



Bundeskanzleramt Österreich
Ballhausplatz 2
1010 Wien

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

BKA-600.883/0003-V/8/2017
22. März 2017

**Betrifft: Begutachtungsentwurf des Bundesvergabegesetzes 2017 –
Stellungnahme Sozialpartner-Initiative „Faire Vergaben“**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im Namen der Sozialpartner-Initiative „Faire Vergaben“ (in der Folge „**Sozialpartner-Initiative**“) dürfen wir zum Aufforderungsschreiben des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes vom 8.2.2017, GZ BKA-600.883/0003-V/8/2017 zur Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (in der Folge „**BVergG 2017**“), folgendermaßen Stellung nehmen:

Seit ihrer Gründung setzt sich die Sozialpartner-Initiative (bestehend aus 3 Fachgewerkschaften, 11 Bundesinnungen und 2 Fachverbänden) vehement dafür ein, den öffentlichen Beschaffungsprozess in Österreich zum Zweck eines für alle Seiten fairen und transparenten Vorgangs zu stärken, wobei als oberstes Ziel die Sicherung von Arbeitsplätzen steht. Dieser ungebrochene und starke Einsatz hat insbesondere im Rahmen der (kleinen) BVergG-Novelle 2016 Früchte getragen bzw konnte die Sozialpartner-Initiative in wesentlichen Bereichen ihre Kernanliegen (Stärkung des „Bestbieterprinzips“, Gewährleistung eines Qualitätswettbewerbs, Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping etc) erfolgreich verfolgen.

Der (vollständigen) nationalen Umsetzung der (Vergabe-)Richtlinie 2014/24/EU wurde und wird daher mit großen Erwartungen entgegen gesehen. Als Vorgriff auf diesen Gesetzesprozess ist die Sozialpartner-Initiative bereits im Vorjahr mit 5 Vorschlägen zur großen BVergG-Novelle (in der Folge „**Forderungskatalog**“) an die Öffentlichkeit getreten (**Beilage /1 „Forderungskatalog – Initiative Faire Vergaben“**). Sämtliche Forderungen wurden dabei im Vorfeld mit den Sozialpartnern intensiv diskutiert und abgestimmt.

Insbesondere wurde der Forderungskatalog in der **Wirtschaftskammer Österreich** koordiniert und im Anschluss daran **ausdrücklich begrüßt und in allen Punkten befürwortet** (siehe **Beilage .12 „Stellungnahme der WKO vom 9.11.2016“**).

Nach Durchsicht des Begutachtungsentwurfes des Bundesvergabegesetzes 2017 müssen wir allerdings leider feststellen, dass (beinahe) sämtliche Punkte des Forderungskatalogs nicht berücksichtigt wurden und es in manchen Bereichen sogar zu einer Verschlechterung (!) im Vergleich zum Stand der BVergG-Novelle 2016 gekommen ist. Im Folgenden geben wir **anhand der 5 Punkte des Forderungskatalogs** (siehe Punkte 1 bis 5) samt **weiteren Anregungen** (siehe Punkte 6 bis 8) folgende Stellungnahme ab:

1. Berücksichtigung von Ratingzahlen als Eignungskriterium zur Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit

Unsere Forderung der **verpflichtenden Berücksichtigung bzw Heranziehung von Ratingzahlen** von qualifizierten Ratingsystemen (zB KSV-Rating oder vergleichbar) **als Eignungskriterium zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit** wurde weder in § 84 BVergG 2017 für öffentliche Auftraggeber, noch im § 255 BVergG 2017 für Sektorenauftraggeber (bzw in der Aufzählung gemäß Anhang X BVergG 2017) als verpflichtendes Eignungskriterium festgelegt. Dies wird von der Sozialpartner-Initiative als **kritisch** gesehen, da anhand dieser Kennzahlen die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens **ohne großen Aufwand für die Auftraggeber- und Bieterseite objektiv erfasst werden kann**.

Die zwingende Berücksichtigung von Ratingzahlen sollte vor allem deshalb in das BVergG 2017 aufgenommen werden, da die Heranziehung der Ratingzahlen ohnehin Eingang in die **Judikatur** gefunden hat (vgl VwGH 17.6.2014, 2013/04/0033) und auch von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern bereits in der **Praxis** erfolgreich gelebt wird.

Zur Gewährleistung einer raschen, effizienten und möglichst ressourcenschonenden Ausschreibungspraxis **regen wir daher an**, dass öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber für die Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit **verpflichtend auch das Rating des Unternehmens heranziehen müssen**. Zweckmäßigerweise sind im Anhang X des BVergG 2017 (bzw in den Erläuterungen zum Gesetzestext) zusätzlich beispielhaft vorhandene Ratingsysteme zu nennen bzw auch Empfehlungen für Mindestratingwerte abzugeben (zB KSV-Rating geringer als 400).

