



Amtssigniert. SID2017041003119
Informationen unter: amtssignatur.tirol.gv.at

Amt der Tiroler Landesregierung

Verfassungsdienst

Dr. Katharina Somavilla

Telefon 0512/508-2209

Fax 0512/508-742205

verfassungsdienst@tirol.gv.at

An das
Bundeskanzleramt-
Verfassungsdienst

p.a. v8a@bka.gv.at

DVR:0059463

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden; Stellungnahme

Geschäftszahl VD-623/748-2017

Innsbruck, 03.04.2017

Zu GZ. BKA-600.883/0003-V/8/2017 vom 8. Februar 2017

Zum angeführten Gesetzesentwurf wird folgende Stellungnahme abgegeben:

I. Zu Art. 1 (Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen [Bundesvergabegesetz 2017]):

Zu § 9 Abs. 1:

§ 9 Abs. 1 Z 18 normiert einen Ausnahmetatbestand für Dienstleistungsaufträge über nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, wobei in den Erläuternden Bemerkungen darauf hingewiesen wird, dass Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (wie z.B. Kur- und Rehabilitationsleistungen) vom Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes ausgenommen sein sollen.

Vergleichbare Dienstleistungen werden nicht nur im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung, sondern insbesondere auch im Rahmen landesgesetzlicher Regelungen erbracht. Sollte diese Bestimmung in Zusammenschau mit den Erläuternden Bemerkungen dahingehend zu interpretieren sein, dass ausschließlich die genannten Dienstleistungen, die im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung erbracht werden, vom Ausnahmetatbestand erfasst sein sollen, läge ohne Zweifel eine sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierung im Hinblick auf die Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes vor.

In diesem Sinne sollte eine Klarstellung erfolgen, dass nicht nur die genannten Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung, sondern auch im Rahmen aller anderen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere im Rahmen landesgesetzlicher Bestimmungen, vom Ausnahmetatbestand erfasst sind.

Jedenfalls für Leistungen der „Kinder und Jugendfürsorge“ wird angeregt, die Verankerung eines expliziten Ausnahmetatbestandes zu überdenken. Tätigkeiten des Landes als Kinder- und Jugendhilfeträger im Zusammenhang mit Erziehungshilfen einschließlich der Verpflichtung der Zurverfügungstellung von

Betreuungsplätzen stellen wohl Dienstleistungsaufträge über nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse dar. Auch Deutschland hat mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen bei der Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU diese Leistungen nicht unter die besonderen Dienstleistungen der zit. Richtlinie subsumiert. Jedenfalls sollten diese Leistungen aus den Anhängen XVI und XVII gestrichen werden, um eine überschießende Umsetzung von Unionsrecht hintanzuhalten.

Zu § 48:

Nach Abs. 3 hat der öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung nähere Festlegungen hinsichtlich der zu beachtenden Anforderungen an die elektronische Kommunikation zu treffen. Für die Abwicklung einer solchen Kommunikation wird die Benutzung einer eigenen Kommunikationsplattform bzw. Vergabeplattform, welche die geforderten Funktionalitäten nach Anhang V anbietet, erforderlich sein.

Dabei wird die Z 7 des Anhangs V aus IT-Sicht kritisch gesehen. Diese verlangt eine Funktion, die bei einem Verstoß oder versuchten Verstoß gegen die Zugangsverbote oder –bedingungen eine sichere Aufdeckung gewährleistet. Die Formulierung „versuchter Verstoß“ wird dabei nicht definiert. Es müssten damit möglicherweise sämtliche Anmeldeversuche mit falschem Usernamen oder „Passwortvertippen“ mitgeloggt werden. Da diese Plattformen über den Portalverbund angebunden werden sollen, müssten also auf allen Portalen alle Anmeldeversuche mitgeloggt werden. Eine solche Maßnahme ist weit überschießend und verbessert nicht die Sicherheit von Vergabeverfahren, da Maßnahmen, um beispielsweise sogenannte Brute-Force-Attacks zu verhindern, bereits im Vorfeld beim Design der Anwendung / des Portals gesetzt werden müssten. Die Aufdeckung von versuchten Verstößen sollte deshalb gestrichen bzw. durch eine Formulierung ersetzt werden, wonach nur ernsthafte und kritische versuchte Verstöße aufgedeckt werden sollen. Zu präferieren wäre jedoch eine Formulierung, dass im Vorfeld durch geeignete und zeitgemäße Maßnahmen die Sicherheit der Zugänge gewährleistet sein muss.

