



An das
 Bundeskanzleramt
 Ballhausplatz 2
 1014 Wien

Per E-Mail: v8a@bka.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Ihr Zeichen	Ihre Nachricht vom	Unser Zeichen	Bearbeiter/in, DW	Ort, Datum
BKA- 600.883/0002- V/8/2015	10.04.2015	HLD/RE	Dr. Stefan Zleptnig, DW 10698	Wien, 05.05.2015

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

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme im Rahmen der Begutachtungsverfahren zum Entwurf einer Novelle des Bundesvergabegesetzes 2006 sowie des Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012. Sie nimmt dazu binnen offener Frist wie folgt Stellung:

1. Einleitung

Der aktuelle Begutachtungsentwurf ist aus der Sicht der ASFINAG im Sinn der Erhöhung der Transparenz, Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping sowie Hervorhebung des Qualitätswettbewerbs prinzipiell zu begrüßen.

Allerdings ist vor allem durch die gesetzlich verpflichtende Bekanntgabe von weiteren Unternehmern im Angebot (Sub-Subunternehmer), sowie die verpflichtende Anwendung des Bestangebotsprinzips sowohl für Bieter als auch für Auftraggeber ein erheblicher personeller, organisatorischer und finanzieller Mehraufwand zu erwarten. Die Folge werden voraussichtlich höhere Angebotspreise und Mehraufwendungen bei der Abwicklung der Verträge (sowohl in der Vergabephase als auch vor allem in der Leistungserbringungsphase) sein. Darüber hinaus ist mit teilweise erheblichen Rechtsunsicherheiten in Vergabeverfahren zu rechnen.

Im Detail führen wir zu den einzelnen Bestimmungen wie folgt aus:

2. Stellungnahme zur geplanten Novelle des Bundesvergabegesetzes

2.1 Nachweis der Befugnis – Abfrage gemäß § 7n AVRAG (§ 71)

Die Abfrage aus der Verwaltungsstrafevidenz ist grundsätzlich gut zu heißen, hat jedoch einen Mehraufwand im Zuge der Eignungsprüfung zur Folge. Dies vor allem dann, wenn nicht nur eine Abfrage hinsichtlich des Bewerbers/Bieters vorzunehmen ist, sondern für sämtliche bekannte Subunternehmer und weitere Unternehmer (Sub-Subunternehmer, Sub-Sub-Subunternehmer etc).

2.2 Nachweis und Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit – Abfrage gemäß AVRAG (§§ 72 und 73)

Im Hinblick auf die Hintanhaltung von Lohn- und Sozialdumping ist die Einholung einer Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB zur Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit zu begrüßen.

Zu dem in § 73 Abs 3 angeführten Maßstab bei der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit bzw. der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung ist jedoch Folgendes festzuhalten: Die Anwendung dieses Maßstabs wird aufgrund der in der Verwaltungsstrafevidenz gemäß § 7n AVRAG anzuführenden Angaben in der Praxis voraussichtlich auf erhebliche Unsicherheiten bzw Schwierigkeiten stoßen. Und zwar aus folgendem Grund:

Bei dieser Beurteilung ist *„insbesondere die Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer, die Dauer der illegalen Beschäftigung und die Wichtigkeit der nicht rechtzeitig übermittelten Unterlagen zu berücksichtigen.“* In den Erläuterungen werden zwar die Begriffe *„betroffene Arbeitnehmer“* sowie *„wichtige Unterlagen“* näher definiert, jedoch sind für den Auftraggeber diese Kriterien für Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung aus der Verwaltungsstrafevidenz nicht ersichtlich. Gemäß § 7n Abs 4 AVRAG sind in der Auskunft lediglich *„die Anzahl der Bestrafungen und gegebenenfalls die maßgeblichen Daten der Strafbescheide und Straferkenntnisse, der Bescheide, mit denen eine Ermahnung erteilt wurde, sowie der Bescheide und Erkenntnisse in Verfahren nach § 7k Abs. 4 (Behörde, Aktenzahl, Bescheid-, Erkenntnis- und Rechtskraftdatum, Name und Geburtsdatum der Person, auf die sich der Bescheid oder das Erkenntnis bezieht und der es zuzurechnen ist, verhängte Geldstrafen, Dauer/Zeitraum der Untersagung der Dienstleistung) anzugeben“.*

Aus der Sicht der ASFINAG sollte daher jedenfalls noch konkretisiert werden, wie für einen Auftraggeber solche Bestrafungen (und deren wesentliche Entscheidungsgrundlagen) nach-



weislich werden und anhand welcher konkreten Kriterien bei einzelnen Bestrafungen vorzugehen ist.