2. Verpflichtende Verwendung von mindestens zwei Zuschlagskriterien neben dem Preis beim Bestbieterprinzip

Die Regelung gemäß § 2 Z 22 lit d sublit aa BVergG 2017 sieht vor, dass das **Bestbieterprinzip** bzw die **Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes** durch Heranziehung des Preises und einem weiteren **Zuschlagskriterium** grundsätzlich erfüllt ist.

In Hinblick auf die **erforderliche Stärkung des Bestbieterprinzips** (zur Vermeidung bloßer „Feigenblattkriterien“ und zur Gewährleistung eines effizienten Qualitäts- und Leistungswettbewerbs), sehen wir die Notwendigkeit, dass bei der Anwendung des Bestbieterprinzips neben dem Preis verpflichtend **mindestens zwei weitere Zuschlagskriterien** zur Anwendung kommen müssen.

Die Regelung des § 2 Z 22 lit d sublit aa BVergG 2017 **sollte daher wie folgt adaptiert werden** (Änderungsvorschläge sind in roter Farbe optisch ersichtlich gemacht):

„aa) sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die niedrigsten Kosten oder die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden **zumindest drei Kriterien**, nach welchen das für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, **wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, soziale Kriterien, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist**; die Zuschlagskriterien dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen und müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbes gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, oder“.

Die dadurch erfolgte Stärkung des Qualitäts- und Leistungswettbewerbs führt insbesondere aufgrund der Entlastung im (oft massiven) Preisdruck zur Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping. Ein klares Bekenntnis des Gesetzgebers zu einem starken Bestbieterprinzip wäre auch im Hinblick darauf wünschenswert, dass die Vergabepaxis in Österreich betreffend den effizienten Einsatz des Bestbieterprinzips im europäischen Vergleich zu den Schlusslichtern zählt (vgl die aktuelle Studie des Österreichischen Instituts für Wirtschaftsforschung vom 31.1.2017, „Das öffentliche Beschaffungswesen im Spannungsfeld zwischen Billigst- und Bestbieterprinzip“, <http://www.wifo.ac.at/www/pubid/59256>).

3. Meldeverpflichtung in der Baustellendatenbank

Die Festlegung der **Meldepflicht bei Bauaufträgen** für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber über alle beauftragten Unternehmer in die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse gemäß § 368 BVergG 2017 wird von der „Initiative Faire Vergaben“ **positiv begrüßt**.

In diesem Zusammenhang ist jedoch anzumerken, dass der Geltungsbereich des Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz, BGBl I 414/1972 idgF (in der Folge „**BUAG**“) nicht gleichermaßen auf alle Unternehmen Anwendung findet (zB im Bereich von Baunebengewerben, die nicht vollumfänglich davon umfasst sind). Dies könnte unter Umständen dazu führen, dass die Regelung des § 368 BVergG 2017 in der Praxis insoweit „enger“ ausgelegt wird, als nur Unternehmen gemeldet werden, die auch der Meldepflicht gemäß BUAG unterliegen. Ein derart restriktives Verständnis der Meldeverpflichtung gemäß § 368 BVergG 2017 würde jedoch zu einer massiven Minderung der Effizienz und Zweckmäßigkeit dieser Bestimmung führen und kann daher keinesfalls in der Intention des Gesetzgebers liegen.

Wir **regen daher an**, in den erläuternden Bemerkungen zum § 368 BVergG 2017 klarstellend festzuhalten, dass **die Meldepflicht (Entstehung und Umfang) gemäß § 368 BVergG 2017 nicht an die Bestimmungen des BUAG geknüpft ist bzw (bewusst) weiter gefasst ist** und somit **alle im Rahmen von Bauaufträgen beauftragten Unternehmen** davon umfasst sind.

4. Normierung klarer Vorgaben für die vertiefte Angebotsprüfung

In der Praxis besteht häufig Unklarheit darin, mit welchen Rechtfertigungen eines Bieters seine kalkulatorischen Ansätze so aufgeklärt werden können, dass die „Preisangemessenheit“ bzw die „betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit“ gegeben sind. Diese Unsicherheit bei der vertieften Angebotsprüfung geht insbesondere darauf zurück, dass die Rechtsprechung bei der Prüfung der Preisangemessenheit zum Teil eine sehr weitreichende Rechtfertigungsmöglichkeit für die Bieter zugelassen hat (so zB VwGH 25.1.2011, 2008/04/0082, wonach eine Unterdeckung umgelegter Lohnnebenkosten nicht grundsätzlich als unzulässig qualifiziert wird).

Die Unterlassung der geforderten Normierung klarer Vorgaben für die vertiefte Angebotsprüfung ist für die Sozialpartner-Initiative vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar und wird als **kritisch betrachtet**.

