

An das
Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wien

Per email: v8a@bka.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 3. April 2017
M. Ritschl

IV 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 (Vergaberechtsreformgesetz 2017)

GZ: BKA-600.883/0003-V/8/2017

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Industriellenvereinigung (IV) bedankt sich für die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme zum vorliegenden Entwurf des Vergabereformgesetzes 2017 und führt wie folgt aus:

I. Allgemeine Anmerkungen

Da die Grundregel einer jeder Umsetzung von EU-Recht in nationale Normen die Vermeidung von überschießenden Regelungen in Form von „*Gold Plating*“ sein muss, begrüßt die Industriellenvereinigung (IV) eingangs die Bemühungen, sich bei der Umsetzung der Vergaberichtlinien 2014 an deren Vorgaben zu halten.

Auch die Einführung des neuen Vergabeverfahrens "Innovationspartnerschaft", die für die Entwicklung und den anschließenden Kauf eines noch nicht auf dem Markt erwerblichen „innovativen“ Produktes oder einer Dienst- bzw. Bauleistung nur noch ein Vergabeverfahren vorsieht, wird positiv gesehen. Dem öffentlichen Auftraggeber wird dadurch ein innovationsförderndes Beschaffungsinstrument zur Verfügung gestellt.



Davon unabhängig, weist der vorliegende Entwurf noch eine Reihe von Punkten auf, die zum Ziele der Rechtssicherheit, Effizienz und einfachen Handhabbarkeit nachgebessert werden sollten. Besonders kritisch werden aus Sicht der IV folgende Punkte gesehen:

- § 363: fehlende Zustimmungsfiktion bei Wechsel des Subunternehmers (Pkt R.)
- Keine weiteren Haftungsbestimmungen (Pkt V.)
- § 78: Klarheit bei Ausnahme der Prokuristen (Pkt F.)

Im Folgenden wird auf die einzelnen Bestimmungen der Vergabennovelle im Detail eingegangen.

II. Anmerkungen im Detail

A. Zu § 15 Abs 1 Z 3 bzw. § 188 Abs 1 Z 3 (Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Lieferaufträgen)

Im Zuge der Neukodifizierung des BVergG wäre zu empfehlen, die Textierung der Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei befristeten Lieferaufträgen mit jenen von befristeten Dienstleistungsaufträgen (§ 16) gleichzusetzen. Es sollte daher geregelt werden, dass auch bei befristeten Lieferaufträgen mit einer über vier Jahre hinausgehenden Vertragsdauer eine Deckelung mit dem 48fachen Monatswert zulässig ist.

§ 15 Abs 1 Z 3 sowie § 188 Abs 1 Z 3 sollte daher lauten: „3. bei unbefristeten Aufträgen oder Aufträgen mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten oder bei unklarer Vertragsdauer das 48fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgeltes.“

B. Zu § 43 (Schwellen für nicht offene Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung)

Im Unterschwellenbereich können bisher Aufträge im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden (§ 37 BVergG), sofern der geschätzte Auftragswert bei Bauaufträgen 1 Mio € bzw. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 100.000 € nicht übersteigt.

Eine so massive Senkung dieser Schwellenwerte (Bauaufträge 300.000 €, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen 80.000 €), wie sie der Begutachtungsentwurf in § 43 vorsieht, erscheint überzogen und nicht notwendig und ist durch die Richtlinie nicht vorgegeben. **Es wird daher vorgeschlagen, die alten Schwellenwerte des geltenden § 37 BVergG beizubehalten.**



C. Zu § 48 Abs 12 bzw. § 217 Abs 12 (Elektronische Kommunikation)

Die derzeitige Auslegung bei Bereitstellung von Ausschreibungsunterlagen in elektronischer Form durch einen Auftraggeber auf einer elektronischen Plattform ist, dass diese Unterlagen vom Auftraggeber nicht signiert werden müssen.

Dazu die Erläuterungen zur BVergG-Novelle 2012: *„Nicht als „Übermittlung“ im Sinne des Gesetzes gilt die Zurverfügungstellung von Dokumenten im Internet (zB Ausschreibungsunterlagen, die auf der Homepage des Auftraggebers zum Abruf bereitgestellt sind). Eine derartige Bereithaltung bedarf daher keiner elektronischen Signatur.“*

Die Formulierung in den §§ 48 Abs 12 bzw. 217 Abs. 12 des gegenständlichen Entwurfes schafft hier Unsicherheit, weil diese so ausgelegt werden kann, dass (auch) Ausschreibungsunterlagen bei Bereitstellung auf einer Plattform mit einer qualifizierten elektronischen Signatur/Amtssignatur zu versehen sind. **Es sollte daher klar geregelt werden, dass hier die Zurverfügungstellung von Ausschreibungsunterlagen keiner elektronischen Signatur bedarf.**

D. Zu § 66 bzw. § 232 (Bekanntgaben in Österreich)

Auftraggeber haben nach dem Vorschlag des § 66 jeden vergebenen Auftrag, jede abgeschlossene Rahmenvereinbarung und das Ergebnis jedes Ideenwettbewerbs in Österreich zukünftig auf <https://www.data.gv.at> bekannt zu gegeben, sobald der Auftragswert oder Wertumfang oder Summe der Preisgelder mindestens 50.000 € beträgt. Hier ist allerdings dringend zu hinterfragen, welchen Mehrwert dieser zusätzliche Aufwand hat, der dadurch auf die Auftraggeber zukommt. Für mehr Transparenz im Unterschwellenbereich wären auch höhere Schwellen ausreichend.