Abs. 4 legt fest, dass der Unternehmer Informationen elektronisch übermitteln *muss*, während der öffentliche Auftraggeber Informationen elektronisch übermitteln oder elektronisch bereitstellen *kann*. Im Fall der Bereitstellung muss der Unternehmer verständigt werden. Es wird nicht näher ausgeführt, wie die Verständigung über die Bereitstellung zu erfolgen hat. Am günstigsten und praktikabelsten wäre sicherlich eine Information per E-Mail. Eine solche Verständigung entspricht allerdings nicht den Kriterien einer Zustellung nach dem Zustellgesetz. Es sollte klargestellt werden, dass die Verständigung einen Servicecharakter aufweist und deshalb per E-Mail erfolgen kann.

Abs. 5 normiert, dass die zu verwendenden Kommunikationsmittel keinen diskriminierenden Charakter haben dürfen und allgemein verfügbar sein müssen. Zumindest in den Erläuternden Bemerkungen sollte klargestellt werden, dass beispielsweise eine Internet-Webanwendung in diese Kategorie fällt, zumal die Formulierung „allgemein verfügbar“ einen Interpretationsspielraum offen lässt.

Abs. 6 trifft Klarstellungen, wann die Kommunikation nicht elektronisch erfolgen muss. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn spezielle, nicht allgemein verfügbare Bürogeräte erforderlich wären oder „dies zum Schutz besonders sensibler Informationen“ erforderlich ist. Es wird angenommen, dass auch Daten mit hohem wirtschaftlichem Schadpotential in diese Kategorie fallen. Insgesamt sollte eine klare Abgrenzung zu sensiblen Daten nach § 4 Abs. 2 DSGVO 2000 erfolgen.

Nach Abs. 9 hat der öffentliche Auftraggeber bei der gesamten elektronischen Kommunikation sicherzustellen, dass die Integrität der Daten gewährleistet ist. Eine Klarstellung, bei welchen Daten konkret die Integrität sichergestellt werden muss (Ausschreibungsunterlagen, Angebote, Zuschlagsentscheidung, Kommunikations-Metadaten von Unternehmen und von öffentlichen Auftraggebern usw.) sollte angedacht werden.

Abs. 11 Z 2 normiert, dass die Informationen über die Spezifikationen für die elektronische Übermittlung der Angebote (...) einschließlich Informationen über Verschlüsselung und Zeitstempel dem Unternehmer zugänglich sein müssen. Es wird davon ausgegangen, dass diese Anforderungen mittels Information auf einer Internetseite erfüllt sind. Von der Verwendung eines qualifizierten Zeitstempeldienstes sollte aus Kostengründen abgesehen werden; auch bei den derzeitigen Systemen ist ein solches nicht im Einsatz. Im Streitfall ließen sich durch Zeitvergleiche der Server von einem Gutachter die tatsächlichen Zeitpunkte mit hinreichender Genauigkeit feststellen.

Zu § 59 Abs. 3:

Zu diesem Abs. sollte klargestellt werden, was unter einem elektronischen Publikationsmedium verstanden wird. Laut den Erläuternden Bemerkungen könnte es sich dabei wohl auch um eine Veröffentlichung der Kerndaten auf data.gv.at handeln, im Gesetzestext wird diese Veröffentlichungsmöglichkeit allerdings als eigener Abs. angeführt und dürfte als nicht unter „elektronisches Publikationsmedium“ fallend verstanden werden. Ansonsten stellt sich die Frage, ob nur ein digital, also etwa als „pdf“ erhältliches Dokument, als elektronisches Publikationsmedium gilt oder bereits die Auflistung der Informationen auf einer (html) Internetseite ausreicht.

In diesem Zusammenhang sollte auch geklärt werden, dass auf data.gv.at nicht die eigentlichen Daten, auch nicht Kerndaten der einzelnen Verfahren, abgelegt werden, sondern ein Verweis/Link auf eine Fundstelle dieser Daten (Schnittstelle oder maschinenlesbare Datei auf einem Server des Auftraggebers oder seinem Dienstleister).

Zu § 62:

Der öffentliche Auftraggeber hat nach Durchführung eines Vergabeverfahrens jeden vergebenen Auftrag (...) bekannt zu geben, indem er die Metadaten der Kerndaten <https://www.data.gv.at> zur Verfügung stellt. Es sollte klargestellt werden, ob auch Direktvergaben in dieser Form bekanntzumachen sind.

Um auf data.gv.at für potentielle Interessenten die Suche nach Ausschreibungsdaten zu vereinfachen, werden vermutlich kleinere Adaptierungen auf der Plattform www.data.gv.at unumgänglich sein (einfache Suchmöglichkeiten oder ein eigener Bereich für Vergabeverfahren). Da sich an die ordnungsgemäße Bekanntmachung von Vergabeverfahren zahlreiche Rechtsfolgen knüpfen, sollte organisatorisch vereinheitlicht werden, wie Änderungen vorzunehmen sind. Ebenso sollte berücksichtigt werden, dass www.data.gv.at derzeit ein Dienst ohne besonderes Servicelevel Agreement hinsichtlich Datensicherheit oder Betriebszeiten ist. Die Erforderlichkeit einer Klarstellung, dass von der Verfügbarkeit und Datensicherheit von data.gv.at keine Haftungen für die Betreiber (Bund und Länder) und Dienstleister abgeleitet werden können, sollte geprüft werden.