Es wird daher angeregt, die Verpflichtung zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung dann vorzusehen, wenn der Preis des erstgereihten Bieters auffallend, nämlich **entweder um 10% vom zweitgereihten Bieter oder um mehr als 15% von demjenigen der anderen Bieter (Mittelwert)**, abweicht. Darüber hinaus soll – noch deutlicher als im Entwurf bisher vorgesehen – geregelt werden, dass die direkten Kosten im Sinne von § 137 Abs 3 Z 1 BVergG 2017 jedenfalls vollständig abgedeckt sein müssen, widrigenfalls das Angebot zwingend auszuschneiden ist (**Pflicht zur Teilkostendeckung**). Ein Unterschreiten dieser Grenze wäre daher in keinem Fall, insbesondere auch nicht in (betriebswirtschaftlich plausiblen) Ausnahmefällen, zulässig (dh insbesondere die Argumente „Markteintritt“, „Referenzerlangung“ oder „Mitarbeiterauslastung“ sollten die Abgabe nicht kostendeckender Angebote nicht rechtfertigen können).

Die **Regelung des § 137 BVergG 2017** (bzw des § 299 BVergG 2017 für Sektorenauftraggeber) **sollte daher wie folgt geändert werden** (der Formulierungsvorschlag knüpft dabei an einen Textvorschlag an, der bereits im so genannten „Österreich-Katalog“ anlässlich der Parlamentarischen Enquete am 11.11.2014 enthalten war):

„Angebote müssen jedenfalls dann verpflichtend einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen werden, wenn

1. *der Preis des billigsten Angebotes den Preis des zweitbilligsten Angebotes um mehr als 10% unterschreitet oder*
2. *der Preis des billigsten Angebotes den durchschnittlichen Gesamtpreis – und zwar so berechnet, dass die Gesamtpreise aller Angebote mit Ausnahme des billigsten und teuersten Angebotes addiert und durch die Anzahl der Angebote mit Ausnahme des billigsten und teuersten Angebotes dividiert werden – um mehr als 15% unterschreitet.*

Im Preis aller wesentlichen in den Ausschreibungsunterlagen aufgedgliederten Leistungsteile (zB Positionen eines Leistungsverzeichnisses oder Leistungsteile einer funktionalen Leistungsbeschreibung) müssen alle jeweils direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten – nicht aber ein Gewinn oder die Deckung von nicht direkt zuordenbaren Kosten, die auch aus anderen Aufträgen gedeckt werden können – enthalten sein (Teilkostendeckung). Begründete Zweifel an dieser Teilkostendeckung werden im Detail geprüft und sind vom Bieter nachzuweisen. Soweit keine begründeten Zweifel vorliegen, ist diese Teilkostendeckung im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung vom Bieter zumindest ausdrücklich zu bestätigen.“

Um öffentlichen Auftraggebern bzw. Sektorenauftraggebern die Prüfung der Angemessenheit der Preise weiter zu erleichtern, könnte für die Nachvollziehbarkeit von einzelnen Positionspreisen, insbesondere für deren „Aufwands- und Verbrauchsansätze“ (siehe § 137 Abs 3 Z 1 BVergG 2017) vorgesehen werden, diese objektive Mindestwerte von unabhängigen Dritten (zB technische Universitäten) ermitteln zu lassen und der Praxis als (unverbindliche) Handreichung zur Verfügung zu stellen.

Um den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit der Heranziehung dieser Aufwands- und Verbrauchsansätze (zB ermittelt durch technische Universitäten) aufzuzeigen und dadurch die vertiefte Angebotsprüfung zu erleichtern, sollten diese in den erläuternden Bemerkungen als Beispiel für geeignete Aufwands- und Verbrauchsansätze gemäß § 137 Abs 3 Z 1 BVergG 2017 angeführt werden.

5. Effiziente Überwachung der Einhaltung des Vergaberechts

Gemäß Art 83 der Richtlinie 2014/24/EU haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Anwendung der Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe von einer oder mehreren Behörden, Stellen oder Strukturen überwacht wird. Die Richtlinie spricht in diesem Zusammenhang von „Überwachungsbehörden oder -strukturen“ und geht damit über den bloßen Rechtsschutz hinaus.

Das BVergG 2017 sieht jedoch keine derartigen weitergreifenden Maßnahmen bzw Überwachungsmöglichkeiten vor (keine richtlinienkonforme Umsetzung in diesem Bereich) und wird aus Sicht der Sozialpartner-Initiative daher als **kritisch beurteilt**.

Eine relativ einfache und kostengünstige Alternative ist die **Einräumung von Parteirechten für Interessenvertretungen** für bestimmte Fälle von anfechtbaren Entscheidungen (um vor Angebotsöffnung ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen beantragen und diese auf Gesetzmäßigkeit prüfen lassen zu können). Dies stünde insbesondere auch im Einklang mit der jüngeren Rechtsprechung, in der sich deutliche Tendenzen im Hinblick auf einen „offeneren“ Zugang zum Vergaberechtsschutz abzeichnen (vgl die Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Salzburg vom 23.9.2016, GZ 405-5/18/-2016, in welcher [erstmal] nicht ein Bieter selbst, sondern eine Interessenvertretung im Interesse ihre Mitglieder einen Nachprüfungsantrag eingebracht hat und damit durchgedrungen ist).