Da schon bereits einige neue Regelungen der Novelle (zB verstärktes Bestbieterprinzip, elektronische Vergabe) eine deutlich erhöhte Belastung für die Auftraggeber bedeuten, ist diese Regelung im Verhältnis zu ihrem (zu hinterfragenden) Mehrwert wohl überzogen.

Die Verpflichtung zur Bekanntgabe sollte sich daher zumindest nach dem Schwellenwert für Direktvergaben – 100.000 € – richten.

E. Zu § 78 Abs 1 Z 9 bzw. § 249 Abs 2 Z 8 (Ausschlussgründe – Mängel bei früheren Aufträgen)

Gerade die Voraussetzungen für den Ausschluss aus dem Vergabeverfahren müssen – aufgrund der drastischen Konsequenz – besonders klar geregelt sein.

Der Vorschlag zu § 78 Abs 1 Z 9 (bzw. § 249 Abs 2 Z 8) erlaubt es nun auch einen Unternehmer auszuschließen, der *„im Rahmen eines früheren Auftrages oder eines früheren Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die*

vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“.

Weder der Gesetzesentwurf noch die Erläuterungen geben genügend Aufschluss darüber, was unter „*erheblichen oder dauerhaften Mängeln*“ zu verstehen ist. **Eine diesbezügliche Klarstellung in den Erläuterungen ist daher geboten.**

F. Zu § 78 Abs 2 bzw. § 249 Abs 1 (Ausschlussgründe – Strafregisterauszüge der Prokuristen)

Der Entwurf hält sich hier gänzlich an die Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU und sieht vor, dass Unternehmen, die keine natürliche Person sind, von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen sind, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 Z 1 in Bezug auf eine Person erfüllt ist, die Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers ist oder die darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat.

Der bisherige Ausdruck des § 68 BVergG „in deren Geschäftsführung tätige physische Personen“ hat seit der BVwG-Entscheidung vom 11.8.2015 bisweilen für einige Verwirrung/ Unsicherheit gesorgt, da dies neben dem Geschäftsführungsorgan theoretisch auch Prokuristen umschließen könnte (wenn dies der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festlegt; siehe dazu auch W123 2110737-2/28E). Wann nun Strafregisterauszüge auch von den Prokuristen vom Auftraggeber gefordert werden dürfen bzw. müssen, war seitdem unklar. Nicht nur die Rechtsunsicherheit, sondern auch der massiv erhöhte Aufwand – große Unternehmen haben oft Dutzende bis hunderte Prokuristen – sowohl für Bieter als auch Auftraggeber (die die Auszüge kontrollieren müssen) hat daher für Irritation in der Wirtschaft gesorgt. Handelt es sich hierbei doch um eine Lose-Lose-Situation.

Die Richtlinie 2014/24/EU und auch der Begutachtungsentwurf löst oben genanntes Problem jedoch durch die Wortfolge „...*Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Wirtschaftsteilnehmers ist oder darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat.*“ „Darin“ bezieht sich hier klar auf das Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium, worin der Prokurist eben genau nicht Vertretungsbefugnis besitzt – diese hat er nur nach außen.

Interessant ist auch der Vergleich mit der bisherigen Richtlinie 2004/18/EG, Art 45 Abs 1: „...*die jeweiligen Unternehmensleiter oder jede andere Person, die befugt ist, den Bewerber oder Bieter zu vertreten, in seinem Namen Entscheidungen zu treffen oder ihn zu kontrollieren.*“. Hier sind durchaus Prokuristen darunter zu subsumieren. Die umzusetzende Richtlinie 2014/24/EU geht allerdings bewusst und deutlich von der bisherigen Formulierung ab, was entsprechend zu berücksichtigen ist.

Um diese unsichere Situation sowohl für Auftraggeber wie auch Bieter zu beseitigen, ist daher **eine entsprechende Klarstellung, dass Prokuristen nicht von § 78 Abs 2 umfasst sind, in die Erläuterungen aufzunehmen.**



G. Zu § 80 Abs 2 (Eigenerklärung)

In § 80 Abs 2 wird eine Bestimmung angeregt, die es dem Auftraggeber ermöglicht, wie im Unterschwellenbereich neben der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (EEE) auch andere geeignete Erklärungen zu akzeptieren. Es ist klar, dass die EEE zu akzeptieren ist - die Richtlinie untersagt jedoch nicht, dass Auftraggeber neben der EEE auch andere Nachweise zulassen können.

