



Legislativ- und  
Verfassungsdienst

Zahl (Bitte im Antwortschreiben anführen)

2003-BG/33/223-2015

Betreff

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

Bezug: BKA-600.883/0002-V/8/2015

Datum

18.05.2015

Chiemseehof

Postfach 527 | 5010 Salzburg

Fax +43 662 8042-2165

landeslegistik@salzburg.gv.at

Mag. Thomas Feichtenschlager

Telefon +43 662 8042-2290

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zum im Gegenstand bezeichneten Gesetzentwurf gibt das Amt der Salzburger Landesregierung folgende Stellungnahme bekannt:

#### **A. Allgemeines:**

Bei allem Verständnis für die vom Bundesgesetzgeber genannten Ziele wird darauf hingewiesen, dass für die Länder als Auftraggeber die Einhaltung von bereits jetzt bestehenden zwei Zielen immer schwieriger wird:

1. Die Regelungen des Stabilitätspaktes zwingen die Länder, die finanziellen Rahmenbedingungen absolut in den Mittelpunkt ihres Handelns und ihrer Überlegungen zu stellen. Die Gebietskörperschaften sind - diesem Gebot folgend - gezwungen, auch bei Vergaben den finanziellen Aspekten im Regelfall das Hauptaugenmerk zu schenken und einen möglichst günstigen Preis zu erzielen. Die Erzielung von möglichst günstigen Preisen war seinerzeit das Argument, mit welchem versucht worden ist, der öffentlichen Hand ein auch früher schon nicht ganz einfaches Vergabeverfahren "schmackhaft" zu machen. In diesem Sinn hat auch das Billigstbieterprinzip als subsidiäre Lösung wie bisher weiterhin seine Berechtigung, wenngleich Aspekte, wie sie im geplanten § 79 Abs 3 Z 7 enthalten sind (zukünftige laufende bzw anfallende kostenwirksame

[www.salzburg.gv.at](http://www.salzburg.gv.at)

Amt der Salzburger Landesregierung | Landesamtsdirektion

Postfach 527 | 5010 Salzburg | Österreich | Telefon +43 662 8042 0\* | [post@salzburg.gv.at](mailto:post@salzburg.gv.at) | DVR 0078182

Faktoren) im Sinne einer für den Auftraggeber finanziell günstigen Lösung miteinbezogen werden sollen. Die vorgeschlagene Regelung hingegen wäre de facto das Ende des Billigstbieterangebotes, was äußerst problematisch erscheint und abzulehnen ist.

2. Das zweite Ziel ist die Minimierung des Verwaltungsaufwandes auf ein einigermaßen erträgliches Maß. Die Entwicklung des österreichischen Vergaberechtes scheint eher in die gegenteilige Richtung zu gehen und eine Maximierung des Verwaltungsaufwandes zum Ziel zu haben, verbunden mit einer gewissen Rechtsunsicherheit für den Auftraggeber, weil man es selbst bei größtmöglichen Sorgfaltsanstrengungen nicht in der Hand hat, von Nachprüfungs- bzw Feststellungsverfahren unbedroht ein komplexes Vergabeverfahren durchführen zu können.

In diesem Sinne sollten die Verpflichtungen, die der öffentliche Auftraggeber einzuhalten hat, auf Aufgaben beschränkt bleiben, welche wirklich mit dem Vergabeverfahren zusammenhängen. Die etwa im § 125 Abs 4 Z 1 geplante Prüfungspflicht von kollektivvertraglichen Löhnen gehört nicht zu den Aufgaben eines öffentlichen Auftraggebers (Privatwirtschaftsverwaltung), sondern in die Prüfpflicht der zuständigen Organe der Hoheitsverwaltung. Dass die vorgesehene Regelung zu einem Mehraufwand für die öffentlichen Auftraggeber führt, liegt auf der Hand und hätte bei der Darstellung der finanziellen Auswirkungen berücksichtigt werden müssen. Im Übrigen sollte es ausreichen, wenn der Auftraggeber seine eigenen Interessen wahrzunehmen hat (das ist mittlerweile im Vergaberecht kompliziert genug) und nicht auch noch jene der Auftragnehmer bzw deren Bediensteten.

3. Die vorgesehenen Änderungen im Bereich der Subunternehmerleistungen (§ 83) sind ebenfalls überschießend werden daher abgelehnt. Wie ohnehin zu den finanziellen Auswirkungen richtig dargestellt, korrespondiert jede zusätzliche Verpflichtung der Auftragnehmer auch mit einer ebensolchen Kontrollpflicht der Auftraggeber. Für den Auftraggeber ist mit den zusätzlichen Pflichten des Auftragnehmers, bereits bei Angebotslegung alle Sub- bzw Subsubunternehmer bekanntzugeben, eine entsprechende Kontrollpflicht und somit ein zusätzlicher Aufwand verbunden, welcher mit einem allfälligen Nutzen nicht in Einklang steht.