Die Einräumung von Parteirechten für gesetzliche Interessenvertretungen

- ist eine „Struktur“ im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU;
- gewährleistet einen effektiven Vergaberechtsschutz in Fällen von grundlegender Bedeutung;
- baut auf bereits vorhandenen Strukturen auf;
- ist für die öffentliche Hand kostenneutral;
- kann legislativ ohne umfangreiche Änderungen in das bestehende System des Vergaberechtsschutzes eingefügt werden (zB im Bundesbereich durch einen **neuen Abs 3 in § 334 BVergG 2017** mit dem vorgeschlagenen Wortlaut):

„(3) Innerhalb der Fristen des § 343 hat das Bundesverwaltungsgericht Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen sowie Aufforderungen zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz im Hinblick auf die Bestimmungen zur Ausschreibung zu prüfen, sofern Bundesarbeitskammer, Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten, Landwirtschaftskammer, Industriellenvereinigung, Österreichischer Gewerkschaftsbund oder Wirtschaftskammer Österreich dem Bundesverwaltungsgericht vollständige Unterlagen übermitteln. Abs. 2 Z 1 und 2 gelten sinngemäß.“

6. Bestbieterprinzip beim Sektorenauftraggeber

Wie bereits festgehalten, ist die Stärkung des Bestbieterprinzips eines der zentralen Anliegen der Sozialpartner-Initiative (siehe Punkt 2 der gegenständlichen Stellungnahme). Die Neuregelung im Bereich der Sektorenauftraggeber gemäß § 262 Abs 4 BVergG 2017, wonach **nur mehr in 2 Fällen zwingend das Bestbieterprinzip vorgesehen ist**, ist jedoch **eine objektivierete Verschlechterung (!) gegenüber der BVergG-Novelle 2016**, welche insgesamt 9 Tatbestände für das verpflichtende Bestbieterprinzip vorsieht (siehe § 236 Abs 3 BVergG 2016).

Insbesondere kann die **Streichung des verpflichtenden Bestbieterprinzips bei Bauaufträgen mit einem geschätzten Auftragswert von mindestens EUR 1 Mio nicht nachvollzogen werden und wird von der Sozialpartner-Initiative ausdrücklich abgelehnt**. Die Neuregelung in § 262 Abs 5 BVergG 2017, wonach in diesem Fall lediglich „*qualitätsbezogene Aspekte*“ bei der Leistungsbeschreibung, der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungs- oder Zuschlagskriterien oder beim Leistungsvertrag festgelegt werden müssen, stellen eine sachlich nicht begründbare und keinesfalls nachvollziehbare Schwächung des Bestbieterprinzips dar.

Die Sozialpartner-Initiative **fordert daher in diesem Bereich die Wiederherstellung des Qualitätsniveaus der BVergG-Novelle 2016**.

7. Lockerung der Normenbindung

§§ 105 Abs 3 und 110 Abs 2 BVergG 2017 haben die bis dato im öffentlichen Bereich geltende „Normenbindung“, wonach für die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses geeignete Leitlinien (zB ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen) – sofern vorhanden – verpflichtend heranzuziehen sind, dahingehend gelockert, dass der öffentliche Auftraggeber lediglich auf diese Leitlinien „*Bedacht*“ nehmen muss.

Dieser Schritt kann von der **Sozialpartner-Initiative nicht nachvollzogen werden**, da (gerade) die ÖNORMen die **Sicherstellung von hohen Standards bei der Auftragsausführung und die Verbesserung der Rahmenbedingungen von Wirtschaft, Gesellschaft und Umwelt zum Ziel haben** und darüber hinaus – aufgrund der Mitwirkung von Vertretern aller betroffenen Kreise bei der Entstehung von ÖNORMen – auch **die Vermutung eines fairen Interessenausgleiches innehaben**.

Das Abgehen von der in der Praxis bewährten Normenbindung im öffentlichen Bereich ist daher **in keiner Weise nachvollziehbar und insbesondere aus Gründen einer objektivierbaren Qualitätssicherung abzulehnen**.

Die Sozialpartner-Initiative **fordert daher in diesem Bereich zumindest die Wiederherstellung des Qualitätsniveaus des BVergG 2006** sowie eine Ausweitung auf die Sektorenauftraggeber. Darüber hinaus sollte eine gesetzliche Klarstellung erfolgen, dass entgegen der Judikatur ein weitgehendes bzw unbegründetes Abweichen von geeigneten Leitlinien unzulässig ist.

8. Ausschlussgründe vom Vergabeverfahren – Vorliegen rechtskräftiger Verurteilungen von natürlichen Personen

§ 78 Abs 2 Z 1 BVergG 2017 regelt, dass ein Unternehmer auszuscheiden ist, wenn eine rechtskräftige Verurteilung gegen eine Person vorliegt, die *„Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers ist oder die darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat“*.