§ 80 Abs 2 möge ergänzt werden durch: *Im Oberschwellenbereich kann die Eignung durch die EEE oder eine andere geeignete Erklärung, wie sie auch im Unterschwellenbereich zulässig ist, nachgewiesen werden.*

H. Zu § 80 Abs 5 und 6 bzw. § 251 Abs 5 und 6 (Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber)

Die Datensammlung des Auftragnehmerkatasters Österreich (ANKÖ) war nach bisherigem Verständnis das im BVergG verankerte „einschlägige, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten“, das für die Prüfung der Eignung von Unternehmern herangezogen werden konnte. Die Verwendung der „Liste geeigneter Unternehmer“ des ANKÖ ist effizient und weit verbreitet.

Um mit dieser gängigen Praxis nicht zu brechen, wird in §§ 80 und 251 Abs 5 folgende Ergänzung vorgeschlagen: (5) *„Der Unternehmer muss jene Nachweise nicht vorlegen, die der öffentliche Auftraggeber direkt über eine für den öffentlichen Auftraggeber gebührenfreie Datenbank oder über das Verzeichnis eines Dritten (zB die „Liste geeigneter Unternehmer“ des Auftragnehmerkataster Österreich), erhalten kann. Enthält ein auf diese Weise verfügbarer Nachweis personenbezogene Daten, muss der Unternehmer der Verwendung seiner Daten zugestimmt haben.“*

Einige Bestimmungen des vorliegenden Entwurfes sind aus dem Blickwinkel des Datenschutzes höchst kritisch zu sehen, so auch der vorgeschlagene § 80 Abs 6 bzw. § 251 Abs 6. Mit 25.5.2018 tritt die EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in Kraft mit der ein einheitliches Datenschutzrecht in der EU umgesetzt werden soll. Die DSGVO bringt umfangreiche Dokumentations-, Auskunfts- und Löschpflichten im Zusammenhang mit der Verarbeitung von (personenbezogenen) Daten mit sich.

So werden die Verantwortlichen iSd DSGVO (= Auftraggeber iSd BVergG) verpflichtet sein, von jeder Person, deren Daten verarbeitet werden, eine jederzeit widerrufbare Zustimmungserklärung einzuholen. Nach der Jud und hL ist in einer solchen Zustimmungserklärung auch der konkrete Zweck der Datenverarbeitung anzugeben.

Im Falle der Einrichtung einer Datenbank iSd vorgeschlagenen § 81 Abs 6 bzw. § 251 Abs 6 wäre eine pauschale Angabe „für die Verwendung in Vergabeverfahren“ wohl unzureichend. Es wären in der Zustimmungserklärung die einzelnen Vergabeverfahren anzuführen, für die

die Zustimmungserklärung gelten soll. Dies ist praktisch unmöglich, da der Auftraggeber ja nicht im Vorhinein wissen kann, an welchen Verfahren der Bieter in Zukunft teilnehmen möchte und eine Auflistung der zukünftigen Ausschreibungen auch nur eingeschränkt möglich ist.

Mit dem Inkrafttreten der DSGVO treffen den Auftraggeber auch weitgehende Auskunftsrechte und Löschverpflichtungen. Auf Antrag muss Auskunft darüber erteilt werden, welche Daten zu welchen Zwecken wie lange gespeichert werden und Kopien der gespeicherten Daten sind auf Antrag auszufolgen bzw. auf Antrag zu löschen. Ein Verstoß gegen die DSGVO wird mit Geldbußen bis zu 20 Mio € oder mit 4% des weltweiten Umsatzes bestraft.

Der Verwaltungsaufwand der allein durch Weiterverwendung von Nachweisen in anderen Verfahren lt. dem vorgeschlagenen § 80 Abs 6 entsteht, wäre enorm und mit sehr hohen Kosten für die Auftraggeber verbunden. **Die Möglichkeit der Einrichtung und Ausgestaltung einer Datenbank gem § 80 Abs 6 bzw. § 251 Abs 6 muss daher noch in Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der DSGVO geprüft werden.**

I. Zu § 89 Abs 1 bzw. § 260 Abs 1 (Zur-Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen)

Es ist unklar, ob sich diese Bestimmung nur auf einstufige Vergabeverfahren bezieht oder auch für zweistufige gelten soll. Wenn ja, sind bei zweistufigen Vergabeverfahren die *Teilnahmeunterlagen* als die angeführten *Ausschreibungsunterlagen* zu verstehen?

