baustellen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu Dumpinglöhnen beschäftigt werden. Dies ist Aufgabe der Finanzpolizei und des Kompetenzzentrums Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfung und bedarf einer entsprechenden personellen Ausstattung dieser Stellen. Durch die Offenlegung und Prüfung aller Subunternehmerinnen und Subunternehmer und weiteren Subunternehmerinnen und Subunternehmer alleine kann ohne flankierende Maßnahmen im Bundesbereich das von Wien nachdrücklich unterstützte Ziel der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping nicht erreicht werden.

Die Einführung des Begriffes „weiterer Subunternehmer“ scheint entbehrlich. Aus der Perspektive des öffentlichen Auftraggebers bzw. Sektorenauftraggebers treten Subunternehmen nur in der ersten Ebene, d. h. in seinem Vergabeverfahren gemäß BVergG 2006, auf. Allenfalls könnten Sub-Sub-Konstellationen durch die Einleitung in § 83 Abs. 2 bzw. 240 Abs. 2: „Der Bieter hat alle Teile des Auftrages, die er direkt oder indi-

rekt im Wege von Subaufträgen an Dritte (Subunternehmer) zu vergeben beabsichtigt, im Angebot bekannt zu geben“ erfasst werden. Die neuen §§ 83 Abs. 4 bzw. 240 Abs. 4 regeln zwei unterschiedliche Konstellationen. Nachvollziehbar ist, dass erfolgreiche Bieterinnen und Bieter jeden beabsichtigten Wechsel einer Subunternehmerin oder eines Subunternehmers und jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht im Angebot bekannt gegebenen Subunternehmens dem Auftraggeber unverzüglich bekannt zu geben haben. Hinsichtlich der Sub-Sub-Konstellation ist jedoch nicht eindeutig, wer zu informieren ist: Ist es die öffentliche Auftraggeberin bzw. der öffentliche Auftraggeber, ist dieser im Wege über die Hauptunternehmerin bzw. den Hauptunternehmer durch die Subunternehmerin bzw. den Subunternehmer zu informieren? Wird der obigen Anregung betreffend §§ 83 Abs. 2 und 240 Abs. 2 gefolgt, wären beide Konstellationen bereits durch den ersten Satz des jeweiligen Abs. 4 erfasst und die Pflichten eindeutig festgelegt.

Zu Art. 1 Z 21 des Entwurfes (§ 125 Abs. 4 BVergG 2006):

Die Ergänzung scheint an dieser Stelle deplatziert, da kollektivvertragliche Regelungen selten relevante Vorgaben für Leistungs- und Verbrauchsansätze beinhalten. Hier wäre der Konnex zu den Personal- und allenfalls Fremdleistungskosten im ersten Satzteil zu suchen. Weiters sollte die Formulierung adaptiert werden, da es nicht zweckmäßig ist, auf die dem Angebot (möglicherweise fälschlich) zugrunde gelegten Kollektivverträge abzustellen, sondern auf die (richtigerweise) zu Grunde zu legenden Kollektivverträge. Fraglich scheint ferner die Relevanz dieser Prüfermächtigung ohne zwingende Vorgabe für die Bieterinnen und Bieter, dass diese Kosten in wesentlichen Positionen jedenfalls enthalten sein müssen (vgl. z.B. § 84 Abs. 2).

Für den Landesamtsdirektor:

Mag. Hermann Hansmann, MA

Ergeht an:

1. Präsidium des Nationalrates
2. alle Ämter der Landesregierungen
3. Verbindungsstelle der Bundesländer
4. MA 63
(zu MA 63-296785-2015)

mit dem Ersuchen um Weiterleitung an die einbezogenen Dienststellen



Dieses Dokument wurde amtssigniert.

Information zur Prüfung der elektronischen Signatur und des Ausdrucks finden Sie unter:
<https://www.wien.gv.at/amtssignatur>