Zu § 80 Abs. 2 und 6:

Abs. 2 dieser Bestimmung sieht vor, dass Bewerber oder Bieter ihre Eignung, wie auch die Erfüllung von Auswahlkriterien durch Vorlage einer einheitlichen europäischen Eigenerklärung, die sich als ein von der konkreten Ausschreibung abgehobenes Konstrukt darstellt, nachweisen können.

Dabei wird im Unterschwellenbereich auch die Möglichkeit eröffnet, dass Bieter und Bewerber nicht das Standardformular für die einheitliche europäische Eigenerklärung verwenden müssen, sondern dass der Bieter bzw. Bewerber durch Vorlage einer Erklärung, dass er die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllt und die Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringt, vorläufig seine Eignung nachweisen kann. In diesem Zusammenhang legt Artikel 59 der Richtlinie 2014/24/EU fest, dass öffentliche Auftraggeber die einheitliche europäische Erklärung in Form einer aktualisierten Eigenerklärung zu akzeptieren haben.

Betrachtet man das Standardformular für die einheitliche europäische Eigenerklärung näher, so ergibt sich, dass es sich nicht um ein Formular, sondern vielmehr - systembedingt - um zwei Formulare handelt. Beim ersten Formular handelt es sich um die von der konkreten Ausschreibung unabhängige Angabe von Daten betreffend den Bewerber bzw. Bieter, wobei in einem zweiten Formular anzugeben ist, welche Daten aus dem ersten Formular für die konkrete Ausschreibung allenfalls zutreffen.

Insbesondere durch die Festlegung des ersten Formulars zur Eingabe ausschreibungsunabhängiger Informationen ist mit der Ausfüllung und Verwendung des Formulars in einer konkreten Ausschreibung ein erheblicher Verwaltungsaufwand verbunden. Die vom Land Tirol und von zahlreichen anderen öffentlichen Auftraggebern verwendete Eigenerklärung ist ein auftragsbezogenes Dokument, das sich inhaltlich darauf beschränkt, dass der Auftragnehmer in wenigen Zeilen bestätigt, dass er sämtliche in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Kriterien der Ausschreibung erfüllt, und dass er sich dazu verpflichtet, die zum Nachweis der Erfüllung erforderlichen Unterlagen binnen drei Tagen über Aufforderung durch den Auftraggeber vorzulegen. Die genannte Eigenerklärung bedarf lediglich der Ergänzung der Befugnis des Bieters bzw. Bewerbers sowie der Beifügung des Namens des Bieters bzw. Bewerbers und der Unterfertigung (samt Ort und Datum), was für Auftraggeber, Bieter und Bewerber die geringste mögliche bürokratische Belastung darstellt. Diese beschriebene Eigenerklärung hat sich in der Praxis bestens bewährt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass mit dem systembedingt aufwendig gestalteten Standardformular zur einheitlichen europäischen Eigenerklärung eine massive Erhöhung des Verwaltungsaufwandes für Auftragnehmer und Auftraggeber verbunden ist.

Weder aus Artikel 59 der Richtlinie 2014/24/EU noch aus den einschlägigen Erwägungsgründen geht hervor, dass es Auftraggebern verwehrt ist, auch andere Eigenerklärungen in Vergabeverfahren zu akzeptieren und zwar unabhängig davon, ob es sich dabei um Verfahren im Unterschwellen- bzw. Oberschwellenbereich handelt. Um eine überschießende Richtlinienumsetzung zu vermeiden und den bürokratischen Aufwand in Zusammenhang mit der Abgabe einer Eigenerklärung auf ein bewährtes Minimum zu reduzieren, sollte insbesondere im § 80 Abs. 2 BVergG 2017 explizit klargestellt werden, dass vom Auftraggeber auch im Oberschwellenbereich die im zweiten Satz des Abs. 2 des § 80 BVergG 2017 genannte Eigenerklärung akzeptiert werden kann.