Darüber hinaus kann die Festlegung des § 73 Abs 3 dritter Satz, wonach bei wiederholten Bestrafungen „in kurzen Zeitabständen“ ein strengerer Maßstab anzulegen ist, aufgrund der Interpretationsspielräume zu erheblichen Rechtsunsicherheiten führen. Eine Konkretisierung, wann derartige Verstöße bzw. Verurteilungen zum Ausscheiden eines Bieters wegen mangelnder beruflicher Zuverlässigkeit führen können, wäre daher wünschenswert.

2.3 Zuschlagsprinzip (§ 79)

2.3.1 Abweichung von geeigneten Leitlinien (§ 79 Abs 3 Z 5)

In § 73 Abs 3 Z 5 ist vorgesehen, dass das Bestangebotsprinzip anzuwenden ist, wenn aufgrund von Abweichungen von geeigneten Leitlinien „keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind“. Die ASFINAG daher geht davon aus, dass begründete Abweichungen in einzelnen Punkten, wie sie nach § 97 Abs 2 zulässig sind, nicht von dieser Bestimmung erfasst sind.

Aus Sicht der ASFINAG ist jedoch nicht hinreichend genau determiniert, wann Abweichungen von geeigneten Leitlinien zum zwingenden Bestangebotsprinzip führen und wann derartige Abweichungen als unzulässig zu qualifizieren sind. Dies insbesondere vor dem Hintergrund des § 96, wonach die Leistung jedenfalls so zu beschreiben ist, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Nicht-vergleichbare Angebote sollten auf Basis einer rechtskonformen Leistungsbeschreibung ohnedies nicht vorliegen, weshalb die Vorgabe in Z 5 mit anderen Bestimmungen des BVergG (insb die Anforderungen an eine Leistungsbeschreibung in § 96) in Widerspruch zu stehen scheint. Eine Klarstellung dieser Abgrenzung wäre zu begrüßen.

2.3.2 Baufträge mit Planungsleistungsanteil (§ 79 Abs 3 Z 8)

Des Weiteren soll gemäß § 73 Abs 3 Z 8 das Bestangebotsprinzip bei Bauaufträgen, die die gleichzeitige Ausführung und Planung des Bauvorhabens umfassen, zur Anwendung kommen, wenn die Planung „nicht bloß unwesentlichen Charakter hat“. Entsprechend den Ausführungen in den Erläuterungen sind Planungsleistungen nur dann von „bloß unwesentlichem Charakter“, wenn es sich um „kleinere“ Planungsnebenleistungen (z.B. Werkstättenpläne, kleinere Ausführungs- oder Montagepläne) handelt.

Ein Abstellen allein darauf, ob nicht bloß unwesentliche Planungsleistungen vom Bauauftrag umfasst sind, scheint nicht sachgerecht: Der Auftraggeber wäre schon dann verpflichtet das

Bestangebotsprinzip anzuwenden, wenn der Planungsanteil des Bauauftrags zwar nur einen geringen Anteil des Auftrags(-wertes) ausmacht, jedoch nicht bloß unwesentlichen Charakter iSd Erläuterungen hat. In der Regel liegt der Anteil der Ausführungsplanung bei ca. 2 bis 5 % des Auftragswertes. Zudem kann mit der Bestimmung der Z 8 nicht die Qualität der Planungsleistung sichergestellt werden. Vielmehr steht es dem Auftraggeber etwa frei, Qualitätskriterien festzulegen, die sich ausschließlich auf die Bauleistungen beziehen können.