## **2. Zu einzelnen Bestimmungen:**

### **Zu § 22:**

Den Erläuterungen zum geplanten Abs 4 folgend kann der Auftraggeber "frei entscheiden, ob eine Aufteilung von Aufträgen in Lose sinnvoll ist", er hat seine Entscheidung "nach eigenem Ermessen" zu begründen und unterliegt dabei "keiner nachprüfenden Kontrolle".

Diese Bestimmung sollte überhaupt entfallen, da es sich hierbei nur um einen überflüssigen Mehraufwand handelt.

Sollte dennoch an dieser Bestimmung festgehalten werden, sollte jedenfalls klargestellt werden, dass § 136 Abs. 3 auch für diese Begründungspflicht gilt - das heißt: Verzicht im Unter-

schwelenbereich (USB), wenn diese Umstände aus der Vergabedokumentation ersichtlich sind. Abs 3 sollte darüber hinaus auch auf den Oberschwelenbereich (OSB) ausgedehnt werden, da - wenn die Gründe für eine unterlassene Losaufteilung im Vergabevermerk ersichtlich sind - eine nochmalige Begründung überflüssig ist. Der Inhalt des geplanten Abs 4 sollte daher in den geltenden Abs 1 eingefügt werden und der Anwendungsbereich des Abs 3 auch auf den OSB ausgedehnt werden.

#### **Zu den §§ 49 und 55:**

In den geplanten §§ 49 Abs 2 und 55 Abs 5 sollte klargestellt werden, wann der Auftraggeber von der Zulässigkeit des Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ausgehen konnte. Im Fall einer falschen Beurteilung seitens des Auftraggebers würde das nämlich bedeuten, dass die Kommissionsbekanntmachung unwirksam ist und die gewünschten Rechtsfolgen nicht eintreten können. Im Ergebnis kann sich der Auftraggeber nie sicher sein, ob auf Grund dieser Veröffentlichung auch die gewünschten Konsequenzen eintreten, da sich seine Beurteilung (und das verschärft die Sache) nicht nur auf das BVergG 2006 beschränken darf, sondern auch die Richtlinien und auch die nationale und europäische Rechtsprechung mit einbeziehen muss, weil eben sonst das Kriterium des Zu-Recht-davon-Ausgehen-Dürfens nicht erfüllt ist.

Im Fall einer Realisierung dieser beiden Bestimmungen ist für die Praxis daher zu erwarten, dass diese Bestimmungen schlichtweg nicht beherrschbar sind.

#### **Zu den §§ 71 und 72:**

1. Die geplanten §§ 71 Abs 2 und 72 Abs 1 sollte dahingehend klarstellend ergänzt werden, dass es sich bei den "Subunternehmern" um die nach § 83 Abs 2 bekannt zu gebenden Subunternehmer handelt, andernfalls müsste eine Abfrage über nicht genannte (und auch in der Ausschreibung nicht zu nennende) Subunternehmer erfolgen.

2. In Bezug auf die Subsubunternehmer sind diese Bestimmungen vollkommen praxisfremd, zumal die Bieter zum Zeitpunkt der Angebotsstellung (und das auch nur bei entsprechender Anforderung nach § 83 Abs 2) nur die wesentlichen Subunternehmer wissen. Subsubunternehmer werden regelmäßig erst nach Auftragserteilung gesucht.

#### **Zu § 73:**

Gemäß dem geplanten Abs 3 hat der Auftraggeber unter anderem "die Wichtigkeit der nicht rechtzeitig übermittelten Unterlagen" zu berücksichtigen. Weder aus dem Gesetzestext selbst noch aus den Erläuterungen ergeben sich Klarstellungen dazu.

Ein ersatzloser Entfall dieses Satzteiles ("und die Wichtigkeit der nicht rechtzeitig übermittelten Unterlagen") ist kein Mangel und würde die Rechtsicherheit beim Auftraggeber erhöhen.

**Zu § 79:**

1. Der geplante Abs 3 wirft eine Reihe von Fragen auf: Zunächst ist unklar, warum der Qualitätsstandard nun durch den Auftraggeber definiert sein muss. Diesbezüglich sollte es bei der bisherigen Regelung bleiben, wonach dieser in den Ausschreibungsunterlagen definiert ist.

Die Kriterien "in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht" sind kumulativ zu beurteilen. Was jedoch unter der Kriterium "in rechtlicher Hinsicht" zu verstehen ist, ist unklar. Dieses Kriterium bedeutet, dass im Fall einer etwas unklaren rechtlichen Regelung des Qualitätsstandards (was so gut wie immer vorkommen kann und eigentlich mehr oder minder unvermeidbar ist) aufgrund der Kumulation nie mehr mit gutem Gewissen das Billigstbietersystem anwendbar ist bzw dieses so gut wie immer von einer Anfechtung bedroht sein wird. Diese Regelung ist das Ende des Billigstbietergebotes, was insbesondere im Baubereich mehr als problematisch gesehen wird. Die Folge werden hier "Makrokriterien" im Pseudobereich sein.

Es wird daher ein Entfall des Kriteriums "in rechtlicher Hinsicht" vorgeschlagen.