Vor dem Hintergrund der jüngsten höchstgerichtlichen Judikatur, wonach Prokuristen als in der Geschäftsführung tätige Personen gemäß § 68 Abs 1 Z 1 und 4 BVergG 2006 anzusehen sind (siehe VwGH 12.9.2016, Ra 2015/04/00812), **sollte klargestellt werden, dass Prokuristen von § 78 Abs 2 Z 1 BVergG 2017 nicht umfasst sind**.

Darüber hinaus wäre auch der damit verbundene (administrative) Aufwand des Auftraggebers und des Bieters (Beantragung, Vorlage und Prüfung von aktuellen Strafregisterauszügen für sämtliche vorhandenen Prokuristen) sachlich nicht gerechtfertigt (insbesondere bei großen bzw börsennotierten Unternehmen, würde dies einen administrativen nicht mehr zu bewältigenden Prüf- und Kontrollaufwand für den Auftraggeber zur Folge haben).

Die Sozialpartner-Initiative **regt daher an, die erläuternden Bemerkungen zu § 78 BVergG 2017 um folgenden Absatz zu ergänzen:**

„Da der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 12.9.2016 (Ra 2015/04/0081) festgestellt hat, dass Prokuristen als in der Geschäftsführung tätige Personen im Sinne des § 68 Abs. 1 Z 1 und 4 BVergG 2006 anzusehen sind und seither in der Praxis vielfach Unsicherheit darüber besteht, ob und inwieweit die Voraussetzungen auch im Hinblick auf Prokuristen zu prüfen sind, stellt der § 78 Abs 2 BVergG 2017, der sich auf den Text der Richtlinie bezieht, nunmehr ausdrücklich klar, dass Prokuristen von dieser Regelung nicht umfasst sind.“

Wir danken für die Kenntnisnahme der Anliegen der **Sozialpartner-Initiative „Faire Vergaben“** und ersuchen um deren Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen



Abg. z. NR Josef Muchitsch,
Sprecher der Initiative „Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze“
Bundesvorsitzender der Gewerkschaft Bau-Holz

Beilagen:

Beilage ./1 Forderungskatalog – Initiative Faire Vergaben;
Beilage ./2 Stellungnahme der WKO vom 9.11.2016.

Vorschläge der Initiative „Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze“ zur großen BVergG-Novelle 2016

Die Vorschläge der Initiative „Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze“ sind:

- Berücksichtigung von Ratingzahlen als Eignungskriterium zur Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit
- Verpflichtende Verwendung von mindestens zwei Zuschlagskriterien neben dem Preis beim Bestbieterprinzip
- Meldeverpflichtung in die Baustellendatenbank
- Normierung klarer Vorgaben für die vertiefte Angebotsprüfung
- Effiziente Überwachung der Einhaltung des Vergaberechts

1. **Berücksichtigung von Ratingzahlen als Eignungskriterium zur Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit**

Gemäß Art 58 Abs 3 der Richtlinie 2014/24/EU können öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer über die erforderlichen wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten für die Ausführung des Auftrags verfügen.

Es existieren zahlreiche Organisationen, die Kennzahlen zur wirtschaftlichen Lage von Unternehmen in Form von Ratings anbieten. Diese Ratingzahlen können in Ausschreibungen herangezogen werden, um die wirtschaftliche Lage eines Unternehmens ohne großen Aufwand objektiv zu erfassen (zur grundsätzlichen Zulässigkeit des Einsatzes von Ratings siehe VwGH 17.6.2014, 2013/04/0033). Folglich werden solche Ratingzahlen bereits jetzt von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern in Österreich zur Bewertung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit herangezogen (zB KSV-Rating oder vergleichbare Ratings).

Vor diesem Hintergrund wird angeregt, dass öffentliche Auftraggeber im Hinblick auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit **verpflichtend auch das Rating des Unternehmens** heranziehen sollen. Zweckmäßigerweise sind in den Erläuterungen zum Gesetzestext beispielhaft existierende Ratingsysteme zu nennen und nach Möglichkeit

auch Empfehlungen für sinnvolle Mindestratingwerte aufzunehmen (zB KSV-Rating geringer als 400).

2. **Verpflichtende Verwendung von mindestens zwei Zuschlagskriterien neben dem Preis beim Bestbieterprinzip**

Zur Stärkung des Bestbieterprinzips wird angeregt, dass bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes neben dem Preis verpflichtend **mindestens zwei weitere Zuschlagskriterien** zur Anwendung kommen. Die Regelung des § 2 Z 20 lit d sublit aa BVergG sollte daher folgendermaßen adaptiert werden:

„aa) sind bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes die vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden zumindest drei Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie zB Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, soziale Kriterien, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist, oder“

3. **Meldeverpflichtung in die Baustellendatenbank**

Ab 1.1.2017 können öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber gemäß § 31a (neu) Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz, BGBl I 414/1972 idF BGBl I 72/2016 (in der Folge „**BUAG**“) auf freiwilliger Basis die Daten der zur Ausführung eingesetzten Unternehmen an die Baustellendatenbank melden. Diese Daten sollen die Kontrolle durch die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (in der Folge „**BUAK**“) noch effektiver machen und öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber über die Einhaltung von gesetzlichen Bestimmungen entlang der Auftragnehmer- und der Subunternehmerkette im Rahmen von Baustellenkontrollen der BUAK informieren.