Abs. 6 dieser Bestimmung normiert für den Oberschwellenbereich, dass Unternehmer Nachweise, die dem öffentlichen Auftraggeber bereits in früheren Vergabeverfahren vorgelegt wurden und geeignet sind, die Eignung nachzuweisen, nicht mehr vorzulegen haben. In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass vor allem bei größeren Gebietskörperschaften mehrere verschiedene Organisationseinheiten Beschaffungsvorgänge unter eigener Vergabehoheit durchführen, an denen sich häufig die gleichen Bieter bzw. Bewerber beteiligen. Die Entbindung des Unternehmers von der Pflicht zur Vorlage der Nachweise im Sinne des Abs. 6 und die damit offensichtlich in Zusammenhang stehende Pflicht der Auftraggeber, entsprechende eigene Eignungsdatenbanken einzurichten, würde daher zu einer erheblichen Steigerung des Verwaltungsaufwandes bei Auftraggebern führen, dies nicht nur im Zusammenhang mit einer Ersterhebung der von der Bestimmung erfassten Unterlagen, sondern vor allem mit der damit offensichtlich im Zusammenhang stehenden Pflicht, die entsprechenden Informationen aktuell zu halten. Da in Österreich bereits seit geraumer Zeit Dienste bestehen, die die Abfrage von Eignungsdaten zur Verfügung stellen (z. B. Liste der „geeigneten Unternehmer“ des ANKÖ), wäre die aus Abs. 6 resultierende Verpflichtung zur Anlage zusätzlicher eigener Eignungsdatenbanken weder zweckmäßig noch wirtschaftlich und würde dies auch dem Ziel der Verwaltungsvereinfachung widersprechen.

Auch die mit 25. Mai 2018 in Kraft tretende Datenschutz-Grundverordnung würde zu einer erheblichen Erweiterung des bürokratischen Aufwandes bei der Anlage zusätzlicher eigener Eignungsdatenbanken

beitragen, die insbesondere aus erheblichen Rechtsunsicherheiten betreffend die Auslegung der Datenschutz-Grundverordnung resultieren. Insbesondere aufgrund der mit der vorgesehenen Bestimmung verbundenen, erheblichen Erweiterung des Verwaltungsaufwandes für öffentliche Auftraggeber sollte die Bestimmung des Abs. 6 ersatzlos entfallen.

Zu § 91 Abs. 5:

Obligatorisches Bestangebotsprinzip für Bauaufträge und bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen:

Bereits zur Novelle des Bundesvergabegesetzes 2006 BGBl. I Nr. 7/2016 wurde von namhaften Vergaberechterspezialisten der Standpunkt vertreten, dass ein obligatorisches Bestangebotsprinzip für exakt beschreibbare Leistungen nicht zielführend ist (vgl. z.B. die beigefügte Stellungnahme von Univ. Prof. Dr. Aicher vom 01.12.2015, S. 3, Punkt 1). Auch die LänderexpertInnenkonferenz für die öffentliche Beschaffung der Bundesländer hat im November 2016 einhellig die Auffassung vertreten, dass das obligatorische Bestangebotsprinzip aus vergabepraktischer Sicht nicht generell festgelegt werden sollte. Zudem hat sich in der Beschaffungspraxis des Landes Tirol gezeigt, dass sowohl bei Bauaufträgen als auch bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen in der Regel auftragsbezogene und auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichtete Kriterien in der Leistungsbeschreibung exakt formuliert werden können.

Dies bedeutet nicht, dass die Vorgabe sinnvoller Zuschlagskriterien generell abgelehnt wird. Der Kernpunkt der Kritik am obligatorischen Bestangebotsprinzip besteht vielmehr darin, dass es dazu führt, dass Qualitätskriterien, die nach dem Willen des Auftraggebers erfüllt werden sollen, nicht punktgenau festgelegt werden können, sondern in Form von Zuschlagskriterien vorgegeben werden müssen. Damit wird ein Spielraum eröffnet, der bei genau definierbaren Leistungen gar nicht gewünscht ist und zum Ergebnis haben kann, dass die Intention des sogenannten Bestangebotsprinzips geradezu ins Gegenteil verkehrt wird, nämlich dann, wenn es Bietern gelingt, mangelnde Qualität durch niedrige Preise zu kompensieren (vgl. dazu auch die erwähnte Stellungnahme von Univ. Prof. Dr. Aicher, S. 4, Punkt 2).

Vor diesem Hintergrund ist die Argumentation in den Erläuternden Bemerkungen, es werde durch eine Fokussierung allein auf den Preis ein hoher Preisdruck aufgebaut, nicht nachvollziehbar. In der Praxis ist häufig genau das Gegenteil zu beobachten, dass nämlich Bieter als Folge des Bestangebotsprinzips Qualitätsmängel noch stärker über den Preis zu kompensieren versuchen. Wenn hingegen Qualitätskriterien fix vorgegeben werden, hat sich in der Praxis mehrfach gezeigt, dass Billiganbieter, die die geforderte Qualität nicht erreichen, nicht am Vergabeverfahren teilnehmen und damit auch keinen zusätzlichen Preisdruck auf andere Anbieter ausüben können.

Sinngemäß dasselbe gilt für die irriige Annahme, dass durch ein obligatorisches Bestangebotsprinzip das Problem des Lohn- und Sozialdumpings entschärft werden könnte (vgl. auch dazu die Stellungnahme von Univ. Prof. Dr. Aicher, S. 5, Punkt 3).