Es wird klargestellt, dass eine **allfällige Vorgabe, in zweistufigen Vergabeverfahren bereits mit der Bekanntmachung die Ausschreibungsunterlagen offenzulegen, abgelehnt wird.** Zumeist sind in den Ausschreibungsunterlagen vertrauliche Pläne, Skizzen, Vertragsmuster und Detailunterlagen enthalten, welche jedenfalls nicht für die breite Öffentlichkeit bestimmt sind. Oft ist es auch aus sicherheitstechnischen Gründen (zB kritische Infrastruktur) nicht möglich, vertrauliche Pläne für alle potenziell interessierten Bieter zur Verfügung zu stellen. Auch vertrauliche Detailinformationen, Daten und Geschäftsgeheimnisse sind vielfach Bestandteile von Ausschreibungsunterlagen, welche jedenfalls erst nach Abschluss von Vertraulichkeitsvereinbarungen mit Bietern herausgegeben werden können. Solche Informationen können keinesfalls einem breiten Bieterkreis ohne vorherige Prüfung der Eignung übermittelt werden. Auch im Zusammenhang mit dem „neuen“ Vergabeverfahren der „Innovationspartnerschaft“ ist diese Bestimmung äußerst kritisch zu betrachten, da hier bereits ab Beginn des Verfahrens „intellectual property rights“ von Relevanz sein können.

Die Veröffentlichung von detaillierten Ausschreibungsunterlagen zum Zeitpunkt der Bekanntmachung würde weiters zu einer erheblichen Verzögerung von Beschaffungsvorgängen führen, da in der Praxis oft wesentliche Bestandteile der detaillierten Ausschreibungsunterlagen erst nach dem Zeitpunkt der Bekanntmachung erarbeitet werden. Eine aussagekräftige Umschreibung des Ausschreibungsgegenstands in den



Teilnahmeunterlagen mit Bekanntgabe allfälliger Muss-Anforderungen ist – wie bisher – völlig ausreichend. Den Richtlinien lässt sich keine Grundlage für eine weitergehende Offenlegung entnehmen.

J. Zu § 91 Abs 7 (Inhalt der Ausschreibungsunterlagen)

Ist die Festlegung der Zuschlagskriterien im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung aus objektiven Gründen nicht möglich, so schlägt der Entwurf in § 91 Abs 7 vor, dass der öffentliche Auftraggeber alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung angeben kann.

Eine solche Regelung würde jedoch bewirken, dass es in der Willkür des Auftraggebers liegt, Zuschlagskriterien zu bewerten bzw. zu gewichten. § 104 enthält klare Regelungen über die Beschreibung der Leistungen. Werden Leistungen entsprechend der dort genannten Vorgaben beschrieben, so ist es auch möglich, eine für alle Angebote gleiche Gewichtung von Zuschlagskriterien zu treffen.

Es wird daher angeregt, die Bestimmung **dahingehend zu adaptieren, dass diese** Regelung wohl zu Beginn des Vergabeverfahrens, insbesondere bei Verhandlungsverfahren zulässig sei, **für das last and final offer jedoch transparente und objektiv nachvollziehbare Bewertungskriterien für Zuschlagskriterien festzulegen sind.**

§ 91 Abs 7 möge daher ergänzt werden durch die Regelung der Richtlinie 2014 /24 (Art 67 Abs 4): *Die Zuschlagskriterien dürfen nicht zur Folge haben, dass dem öffentlichen Auftraggeber uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen wird. Sie müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten. Sollte der Auftraggeber der Meinung sein, die Gewichtung sei aus objektiven Gründen nicht möglich, so hat er diese Gründe im Ausschreibungstext konkret zu beschreiben.*

K. Zu § 96 (Alternativangebote)

§ 96 des gegenständlichen Entwurfs besagt, dass der öffentliche Auftraggeber Alternativangebote *zulassen oder vorschreiben* kann.

Ein Alternativangebot ist allerdings nach dem bisherigen Verständnis und auch nach den neuen Begriffsbestimmungen in § 2 Z 2 ein „Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters“ - und kann somit nicht vom AG vorgeschrieben werden. Vorgeschrieben werden kann im Gegensatz dazu ein Variantenangebot (§ 2 Z 39), da dieses ein „Angebot aufgrund einer Ausschreibungsvariante eines AG“ ist.

Der öffentliche Auftraggeber kann also **Alternativangebote „zulassen“ oder Variantenangebote „vorschreiben“**. § 96 muss daher entweder entsprechend korrigiert werden oder es wird ein eigener Paragraph für das Variantenangebot eingeführt.

L. Zu § 98 Abs 4 Z 2 (Beschränkung von Subunternehmerleistungen)

Subvergaben sind bei größeren Auftragsvolumen durchaus üblich und sinnvoll – in gewissen Branchen sogar notwendig. Da diesbezügliche Beschränkungen den Grundsätzen der arbeitsteiligen Wirtschaftswelt und der notwendigen Arbeitsmarktflexibilität widersprechen, dürfen diese generell nur in (klar definierten) Ausnahmefällen vorgesehen werden.