Seit dem Inkrafttreten der letzten Novelle zum BVergG (BGBl I 7/2016) besteht eine Transparenzpflicht für alle Subunternehmer. Alle Unternehmer, welche einen Teil des dem Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführen, müssen vom Bewerber, Bieter bzw Auftragnehmer offengelegt werden. Der Auftraggeber ist dazu verpflichtet, die benannten Unternehmer zu prüfen und besitzt somit bereits aufgrund der zwingenden gesetzlichen Vorgaben des BVergG alle Informationen über die zur Auftragsabwicklung eingesetzten

Unternehmen. Zur Meldung an die Baustellendatenbank wäre somit lediglich die EDV-mäßige Erfassung der Daten in einem Onlineformular erforderlich, was mit einem sehr geringen Zeitaufwand verbunden ist.

Vor diesem Hintergrund wird angeregt, für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber eine **zwingende Meldeverpflichtung über alle beauftragten Unternehmen** an die Baustellendatenbank festzuschreiben, welche bei der BUAK eingerichtet ist.

In § 10 Abs 1 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz, BGBl I Nr 44/2016 idgF, (in der Folge „**LSD-BG**“) ist darüber hinaus eine Haftungsbestimmung für einen Generalunternehmer vorgesehen, der die Erbringung eines Teils der geschuldeten Leistungen bzw Arbeiten an andere Unternehmer überträgt. Die Haftung des Generalunternehmers bezieht sich dabei auf die aus dem Arbeitseinsatz zustehenden Entgeltansprüche der vom jeweiligen Subunternehmer eingesetzten Arbeitnehmer. Nach § 10 Abs 2 LSD-BG haben sämtliche Auftraggeber dem Arbeitnehmer wahrheitsgemäß längstens binnen 14 Tagen ab Zugang des Auskunftsbegehrens Auskunft über die von ihnen beauftragten Unternehmen und über die Weitergabe der Beauftragungen zu erteilen. Im Baubereich hat die BUAK dem Arbeitnehmer sämtliche ihr bekannten Auftraggeber zu nennen. Nach der aktuellen Rechtslage ist es für Arbeitnehmer somit relativ aufwendig, die entsprechenden Auskünfte zu erlangen, um Klarheit über die Sicherung der Entgeltansprüche zu erhalten.

Durch die gesetzliche Verankerung einer Meldepflicht könnte den Arbeitnehmern der Subunternehmer das Einholen der entsprechenden Auskünfte erleichtert werden, da eine zentrale Datenbank vorhanden wäre, aus der von den Arbeitnehmern zumindest für öffentlichen Aufträge alle erforderlichen Informationen direkt abgerufen werden können. Auch aus diesem Grund sollte eine Meldepflicht an die Baustellendatenbank für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber im BVergG verpflichtend festgelegt werden.

4. Normierung klarer Vorgaben für die vertiefte Angebotsprüfung

Die vergaberechtlichen Bestimmungen enthalten ein Verbot von Lohndumping (über die Bestimmungen betreffend die zwingende Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Mindeststandards) und ein Verbot von Preisdumping (über die in § 19 Abs 1 BVergG iVm § 125 Abs 4 BVergG festgelegte Pflicht zu „*angemessenen*“ bzw „*betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbaren*“ Preisen). Auf gesetzlicher Ebene

besteht daher insofern Klarheit im Umgang mit Angeboten, die gegen das Verbot von Lohn- und/oder Preisdumping verstoßen: Sie sind nach Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung im kontradiktorischen Verfahren (dh der Bieter muss Gelegenheit zur Stellungnahme auf konkrete Vorhalte haben) zwingend auszuschneiden. Unklarheit besteht in der Praxis allerdings häufig darin, mit welchen Rechtfertigungen eines Bieters seine kalkulatorischen Ansätze so aufgeklärt werden können, dass die „Preisangemessenheit“ bzw die „betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit“ gegeben sind. Diese Unsicherheit bei der vertieften Angebotsprüfung geht einerseits darauf zurück, dass die derzeitige Formulierung des § 125 BVergG aus dem Jahr 1993 stammt (und somit nicht mehr alle aktuellen Problemstellungen abdecken kann, welche derzeit im Bereich Lohn- und Sozialdumping vorhanden sind) und andererseits auf den Umstand, dass die Rechtsprechung bei der Prüfung der Preisangemessenheit zum Teil eine sehr weitreichende Rechtfertigungsmöglichkeit für die Bieter zugelassen hat (so zB VwGH 25.1.2011, 2008/04/0082, wonach eine Unterdeckung umgelegter Lohnnebenkosten nicht grundsätzlich als unzulässig qualifiziert wird).