Verwendung vergabefremder, insbesondere sozialer Kriterien zur Umsetzung des Bestangebotsprinzips:

Seit dem Inkrafttreten der Novelle BGBl. I Nr. 7/2016 wurde verstärkt die Frage diskutiert, ob für die Umsetzung des obligatorischen Bestangebotsprinzips auch sogenannte „vergabefremde“, insbesondere soziale Kriterien eingesetzt werden können (vgl. z.B. den Bestbieterkatalog der Sozialpartner „Faire Vergaben sichern Arbeitsplätze“, in welchem die Verwendung sozialer Kriterien als Zuschlagskriterien vorgeschlagen wird). Andererseits hat zuletzt das Landesverwaltungsgericht Salzburg die Vorgabe sozialer Kriterien als rechtswidrig qualifiziert, weil die für Zuschlagskriterien geforderte Auftragsbezogenheit fehle (LVwG Salzburg vom 23.09.2016, GZ 405-5/18/1/18-2016). Daher ist dringend eine gesetzliche Klarstellung erforderlich, ob, und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen, die Verwendung vergabefremder, insbesondere sozialer Kriterien als zulässig gesehen wird.

Sollte der – inhaltlich unverändert gebliebene – § 20 Abs. 6 im Lichte der jüngeren Judikatur so zu verstehen sein, dass soziale Ausführungsbedingungen nur dann als Zuschlagskriterien zulässig sind,

wenn die erfasste Personengruppe (z.B. Lehrlinge) bei der Auftragsausführung eingesetzt wird, würde diese Auslegung im Widerspruch zur Definition von Zuschlagskriterien nach § 2 Z 22 lit. d/aa stehen: Zuschlagskriterien im Sinne dieser Bestimmung müssen nicht nur auftragsbezogen, sondern darüber hinaus auch zur Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes geeignet sein. Der Einsatz sozial besonders berücksichtigungswürdiger Personengruppen bei der Auftragsausführung mag sozialpolitische Interessen erfüllen, er ist aber nicht geeignet, dem Auftraggeber einen technischen oder wirtschaftlichen Vorteil zu verschaffen (vgl. dazu die oben angeführte Stellungnahme von Univ. Prof. Dr. Aicher, S. 6, Punkt 5, „Vergaberecht ist nicht Arbeits- und Sozialrecht“). Darüber hinaus muss die Vorgabe sozialer Zuschlagskriterien oder auch Ausführungsbedingungen ohnehin auf (wenige) ausgewählte Bereiche beschränkt bleiben. Für eine quasi standardmäßige Verwendung solcher Kriterien in Bauverfahren oder auch bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen fehlt es an effektiven Kontrollmöglichkeiten (vgl. dazu wiederum die Stellungnahme von Univ. Prof. Dr. Aicher, S. 4, Punkt 2, 2. Abs.). Die Vollzugs- und Ermittlungspraxis der Polizei und der Finanzverwaltung zeigt, wie schwierig die Bekämpfung von Sozialbetrug selbst für spezialisierte Behörden ist. Umso weniger kann ein umfangreiches Kontrollmanagement von öffentlichen Auftraggebern, die nicht einmal über behördliche Befugnisse verfügen, erwartet werden. Ohne effektive Kontrolle führt aber die (gehäufte) Verwendung vergabefremder Zuschlagskriterien zwangsläufig zu Wettbewerbsverzerrungen. Nicht zuletzt ist vor diesem Hintergrund auf die Interessen klein- und mittelständischer Unternehmen Bedacht zu nehmen. Die Praxis hat gezeigt, dass große, als Konzerne organisierte Unternehmen wesentlich leichter und schneller auf vergabefremde Zuschlagskriterien reagieren können als kleinere Unternehmen. Dies gilt insbesondere für die Vorgabe von Zuschlagskriterien, die auf den Einsatz bestimmter Personengruppen bei der Auftragsausführung abstellen.

Zusammengefasst kann daher festgestellt werden:

- „Klassische Zuschlagskriterien“ sind in Vergabeverfahren, bei denen die Leistung exakt beschrieben werden kann, nur selten sinnvoll.
- Vergabefremde, insbesondere soziale Zuschlagskriterien sind – wenn überhaupt – rechtlich nur eingeschränkt zulässig und nur unter bestimmten Rahmenbedingungen zweckmäßig; sie können daher keinesfalls standardisiert verwendet werden.
- Quantitativ überwiegen bei Bauaufträgen und auch bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen Vergabeverfahren mit eindeutig definierbaren Leistungen.
- Das obligatorische Bestangebotsprinzip für diese Leistungsbereiche sollte daher entfallen, weil es letztlich dazu führt, dass Zuschlagskriterien auch dann verwendet werden müssen, wenn sie für den Auftraggeber kontraproduktiv sind.