Der Begutachtungsentwurf sieht in § 98 Abs 4 Z 2 vor, dass der Rückgriff auf Subunternehmerleistungen beschränkt werden kann, sofern *„dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist“*. In welchen Fällen eine Beschränkung jedoch sachlich gerechtfertigt und angemessen ist, wird auch in den Erläuterungen nicht klargestellt. Die dortige Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung zu Pippo Pizzo (EuGH Rs C-27/15, Rz 28), die wenig aufschlussreich von Arbeiten, deren *„Besonderheiten“* eine Einschränkung auf nur einen Wirtschaftsteilnehmer rechtfertigen, spricht, vermag hier nicht weiterzuhelfen.

Darüber hinaus stellt der Gerichtshof klar, dass *„dieser Fall eine Ausnahme darstellt und das innerstaatliche Recht die fraglichen Erfordernisse nicht als allgemeine Regeln aufstellen kann.“* Umso mehr müssen diese Ausnahmen daher klar definiert werden.

Da keine Fälle vorstellbar sind, die nicht bereits durch § 98 Abs 4 Z 1 (kritische Aufgaben) abgedeckt werden, **ist Z 2 daher zu streichen.**

M. Zu § 141 Abs 1 Z 11 (Ausscheiden von Angeboten)

Der Auftraggeber hat Angebote von Bietern auszuschneiden, die, *„nachweislich Interessen haben, die die Ausführung des Auftrages beeinträchtigen können“*. Die Erläuterungen dazu fallen eher dürftig aus, wodurch unklar bleibt, welche Fälle hier gemeint sind.

Eine Klarstellung, welche Interessen die Ausführung des Auftrages in dem Maße beeinträchtigen könnten, dass sie zu einem Ausscheiden des Angebotes führen sollten, muss daher in die Erläuterungen aufgenommen werden.

N. Zu § 189 Abs 4 (Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Dienstleistungsaufträgen)

Diese Nachfolgeregelung des § 184 Abs 4 BVergG 2006 beruht nicht unmittelbar auf einem Richtlinien-text. Die vorgenommenen Änderungen sind daher aufgrund der Sektoren-Richtlinie 2014 nicht erforderlich. Umso mehr überrascht es, dass mit dem Weglassen der Eigenschaft „gleichartig“ bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Dienstleistungsaufträgen eine erhebliche Änderung des Regelungsinhaltes und ein Abgehen von der sonstigen Systematik der Auftragswertberechnung vorgenommen wird und sich die Erläuternden Bemerkungen hierzu gänzlich verschweigen.



§ 184 Abs 4 BVergG 2006 lautet wie folgt: *„Besteht eine Dienstleistung aus der Erbringung gleichartiger Leistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.“*

Eine Novelle einer Norm begründet im Zuge einer teleologischen Interpretation regelmäßig die (natürlich widerlegbare) Vermutung, dass der Gesetzgeber durch dieselbe eine Veränderung des Regelungsinhaltes herbeiführen wollte. Es ist daher anzunehmen, dass die Vergabekontrolle künftig von einem *umfassenden Dienstleistungsbegriff* im Zusammenhang mit der Zusammenrechnung ausgehen wird und praxisfremde Sichtweisen (noch mehr) um sich greifen. Der Wegfall der Eigenschaft „gleichartig“ könnte etwa zur Folge haben, dass bei einem Bauvorhaben – entsprechend der jüngeren Rechtsprechung – nicht nur die gleichartigen Planungsleistungen sondern auch Dienstleistungen anderer Branchen (z.B. Finanzierung, Rechtsberatung, Projektsteuerung) mitberücksichtigt werden müssten. Eine derartige Sichtweise lässt sich jedoch weder aus der einschlägigen Rechtsprechung noch aus dem bisherigen Schrifttum ableiten.

Es wird daher angeregt, § 189 Abs 4 korrespondierend zu Lieferaufträgen wie folgt zu formulieren: *„Besteht eine Dienstleistung aus der Beschaffung gleichartiger Dienstleistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusehen“.* Bei der vorgeschlagenen Formulierung obliegt es – wie bisher – der Vergabekontrolle im Einzelfall und in Ansehung der Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs, zu befinden, welche Dienstleistungen gleichartig sind. Klarstellend wird angemerkt, dass die vorgeschlagene Anpassung auch im „klassischen“ Bereich in § 16 Abs 4 vorgenommen werden sollte.

O. Zu § 200 Abs 3 (Vertraulichkeit von Unterlagen betreffend ein Vergabeverfahren, Verwertungsrechte)

Der in Geltung stehende § 191 Abs 6 BVergG ermöglicht es, die Übermittlung von Unterlagen von Auflagen abhängig zu machen. Die sprachliche Neufassung des § 200 Abs 3 des Begutachtungsentwurfes scheint die Reihenfolge umzudrehen: Auflagen sind nur noch möglich, wenn die Unterlagen bereits übermittelt wurden.