Vor diesem Hintergrund wird angeregt, die Verpflichtung zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung dann vorzusehen, wenn der Preis des erstgereihten Bieters auffallend, nämlich **entweder um 10% vom zweitgereihten Bieter oder um mehr als 15% von demjenigen der anderen Bieter (Mittelwert)**, abweicht. Darüber hinaus soll geregelt werden, dass die direkten Kosten im Sinne von § 125 Abs 4 Z 1 BVergG jedenfalls vollständig abgedeckt sein müssen, widrigenfalls das Angebot zwingend auszuschneiden ist (**Pflicht zur Teilkostendeckung**). Ein Unterschreiten dieser Grenze wäre daher in keinem Fall, insbesondere auch nicht in (betriebswirtschaftlich plausiblen) Ausnahmefällen, zulässig (dh insbesondere die Argumente „Markteintritt“, „Referenzerlangung“ oder „Mitarbeiterauslastung“ sollten die Abgabe nicht kostendeckender Angebote nicht rechtfertigen können).

Die nachfolgende Formulierung für eine Änderung des § 125 BVergG (bzw des § 268 BVergG für Sektorauftraggeber) knüpft dabei an einen Textvorschlag an, der bereits im so genannten „Österreich-Katalog“ anlässlich der Parlamentarischen Enquete am 11.11.2014 enthalten war:

„Angebote müssen jedenfalls dann verpflichtend einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen werden, wenn

- 1. der Preis des billigsten Angebotes den Preis des zweitbilligsten Angebotes um mehr als 10% unterschreitet oder*
- 2. der Preis des billigsten Angebotes den durchschnittlichen Gesamtpreis – und zwar so berechnet, dass die Gesamtpreise aller Angebote mit Ausnahme des billigsten und teuersten Angebotes addiert und durch die Anzahl der Angebote mit Ausnahme des billigsten und teuersten Angebotes dividiert werden – um mehr als 15% unterschreitet.*

Im Preis aller wesentlichen in den Ausschreibungsunterlagen aufgliederten Leistungsteile (zB Positionen eines Leistungsverzeichnisses oder Leistungsteile einer funktionalen Leistungsbeschreibung) müssen alle jeweils direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten – nicht aber ein Gewinn oder die Deckung von nicht direkt zuordenbaren Kosten, die auch aus anderen Aufträgen gedeckt werden können – enthalten sein (Teilkostendeckung). Begründete Zweifel an dieser Teilkostendeckung werden im Detail geprüft und sind vom Bieter nachzuweisen. Soweit keine begründeten Zweifel vorliegen, ist diese Teilkostendeckung im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung vom Bieter zumindest ausdrücklich zu bestätigen.“

Um öffentlichen Auftraggebern bzw. Sektorenauftraggebern die Prüfung der Angemessenheit der Preise weiter zu erleichtern, könnte für die Nachvollziehbarkeit von einzelnen Positionspreisen, insbesondere für deren „Aufwands- und Verbrauchsansätze“ (siehe § 125 Abs 4 Z 1 BVergG) vorgesehen werden, für diese objektive Mindestwerte von unabhängigen Dritten (zB Technischen Universitäten) ermitteln zu lassen und der Praxis als (unverbindliche) Handreichung zur Verfügung zu stellen.

So ist zB derzeit vom Güteschutzverband für Bewehrungsstahl geplant, die Technische Universität Graz mit der Ermittlung der Aufwandswerte für Verlegearbeiten von Betonstahl, aber nur für den Anteil „Lohn“ (und nicht auch für „Sonstiges“) zu beauftragen und die Ergebnisse dieser Untersuchung der interessierten Öffentlichkeit durch Bekanntmachung auf der TU-Homepage zur Verfügung zu stellen. Sofern sich die Verwendung derartiger Ansätze im öffentlichen Bereich als zielführend erweist, können diese Aufwands- und Verbrauchsansätze in der Folge gemäß § 125 Abs 4 Z 1 BVergG bzw § 268 BVergG zur Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit eingesetzt werden.

Um den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit der Heranziehung dieser Aufwands- und Verbrauchsansätze (zB ermittelt durch technische Universitäten) aufzuzeigen und dadurch die vertiefte Angebotsprüfung zu erleichtern, sollten diese in den Erläuternden Bemerkungen als Beispiel für geeignete Aufwands- und Verbrauchsansätze gemäß § 125 Abs 4 Z 1 BVergG angeführt werden.

5. Effiziente Überwachung der Einhaltung des Vergaberechts

Gemäß Art 83 der Richtlinie 2014/24/EU haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Anwendung der Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe von einer oder mehreren Behörden, Stellen oder Strukturen überwacht wird. Die Richtlinie spricht von „Überwachungsbehörden oder -strukturen“ und geht damit über den bloßen Rechtsschutz hinaus.