Zu § 99 Abs. 2:

Nach § 99 Abs. 2 dürfen öffentliche Auftraggeber als Sicherungsmittel lediglich eine Bankgarantie festlegen. Die Vorlage einer vereinbarten Bankgarantie kann gerichtlich aber nicht durchgesetzt werden, zumal diese von der Leistung eines Dritten (der Bank) abhängig ist. Daher sollte auch die Möglichkeit normiert werden, dass nach Wahl des Auftraggebers der Erlag der Sicherungsleistung auch auf andere Art und Weise, insbesondere jedenfalls in bar (weil nur diese Sicherstellung gerichtlich durchsetzbar ist), erfolgen kann.

Zu §§ 144 und 150:

Laut Entwurf soll die Stillhaltefrist bei der Zuschlagserteilung und im Falle eines Widerrufs des Verfahrens auch im Unterschwellenbereich von derzeit sieben Tagen auf zehn Tage verlängert werden. Die Verlängerung ist weder unionsrechtlich geboten noch sachlich erforderlich und daher überschießend. Die derzeit für den Unterschwellenbereich geltende Stillhaltefrist sollte im Interesse einer beschleunigten Verfahrensabwicklung bei geringeren Auftragswerten unverändert beibehalten bleiben.

Zu § 359:

Diese Bestimmung regelt die grenzüberschreitende Zusammenarbeit von Auftraggebern und Behörden. Wie in den Erläuterungen zum vorliegenden Entwurf ausgeführt wird, soll mit dieser Bestimmung die Umsetzung der Art. 86 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 102 der Richtlinie 2014/25/EU erfolgen. Die genannten Richtlinien sehen daher für die mögliche Nutzung des Internal Market Information System (IMI) zum Informationsaustausch eine Testphase in Form eines Pilotprojektes vor. Aufgrund der Formulierung der zit. Richtlinienbestimmungen kann ein mögliches Ergebnis der Testphase auch sein, dass IMI für diese Zwecke nicht geeignet ist und nicht weiter verwendet werden wird. Daher sollte bei der Richtlinienumsetzung nicht über die verpflichtende Umsetzung zwingender Vorschriften des Gemeinschaftsrechtes hinausgegangen werden (Vermeidung einer überschießenden Richtlinienumsetzung), sondern soll sich die Umsetzung im Hinblick auf die Nutzung des Binnenmarkt-Informationssystems auf die Teilnahme am Pilotprojekt beschränken. Insbesondere sollte klargestellt werden, dass die Nutzung des IMI eine von mehreren Möglichkeiten zum Informationsaustausch ist und keine Verpflichtung zur Verwendung von IMI besteht.

Zu § 360:

Die vorgesehenen statistischen Verpflichtungen sind überschießend und verursachen sowohl auf Auftraggeber- als auch auf Auftragnehmerseite einen massiven zusätzlichen Verwaltungsaufwand. Nach den umzusetzenden EU-Richtlinien sind Überwachungsberichte nur alle drei Jahre vorgesehen, eine jährliche Meldepflicht auf nationaler Ebene ist auch vor diesem Hintergrund nicht erforderlich. Unionsrechtlich besteht insbesondere eine Informationspflicht über das Ausmaß der Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen an der öffentlichen Auftragsvergabe. Es wäre zu überlegen, ob diese Verpflichtung auch durch gezielte, stichprobenartige Befragungen von KMU (z.B. mit Unterstützung von Interessenvertretungen) erfüllt werden kann. Dabei könnte auch erhoben werden, ob und gegebenenfalls aus welchen Gründen kleine oder mittlere Unternehmen nicht an Vergabeverfahren teilnehmen (hier wird in der Praxis von Vertretern kleinerer und mittlerer Unternehmen bereits jetzt häufig die Komplexität von Vergabeverfahren und der mit der Verfahrensteilnahme verbundene Aufwand als Hinderungsgrund genannt). Zusätzliche komplexe statistische Erhebungen mit geringer Aussagekraft sind kontraproduktiv und belasten letztlich genau jene Wirtschaftsteilnehmer, deren Interessen geschützt werden sollen.

Zu § 366 Abs. 2:

Die Z. 3 der zit. Bestimmung ist insoweit als überschießend abzulehnen, als auch eine erhebliche Verringerung eines Auftrages als wesentlich anzusehen ist.

Nach Art. 72 Abs. 4 lit. c) RL 2014/24/EU gilt eine Änderung nur dann als wesentlich, wenn der Auftragsumfang erheblich ausgeweitet wird, nicht bei einer Verringerung. Dies ist sachlich insbesondere deshalb gerechtfertigt, weil die Gefahr der Umgehung von Schwellenwerten bei einer nachträglichen Verringerung des Auftragsvolumens nicht gegeben ist.