Da der Richtlinienentwurf (Art 39 Abs 2) dies nicht so festlegt, sollte § 200 Abs 3 folgendermaßen angepasst werden: *„Der Sektorenauftraggeber kann den Teilnehmern eines Vergabeverfahrens Anforderungen vorschreiben, die auf den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen abzielen, welche Sektorenauftraggeber den Teilnehmern im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stellen, übermitteln bzw. bereitstellen. Dies gilt auch für Bewerber und erfolgreiche Unternehmer im Prüfungssystem“.*

P. Zu § 281 (Ablauf des Verhandlungsverfahrens)

Kritisch angemerkt wird, dass die Regelungen aus dem klassischen Bereich de facto ident in den Sektorenbereich übernommen wurden, obwohl sich die EU-Richtlinien sowohl in den Erwägungsgründen (Erwägungsgrund 45 RL klassisch hat kein Pendant in der Sektorenrichtlinie) als auch in den Art 29 für klassisch öffentliche Auftraggeber bzw. 47 für Sektoren-Auftraggeber über den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens (bewusst) voneinander wesentlich unterscheiden.

Es wird daher vorgeschlagen, diese Bestimmung auf die wesentlichen Inhalte zu kürzen. Beibehalten könnten etwa Abs 6 (Shortlisting), 8 (Bekanntgabe des beabsichtigten Verhandlungsendes), 9 (Verhandlungsmöglichkeit mit nur einem Bieter) und 10 (Vertraulichkeit) werden.

Q. Zu § 360 Abs 6 (Statistische Verpflichtungen)

Die statistische Verpflichtung des § 360 geht darüber hinaus was die EU-Richtlinien verlangen würden und stellt einen hohen Verwaltungsaufwand dar. Gemäß Art 83 Abs 3 und Art 85 Abs 2 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art 101 Abs 2 der Richtlinie 2014/25/EU wäre nur alle 3 Jahre eine Meldung durch die Mitgliedstaaten an die Kommission zu erstatten. Wie die Mitgliedstaaten zu den Informationen kommen lässt die Richtlinie offen, dh die Regelung bleibt dem Mitgliedsstaat überlassen.

Die Umsetzung in der vorgeschlagenen Form ist daher überschießend und bedeutet eine weitere Erhöhung des Verwaltungsaufwandes, deren Kosten die Auftraggeber zu tragen haben. **Die Statistischen Verpflichtungen sollten daher auf das durch die Richtlinien unbedingt erforderliche Maß reduziert werden.**

R. Zu § 363 Abs 1 (Bekanntgabe bei Wechsels des Subunternehmers)

Nach Zuschlagserteilung hat der Auftragnehmer jeden beabsichtigten Wechsel eines Subunternehmers oder jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht im Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers dem Auftraggeber schriftlich mitzuteilen. Der Einsatz des neuen/ weiteren Subunternehmers darf nur mit vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen.

Die geltende Rechtslage sieht in § 83 Abs 5 aus gutem Grund eine Zustimmungsfiktion nach drei Wochen vor, welche der Begutachtungsentwurf nun unverständlicherweise streichen möchte.

Dabei wird übersehen, dass dies zu einem unbefriedigenden Graubereich führen würde, sollte sich der Auftraggeber enthalten/ nicht innerhalb angemessener Frist antworten. Dem Unternehmer wären in diesem Fall die Hände gebunden.



Ist es der Wunsch des Gesetzgebers, dass sämtliche Subunternehmer zu nennen sind und jeder Wechsel nicht nur angezeigt, sondern auch genehmigt werden muss, dann muss im Gegenzug auch eine Sicherstellung vorgesehen werden, falls diese Genehmigung (oder gegebenenfalls auch Ablehnung) innerhalb angemessener Frist nicht erfolgt, um Rechtssicherheit für beide Seiten zu schaffen. Die derzeit geltende Frist von drei Wochen wird als ausreichend erachtet – im Baubereich (Folge: Stillstand der Baustelle) ist dies ohnedies ein sehr langer Zeitraum.

In § 363 Abs 1 muss daher die **bisherige Zustimmungsfiktion wieder wie folgt aufgenommen werden: „Die Zustimmung des Auftraggebers gilt als erteilt, sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung gemäß dem ersten Satz abgelehnt hat.“**

S. Zu § 366 (Änderung von Verträgen während ihrer Laufzeit)

In § 366 Abs 2 Z 3 ist die Änderung des „Umfanges“ des Vertrags geregelt, in Abs 3 Z 1 die „Änderung der Auftragssumme“, in Abs 3 Z 2 der „Wert“ der Änderung, ebenso in Abs 3 Z 4. Wenn mit diesen unterschiedlichen Bezeichnungen unterschiedliche Sachverhalte geregelt werden sollen, so wäre eine Begriffsbestimmung hilfreich. Sollte aber immer der Vertragsumfang gemeint sein (diesen Begriff verwendet auch die B2110), so sollte dieser auch einheitlich verwendet werden.