Aus Sicht der ASFINAG sollte daher das verpflichtende Bestangebotsprinzip, sofern es in diesem Fall überhaupt beibehalten werden soll, bei derartigen gemischten Aufträgen erst dann verpflichtend sein, wenn der Planungsanteil eine bestimmte maßgebliche Größe erreicht.

2.3.2 Entfall der Zweifelsregelung (§ 79 Abs 3a)

Aufgrund der ausdrücklichen Regelung in Abs 3, in welchen Fällen der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden darf und in welchen Fällen das Bestangebotsprinzip verpflichtend ist, ist der Entfall der Zweifelsregel grundsätzlich eine logische Konsequenz. Dennoch wäre nach Ansicht der ASFINAG eine Klarstellung wünschenswert, ob das Fehlen einer entsprechenden Festlegung dazu führt, dass die Ausschreibung rechtswidrig und somit bekämpfbar ist, oder dazu, dass ein Zuschlag nicht rechtskonform erfolgen kann. Aus der Sicht der ASFINAG wäre die erste Variante wünschenswert, da sie zu mehr Rechtssicherheit führt.

2.4 Subunternehmerleistungen (§ 83)

2.4.1 Namhaftmachung von Subunternehmern und weiteren Unternehmern (§ 83 Abs 2)

Die Verpflichtung des Bieters, bereits im Angebot sämtliche Subunternehmer und „weitere Subunternehmer“ (Sub-Subunternehmer, Sub-Sub-Subunternehmer etc) bekannt zu geben, ist aufgrund der erhöhten Transparenz der zum Einsatz kommenden Unternehmen grundsätzlich zu begrüßen. Jedoch führt die gesetzlich verpflichtende Bekanntgabepflicht aller (möglicherweise) zum Einsatz kommenden Unternehmen auf Bieterseite zu einem erheblichen Mehraufwand im Zuge der Angebotserstellung; weiters ist ein potentieller wirtschaftlicher Nachteil für den öffentlichen Auftraggeber nicht ausgeschlossen. Überdies ist auch ein gravierender Mehraufwand im Zuge der Angebotsprüfung zu erwarten, da nicht nur die Eignung des Bewerbers/Bieters und dessen Subunternehmer zu prüfen ist, sondern auch die Eignung aller weiteren Subunternehmer.

Zudem ist durch die gesetzlich verpflichtende Namhaftmachung nicht nur der erforderlichen Subunternehmer, sondern aller Subunternehmer und weiteren Subunternehmer eine erhöhte

Rechtsunsicherheit zu befürchten. Dies deshalb, weil davon auszugehen ist, dass die (behauptete) Nicht-Namhaftmachung von Subunternehmern bzw. weiteren Unternehmern Gegenstand von Nachprüfungsverfahren sein wird. In diesem Zusammenhang ist allerdings sehr zu begrüßen, dass die Unterlassung der Nennung von nicht erforderlichen Subunternehmern und weiteren Subunternehmen nicht das Ausscheiden des Bieters zur Folge hat.

In den Erläuterungen ist festgehalten, dass aufgrund der nunmehrigen Regelung sämtliche Unternehmen, die in die Auftragsdurchführung vertragliche eingebunden werden sollen, namhaft zu machen sind – *„bis zum letzten Glied in der Kette“*. *„Erfasst wird somit das gesamte Netzwerk jener Verträge, die auf die Realisierung des Leistungsgegenstandes gerichtet sind“*. Aus Sicht der ASFINAG sollte eine weitere Klarstellung erfolgen, welche Leistungen tatsächlich auf die *„Realisierung des Leistungsgegenstandes gerichtet sind“* und im Fall der Weitergabe an Subunternehmer bzw. weitere Subunternehmer bekannt zu geben sind. Die derzeitigen Regelungen bzw. Erläuterungen sind sehr weitgehend bzw. praktisch kaum durchführbar. Die ASFINAG geht daher davon aus, dass von dieser Regelung zumindest nur solche Leistungsteile erfasst sein sollen, die unmittelbar die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung betreffen, nicht jedoch Nebenleistungen von untergeordneter Bedeutung. Unter solche Nebenleistungen fallen etwa die Reinigung des Baucontainers, Reparaturarbeiten an Baumaschinen durch Dritte, oder lokale Landwirte, die zur Staubvermeidung laufend Baustraßen feuchthalten oder untergeordnete Mäharbeiten durchführen. Nach den derzeit vorgeschlagenen Regelungen wären all die genannten Leistungen als weitere Subunternehmer bereits zwingend mit dem Angebot zu nennen.