Zu § 367:

Die Kündigung bzw. Beendigung von Verträgen, insbesondere von Dauerschuldverhältnissen, ist nicht nur mit komplizierten Rückabwicklungsansprüchen behaftet, sondern auch mit einem erheblichen Aufwand vor allem für Auftraggeber verbunden, z.B. im Zusammenhang mit der unverzüglichen Beschaffung von Ersatzleistungen. Insbesondere bei Kapitalgesellschaften bezieht sich die Bestimmung des § 78 Abs. 1 Z 1 auf das Leitungsorgan. Bei größeren Unternehmen kann daher der Fall eintreten, dass bei Mitgliedern des Leitungsorganes der Ausschlussgrund nach § 78 Abs. 1 Z 1 verwirklicht ist, ohne dass die Person konkret im Unternehmen mit der Leistungserbringung befasst war (z.B. Tätigkeit an einem weit entfernten Standort und ohne sachlichen Zusammenhang mit der Leistung). Für derartige Fälle greift die genannte

Bestimmung zu weit und sollte daher aufgrund der massiven, mit der Vertragsauflösung verbundenen Folgen entfallen.

In jedem Fall sollte dem Auftragnehmer eine Möglichkeit zur Abwendung der Vertragsaufhebung auch im Stadium der Auftragsausführung im Sinne der Bestimmung des § 83 eingeräumt werden. Insoweit die Regelung von einer „unverzüglichen“ Kündigung spricht, ist unklar, ab welchem Zeitpunkt die Kündigungspflicht besteht bzw. welche Umstände dafür maßgebend sein sollen, wobei als relevanter Zeitpunkt wohl nur die Kenntnis durch den Auftraggeber in Betracht kommt.

Zu § 368:

Die mit dieser Bestimmung vorgesehene umfangreiche Meldepflicht für Bauaufträge (Meldung einer Vielzahl an Daten an die Baustellendatenbank der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse) stellt eine erhebliche Mehrbelastung für den Auftraggeber dar.

Zu § 377 Abs. 2:

Mit dieser Bestimmung wird normiert, dass eine Geldstrafe von bis zu 30% der Auftragssumme zu verhängen ist, falls der Auftraggeber seiner Verpflichtung zur Kündigung eines Vertrages gemäß § 367 nicht unverzüglich nachkommt. Zur Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes wäre es zweckmäßiger, den gesetzeskonformen Zustand (Vertragsauflösung) unmittelbar durch geeignete Zwangsmittel (nach vorheriger Androhung) und nicht über den Umweg mittels Verwaltungsstrafverfahren herzustellen.

Jedenfalls müsste die Strafdrohung nach oben begrenzt werden, weil ansonsten bei entsprechend hohen Auftragswerten die verfassungsrechtlich vorgegebene Grenze zum Justizstrafrecht überschritten würde. In Anlehnung an § 349 wäre etwa ein Höchstbetrag von € 20.000.- denkbar.

Zu § 378:

Hier stellt sich die Frage, ob – im Interesse einer Koordinierung mit dem Inkrafttreten der auf das Bundesvergabegesetz 2017 Bezug nehmenden Vergabenachprüfungsgesetzes der Länder (näher dazu gleich im Folgenden unter Pkt. III.) – nicht ein Inkrafttreten mit Ablauf des Tages der Kundmachung vorgesehen werden könnte.

II. Zu Art. 2 (Änderung des Bundesvergabegesetzes 2017) und Artikel 3 (Änderung des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012):

Diese geben aus Sicht des Landes Tiroler keinen Anlass zu Bemerkungen.

III. Zur Anpassung des Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes an die neue Rechtslage auf Bundesebene und zur allfälligen Koordinierung von Kundmachung und Inkrafttreten

Die Neuerlassung eines Bundesvergabegesetzes 2017 und der (noch ausstehenden) neuen bundesgesetzlichen Regelungen über die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen erfordern in weiterer Folge auch Anpassungen der aufgrund von Art. 14b Abs. 3 B-VG erlassenen landesgesetzlichen Regelungen in den Angelegenheiten der Nachprüfung der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinn des Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG. Der Landesgesetzgeber ist dabei vom Bund abhängig, weil die Vergaberechtschutzgesetze der Länder notwendiger Weise an das materielle Vergaberecht des Bundes anknüpfen müssen.

In diesem Zusammenhang ist auf den am 29. März 2017 zur Begutachtung ausgesandten Entwurf eines Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes 2017 hinzuweisen, der an den derzeitigen Stand der in Begutachtung befindlichen Neuregelungen des Bundes anknüpft (und daher noch keine Regelungen über die Nachprüfung der Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen enthält). Es ist beabsichtigt, den Entwurf eines Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes 2017 parallel zur Gesetzwerdung der neuen

Bundesgesetze einer parlamentarischen Behandlung im Tiroler Landtag zuzuführen, wobei – die rechtzeitige der Beschlussfassung der betreffenden bundesgesetzlichen Regelungen vorausgesetzt – eine Beschlussfassung im Juli-Landtag 2017 in Aussicht genommen wird.