In Abs 2 Z 3 wurde im Vergleich zur Richtlinie auch die erhebliche Verringerung des Auftrages ins Gesetz aufgenommen. Diese Erweiterung erscheint auf den ersten Blick logisch, dennoch wird sie kritisch gesehen, da sie über die Richtlinie hinausgeht und nicht für die Anpassung an innerstaatliches Recht notwendig ist. Vor allem aber weil eine Verringerung sich im Regelfall erst in einem sehr späten Vertragsabwicklungsstadium herausstellt, wo schon Leistungen im erheblichen Umfang ausgetauscht wurden. In so einer Situation sind eine Neuausschreibung und eine Rückabwicklung des geschlossenen Vertrages mit immensem Aufwand verbunden, wenn nicht gar unmöglich. Es müsste Leistung und Gegenleistung zurückgestellt und (im verringerten Umfang) neu ausgeschrieben werden. Was bei Lieferungen zumindest noch möglich, bei Dienstleistungen und Bauleistungen aber in der Praxis schwierig ist. **Diese Regelung ist daher abzulehnen.**

In Abs 3 Z 3 sind „Überprüfungsklauseln“ geregelt. Diese Formulierung ist in Österreich ungebrauchlich. Dies könnten Preisgleitklauseln, Mengenänderungsklauseln wie die 20%-Klausel in der B2110 aber auch sog. Eventualpositionen sein. **Eine Klarstellung wäre hier hilfreich.**

T. Zu § 367 (Verpflichtung zur Kündigung von Verträgen)

Der Auftraggeber hat einen Vertrag unverzüglich zu kündigen, wenn der Auftragnehmer zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung gem § 78 Abs 1 Z 1 bzw. § 249 Abs 1 vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre.

Diese Kündigungsverpflichtung tritt – ohne jeglichen Abwägungsspielraum des Auftraggebers – direkt ein. So kann zB eine vorgenommene Selbstreinigung des Auftragnehmers nicht berücksichtigt werden, was den diesbezüglichen Intentionen des Art 57 Abs 6 der Richtlinie 2014/24/EU (Selbstreinigung) widerspricht. **Es sollte daher eine Abwägungsklausel in § 367 aufgenommen werden.**

U. Zu § 377 Abs 2 (Strafbestimmungen)

Wer als Auftraggeber seinen Verpflichtungen nach § 367 zur Kündigung nicht nachkommt, ist mit einer Geldstrafe bis zu 30% der Auftragssumme zu bestrafen. Dies erscheint zu hoch – vor allem in Anbetracht der Tatsache, dass die Geldbuße als Verwaltungsstrafe natürliche Personen betrifft.

Die Verletzung nach § 367 sollte daher in Abs 1 aufgenommen werden, dessen Strafdrohung von bis zu 50.000 € als absolut ausreichend erachtet wird. Abs 2 ist daher zu streichen.

V. Haftung des Generalunternehmers

Im Vorfeld der Novelle gab es Diskussionen (Kern Plan A, S. 33) zu einer erweiterten Haftung des Generalunternehmers für Gehaltsansprüche der Arbeitnehmer der Subunternehmer im Vergaberecht, welche nun **nicht in den Begutachtungsentwurf aufgenommen wurde. Dies wird seitens der IV ausdrücklich begrüßt.**

Es sei darauf hingewiesen, dass eine solche Haftung (bei unzulässigem Wechsel eines Subunternehmers) bereits in § 10 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz existiert und damit alle Fälle abdeckt, in denen eine solch weitreichende Haftung vorstellbar ist.

Jegliche über § 10 LSD-BG hinausgehende Ausdehnung der Haftung des Generalunternehmers ist – sowohl im Vergaberecht als auch im LSD-BG – klar abzulehnen.

W. Sonstiges

- **Anpassungen zu § 141**

Es wird angeregt, eine Klarstellung zu dem Thema „0 Position“ aufzunehmen (zB in § 141). Im Regelfall wird bei 0 Positionen eine spekulative Preisgestaltung des Bieters angenommen. Dies ist aber in vielen Fällen nicht der Fall, Bieter stehen bei detaillierten Preispositionen, die vom Bieter aber nur gemeinsam angeboten werden, vor unlösbaren Problemen.



Beispielhaft sollen extra auszupreisende, optionale Schulungen zu Produkten/Lösungen genannt werden. Geben Bieter an, die Schulung sei in den Produktpreisen enthalten, so laufen sie Gefahr, wegen spekulativer Preisgestaltung ausgeschieden zu werden (gängige Judikatur). Ohne Schulung kann der Kunde jedoch weder das Produkt abnehmen, noch wären die Sorgfaltspflichten nach dem Produkthaftungsgesetz erfüllt.

§ 5. (1) PHG regelt: Ein Produkt ist fehlerhaft, wenn es nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist, besonders angesichts

1. der Darbietung des Produkts,
2. des Gebrauchs des Produkts, mit dem billigerweise gerechnet werden kann,
3. des Zeitpunkts, zu dem das Produkt in den Verkehr gebracht worden ist.