Eine relativ einfache und kostengünstige Alternative um die Richtlinie in diesem Punkt umzusetzen, ist die **Einräumung von Parteirechten für gesetzliche Interessenvertretungen** für bestimmte Fälle von anfechtbaren Entscheidungen (um vor Angebotsöffnung ein Nachprüfungsverfahren hinsichtlich der Ausschreibungsunterlagen beantragen und diese auf Gesetzmäßigkeit prüfen lassen zu können).

Die Einräumung von Parteirechten für gesetzliche Interessenvertretungen

- ist eine „Struktur“ im Sinne der Richtlinie;
- gewährleistet einen effektiven Vergaberechtsschutz in Fällen von grundlegender Bedeutung;
- baut auf bereits vorhandenen Strukturen auf;
- ist für die öffentliche Hand kostenneutral;
- kann legislativ ohne umfangreiche Änderungen in das bestehende System des Vergaberechtsschutzes eingefügt werden (zB im Bundesbereich durch einen neuen Abs 3 in § 312 BVergG mit dem vorgeschlagenen Wortlaut):

„(3) Innerhalb der Fristen des § 321 hat das Bundesverwaltungsgericht Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen sowie Aufforderungen zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bun-

desgesetz im Hinblick auf die Bestimmungen zur Ausschreibung zu prüfen, sofern Bundesarbeitskammer, Bundeskammer der Architekten und Ingenieurkonsulenten, Landwirtschaftskammer, Industriellenvereinigung oder Wirtschaftskammer Österreich dem Bundesverwaltungsgericht vollständige Unterlagen übermitteln. Abs. 2 Z 1 und 2 gelten sinngemäß.“



Initiative Faire Vergabe
 Heid Schiefer Rechtsanwälte OG
 z.H. Herrn Dr. Stephan Heid
 Landstraße Hauptstraße 88/2-4
 1030 Wien

Wiedner Hauptstraße 63 | Postfach 195
 1045 Wien
 T +43 (0)5 90 900-4282 | F +43 (0)5 90 900-243
 E rp@wko.at
 W [http:// wko.at/rp](http://wko.at/rp)

Vorab per E-Mail: office@heid-schiefer.at

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom
 20/55/BJ/GBH-1/14/161017-eF
 17.10.2016

Unser Zeichen, Sachbearbeiter
 Rp 1416/16/MI/CG
 Dr. Annemarie Mille

Durchwahl
 4291

Datum
 9.11.2016

Initiative „Faire Vergabe“ - Endversion Forderungskatalog zur großen BVergG-Novelle 2016 Stellungnahme WKÖ

Sehr geehrter Herr Dr. Heid!

Vielen Dank für die Übermittlung der adaptierten Vorschläge der Initiative Faire Vergabe. Die einzelnen von Ihnen vorgeschlagenen Punkte sind für uns so wichtig, dass wir mit Ihrem neuen Vorschlag ein österreichweites Begutachtungsverfahren in allen Landeskammern und Bundessparten gemäß Wirtschaftskammergesetz durchgeführt haben.

Auf Grundlage dieser Begutachtung darf ich Ihnen mitteilen, dass wir Ratingzahlen als Eignungskriterium zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit grundsätzlich befürworten.

Die Anwendung von insgesamt drei Zuschlagskriterien im Rahmen einer Bestbietervergabe wird insofern befürwortet, als die Anwendung solcher Kriterien inhaltlich sinnvoll ist. Dies wird insbesondere bei standardisierten Produkten wie z.B. genormten Bauprodukten nicht immer zu gewährleisten sein.

Die Meldeverpflichtung der Auftraggeber an die Baustellendatenbank (beauftragte Unternehmen und Subunternehmen) ist für den Sektor Bau einvernehmlich wichtig. Die Frage nach der Sinnhaftigkeit der Meldung von Nicht-BUAK-Unternehmen stellt sich aber, weil die diesbezügliche Prüfkompetenz der BUAK nicht kommen wird. Immerhin ist dann aber der BUAK bekannt, ob sie es auf der Baustelle mit dem richtigen Subunternehmern zu tun hat.

Zur vertieften Angebotsprüfung halten wir fest, dass die vergebenden Stellen die formulierten Kriterien vermutlich kritisieren werden. Aus unserer Sicht ist dieser Vorschlag aber eine gute Verhandlungsposition. Begrüßt wird jedenfalls der Entfall der Nennung besonders betroffener Branchen. Dennoch müssen auch in zukünftigen Vergabeverfahren Innovation und Wettbewerb gefördert werden, weswegen die Position zu Referenzanlagen und Markteintrittspreisen zu hinterfragen ist.

Die Parteienstellung der gesetzlichen Interessensvertretungen zur Verbesserung der Überwachungseffizienz wird von uns befürwortet.

Wir danken Ihnen für Ihr Engagement und werden die einvernehmlichen Punkte auch entsprechend in unserer WKO Stellungnahme zum demnächst in Begutachtung gehenden, neuen Bundesvergabegesetz aufnehmen.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Christoph Leitl
Präsident



Mag. Anna Maria Hochhauser
Generalsekretärin