2. Die Verweisung auf den §§ 99 Abs 2 in der geplanten Z 5 des Abs 3 sollte entfallen: Wenn von den Werkvertragsnormen (oä) abgewichen wird, so wird dies ja für alle Bieter so geregelt. Es gibt keine Ausschreibungen, bei denen jeder Bieter andere AVBs erhält. Daher ist es gar nicht denkbar, dass es durch ein (gemäß § 99 Abs 2 vorletzter Satz zulässiges) Abweichen von den Werkvertragsnormen zu unterschiedlichen Angeboten kommt.

**Zu § 83**

1. Zu Abs 2: Die Bieter sind regelmäßig damit überfordert, bereits bei Angebotslegung alle Subunternehmer zu benennen. Es ist daher angebracht und entspricht der gelebten Praxis, nur die wesentlichen Teile des Auftrags zu bezeichnen, die im Wege eines Subauftrages vergeben werden sollen.

Die im letzten Satz des Abs 2 enthaltene Einschränkung, dass ein Abweichen von der im ersten Satz enthaltenen Verpflichtung im Fall einer entsprechenden Festlegung durch den Auftraggeber "aus sachlichen Gründen" möglich ist, ist in der Praxis undurchführbar, zumal es für den Auftraggeber nicht möglich sein wird, eine derartige Festlegung (zB ab 10% Anteil an der Auftragssumme) sachlich zu begründen.

Die Wortfolge "aus sachlichen Gründen" sollte daher aus Gründen der Nichtvollziehbarkeit entfallen.

2. Zu Abs 4: Im Fall einer Nichtbekanntgabe sind keine (negativen) Konsequenzen erkennbar, weshalb diese Bestimmung ersatzlos entfallen sollte.

**Zu § 125:**

Die in der Z 1 des Abs 4 festgelegte Pflicht, im Falle der Notwendigkeit einer vertieften Angebotsprüfung auch die kollektivvertraglichen Löhne zu prüfen, bedeutet einen unverhältnismäßigen Mehraufwand bei den Auftraggebern, da sich diese in Kenntnis aller bezughabenden und jährlich abgeänderten Kollektivverträge setzen müssen. Gerade im Baubereich sind die Kalkulationsgrundlagen für die Lohnkosten und sonstigen Kosten Bestandteil der unternehmenseigenen Dispositionsfreiheit und oft individuell verteilt und dennoch ist in einer Gesamtbetrachtung der Gesamtpreis durchaus schlüssig und angemessen.

Es ist daher zu befürchten, dass gerade im Baubereich (ohne Lohndumping !!) sehr oft die angegebene Löhne kollektivvertraglich nicht zu erklären sein werden und hier öfters mit Ausscheidungen agiert werden muss, was dem Auftraggeber aufgrund folgender Bieterstürze auch Geldkosten wird.

Es sollte daher möglich sein, dass der Bieter auch nachweisen kann, dass er Lohnansätze in anderen Positionen mit einkalkuliert hat.

Diese Stellungnahme wird der Verbindungsstelle der Bundesländer, den anderen Ämtern der Landesregierungen, dem Präsidium des Nationalrates und dem Präsidium des Bundesrates ue zur Verfügung gestellt.

Mit freundlichen Grüßen  
Für die Landesregierung  
Dr. Heinrich Christian Marckhgott  
Landesamtsdirektor

Amtssigniert. Hinweise zur Prüfung der Amtssignatur finden Sie unter [www.salzburg.gv.at/amtssignatur](http://www.salzburg.gv.at/amtssignatur)

**Ergeht an:**

1. Bundeskanzleramt, Ballhausplatz 2, 1014 Wien, Zustellung (dual, behörtl.)
2. Amt der Burgenländischen Landesregierung, Intern
3. Amt der Kärntner Landesregierung, Intern
4. Amt der Oberösterreichischen Landesregierung, Intern
5. Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, Intern
6. Amt der Steiermärkischen Landesregierung, Intern
7. Amt der Tiroler Landesregierung, Intern
8. Amt der Vorarlberger Landesregierung, Intern

9. Amt der Wiener Landesregierung , Magistratsdirektion der Stadt Wien, Geschäftsbereich Recht - Gruppe Verfassungsdienst und EU-Angelegenheiten, Intern
10. Verbindungsstelle der Bundesländer beim Amt der NÖ Landesregierung, Schenkenstraße 4, 1010 Wien, Intern
11. Parlamentsdirektion - Abteilung L 1.6 Parlamentarische Dokumentation, Archiv und Statistik, Intern
12. Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst, Intern
13. Institut für Föderalismus, Intern
14. Abteilung 6 Infrastruktur und Verkehr, Michael-Pacher-Straße 36, Postfach 527, 5020 Salzburg, zu do Zl 206-6/21/176-2015, Intern
15. Abteilung 8 Finanz- und Vermögensverwaltung, Kaigasse 2a, Postfach 527, 5020 Salzburg, zu do Zl 208-ALL/46.222/173-2015, Intern