Somit ist in vielen Fällen eine Schulung zwingend mit dem Produkt verbunden. Ein Herausrechnen des Schulungsaufwands würde bewirken, dass

- a.) die Schulung trotzdem zu erbringen wäre, auch wenn der Auftraggeber die Schulung nicht abnimmt => der Anbieter wird sie kalkulieren, das Produkt wird nicht preiswerter
- b.) in der Position Schulung der Betrag noch einmal genannt wird, so der Auftraggeber dann die Schulung abrufen, würde er sie doppelt bezahlen

§ 141 könnte somit um folgende Sätze erweitert werden: *Der Bieter ist berechtigt, einzelne Preispositionen mit 0 auszupreisen, wenn er darlegen kann, dass er die angefragte Leistung, die sich hinter der Position verbirgt, nicht isoliert am Markt anbietet. Der Bieter kann darlegen, dass die angefragte Preisposition in einer anderen Preisposition enthalten ist.*

Innerbetriebliche Preiskalkulationen erfolgen nach individuellen Bewertungsregeln. Dabei wird regelmäßig auf Produktgruppen Bezug genommen, nicht jedoch zwingend auf einzelne Produkte. Schreibt ein öffentlicher Auftraggeber verschiedene Produkte aus, so erfolgt die Kalkulation des Angebots nach innerbetrieblicher Systematik. Dabei kann es durchaus sein, dass Kosten stückzahlenbezogen berechnet werden, unabhängig vom individuellen Endverkaufspreis oder von individuellen, projektbezogenen Preisgestaltungen.

Die globale Kostenrechnung eines Bieters wird nicht je Kunde bzw. je Angebot individuell umgestaltet. Im Ergebnis kann dies dazu führen, dass bei einer vertieften Angebotsprüfung herauskommt, dass einzelne Positionen nicht kostendeckend kalkuliert wurden, andere mit höherer Marge. Dies soll jedoch nicht zu einem Ausscheiden wegen spekulativer Preisgestaltung führen. Das Vergaberecht möge hier eine gesamthafte Betrachtung der Preise vorsehen und Eckpunkte definieren, wann eine spekulative Preisgestaltung vorliege. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn

- a.) Lohnkosten (Einhaltung der KV Mindestlöhne) nicht plausibel dargelegt werden können
- b.) Der Anbieter nicht nachweisen kann, dass er trotz negativer Margen bei einzelnen Positionen insgesamt wirtschaftlich nachvollziehbar angeboten hat
- c.) Bieter, die mit negativen Margen anbieten nicht nachweisen, dass sie es sich leisten können

§ 141 könnte somit um folgende Sätze erweitert werden: *Eine Preiskalkulation ist insbesondere dann plausibel, wenn sie wirtschaftlich nachvollziehbar ist. Dabei ist es auch möglich, dass ein Anbieter seine Kosten nach eigenem System auf Produkte und Stückpreise umlegt. Kommt es dazu bei einzelnen Produkten oder Produktgruppen isoliert betrachtet zu höheren bzw. niedrigen (allenfalls auch negativen) Aufschlägen, so verhindert dies nicht die Plausibilität einer Kalkulation.*

Ein weiteres Thema, das sich in der Praxis stellt, ist die Frage, **wann Ausscheidungsentscheidungen getroffen werden (müssen)**. Um für schnellere Klarheit zu sorgen und unnötige Mehrkosten für den Bieter zu vermeiden, könnte festgelegt werden, dass Ausscheidungsentscheidungen binnen 14 Tagen zu treffen sind, wenn für den Auftraggeber Ausscheidungsgründe erkennbar werden. Ausscheidungsgründe sind insbesondere dann erkennbar, wenn sie sich aus vom Bieter offen gelegten Unterlagen ergeben.

Eine analoge Regelung zur Präklusion von rechtswidrigen Bestimmungen in Ausschreibungen ist hier denkbar. Auch derartige, gesetzwidrige Bestimmungen in Ausschreibungen werden bestandsfest, wenn sich nicht von Bietern bekämpft werden.

Eine mögliche Regelung zur Erweiterung des § 141 könnte lauten:

Mögliche Ausscheidungsgründe, die dem Auftraggeber bereits

- a.) In der ersten Stufe des Verfahrens (Bietersuche) bekannt waren oder bekannt hätten sein müssen, oder*
- b.) Dem Auftraggeber auf Grund eines vorangegangenen Angebotes in der zweiten Stufe des Verfahrens (Verhandlungsverfahren) bekannt waren oder bekannt hätten sein müssen*

berechtigen den Auftraggeber im weiteren Verfahren (in der Prüfung eines späteren Angebots bzw. des last an final offers) nicht mehr zur Ausscheidung des Angebots.

Wir danken für die Kenntnisnahme der Anliegen der Industrie und ersuchen um deren Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen
INDUSTRIELLENVEREINIGUNG



Mag. Alfred Heiter
Bereichsleitung Finanzpolitik & Recht