§ 83 Abs 2 letzter Satz sieht vor, dass der Auftraggeber aus sachlichen Gründen die Offenlegungspflicht auf die wesentlichen Subunternehmer beschränken kann. Als Beispiel für eine sachliche Begründung wird in den Erläuterungen die *„zu erwartende Anzahl der bekannt zu gebenden Subunternehmer und weiteren Subunternehmer“* angeführt. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen.

Ohne eine weitere Konkretisierung, wann die zu erwartende Anzahl an (Sub-) Sub-Unternehmern eine Einschränkung auf wesentliche Subunternehmer sachlich rechtfertigt, und welche (andere) Gründe eine solche Einschränkung rechtfertigen, ist die Regelung jedoch mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden. Um rechtswidrige Einschränkungen hintanzuhalten, wäre aus Sicht der ASFINAG entsprechende Klarstellung der sachlichen Gründe zu begrüßen.

2.4.2 Bekanntgabe von Änderungen nach Zuschlagserteilung (§ 83 Abs 4)

Die Regelung des § 83 Abs 4 ist im Sinne einer erhöhten Transparenz, welche Unternehmen tatsächlich an der Leistungserbringung mitwirken, zu begrüßen. Allerdings ist der damit verbundene personelle und finanzielle Mehraufwand aufgrund der zusätzlichen Prüfung insbesondere der neu hinzukommenden weiteren Subunternehmer nicht unerheblich. Auch in diesem Zusammenhang wäre aus Sicht der ASFINAG die bereits oben angeführte Klarstellung bzw. Einschränkung wünschenswert, hinsichtlich welcher Leistungsteile eine Bekanntgabe der (weiteren) Subunternehmer tatsächlich verpflichtend sein soll.

Bei der in § 83 Abs 4 letzter Satz normierten Vorlagepflicht der Verpflichtungserklärungen geht die ASFINAG davon aus, dass es sich im Falle des Fehlens dieser Erklärungen im Angebot um einen verbesserbaren Mangel handelt.

In den Erläuterungen ist weiters angeführt, dass Verstöße gegen die gesetzliche Bekanntgabepflicht als „schwere berufliche Verfehlung“ qualifiziert werden. Eine solche Verfehlung kann bei künftigen Vergabeverfahren zum Ausschluss führen. Eine solche Vorgabe hätte weitreichende Konsequenzen für Unternehmer und auch öffentliche Auftraggeber. Die ASFINAG regt daher eine Konkretisierung dahingehend an, welchen Maßstab der Auftraggeber bei der Beurteilung der Schwere solcher Verstöße tatsächlich anzusetzen hat, welche Verstöße als „schwere berufliche Verfehlung“ zu qualifizieren sind und wie der Auftraggeber konkret davon Kenntnis erlangen soll. Ohne entsprechende Klarstellung wäre diese Regelung in der Praxis nur schwer umsetzbar und mit erheblichen Unsicherheiten für Bieter und Auftraggeber behaftet. Konkret betrifft dies etwa die Frage, ob bereits die unterlassene Bekanntgabe eines weiteren Subunternehmers mit einem geringfügigen Leistungsanteil als derartiger Verstoß zu werten ist, was unseres Erachtens als überschießend zu werten wäre. Wir regen daher an, diese Bestimmung klarer und rechtssicherer zu gestalten.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Klaus Schierhäckl



Dipl.-Ing. Alois Schedl

AUTOBAHNEN- UND SCHNELLSTRASSEN-
FINANZIERUNGS-AKTIENGESELLSCHAFT