In weiterer Folge könnte das neue Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2017 zeitlich abgestimmt mit den neuen bundesgesetzlichen Regelungen im Landesgesetzblatt kundgemacht und in Kraft gesetzt werden. Es stellt sich daher die Frage, ob auch für das Inkrafttreten der neuen bundesgesetzlichen Regelungen der Ablauf des Tages der Kundmachung vorgesehen werden könnte. Dies würde einerseits eine akkordierte Kundmachung im Bundesgesetzblatt und im Landesgesetzblatt am selben Tag und andererseits ausgehend davon ein gleichzeitiges Inkrafttreten der neuen bundesgesetzlichen und der darauf Bezug habenden landesgesetzlichen Vorschriften ermöglichen.

Damit wäre insbesondere auch dem berechtigten Interesse der betroffenen Wirtschaftskreise an einem reibungslosen Rechtsübergang und damit verbunden an der Gewährleistung von Rechtssicherheit entsprochen.

In diesem Zusammenhang ist auch auf die beiden Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2016/0245 bis 2016/0247 wegen Nichtumsetzung der RL 2014/23/EU, der RL 2014/24/EU und der RL 2014/25/EU hinzuweisen. Die Umsetzungsfrist für die genannten Richtlinien endete bereits am 16. April 2016.

Aufgrund der beschriebenen Zusammenhänge zwischen materiellen Bundesregelungen und daran notwendiger Weise anknüpfenden Landesregelungen über die Vergabenachprüfung liegt angesichts des Verhaltens des Bundes, insbesondere des Umstandes, dass der Entwurf eines neuen Bundesvergabegesetzes 2017 erst am 8. Februar 2017 zur Begutachtung ausgesandt wurde, eine schuldhafte Säumnis des Landes Tirol und damit ein unionsrechtswidriges Verhalten im Sinn des § 3 Abs. 2 FAG 2017 bzw. im Sinn des Art. 12 Abs. 2 der Vereinbarung zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15a B-VG über die Mitwirkungsrechte der Länder und Gemeinden in Angelegenheiten der europäischen Integration, BGBl. Nr. 775/1992, in der Fassung BGBl. I Nr. 2/2008, nicht vor.

Zudem beabsichtigt das Land Tirol durch die in Aussicht genommene Vorgehensweise einer parallelen parlamentarischen Behandlung des Entwurfs eines Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes – wiederum einen rechtzeitigen Abschluss des parlamentarischen Verfahrens auf Bundesebene vorausgesetzt – seiner Durchführungsverpflichtung nach Art. 23d Abs. 5 B-VG zum unter den genannten Umständen frühestmöglichen Zeitpunkt nachzukommen.

Eine Ausfertigung dieser Stellungnahme wird unter einem auch dem Präsidium des Nationalrates übermittelt.

Anlage

Für die Landesregierung:

Dr. Liener
Landesamtsdirektor

Abschriftlich

An

die Abteilungen

Justizariat zu Zl. JUS-GE1990D/611-2017

Wirtschaft zum E-Mail vom 17.03.2017

Kinder- und Jugendhilfe zu Zl. KiJu-ORG-74/13-2017

das Sachgebiet

Verwaltungsentwicklung zu Zl. VEntw-V-9/703-2017

das Landesverwaltungsgericht

im Hause

zur gefälligen Kenntnisnahme übersandt.



**Rechtswissenschaftliche
Fakultät**
Institut für Unternehmens- und
Wirtschaftsrecht
o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher

Schottenbastei 10-16
A- 1010 Wien

T + 43 (0) 1 4277-352 13
F + 43 (0) 1 4277-352 93
E-Mail josef.aicher@univie.ac.at
<http://www.univie.ac.at/aicher>

Herrn
Vorsitzenden des Verfassungsausschusses
AbgzNR Dr. Peter Wittmann

Betreff: Verfassungsausschuss – „kleine Novelle“ zum BVergG 2006

Sehr geehrter Herr Abgeordneter,

Seit dem Jahr 1975 beschäftige ich mich in wissenschaftlichen Veröffentlichungen und als Vorsitzender der seinerzeitigen Bundesvergabekontrollkommission sowie als Gutachter und Berater in Vergabeverfahren des Bundes, der Länder und Gemeinden mit dem österreichischen und europäischen Vergaberecht. Als Berater der Legislative habe ich im letzten Jahrzehnt die Entwicklung des BVergG auch mitgestalten dürfen.

Das ist der Grund, warum ich mich vor der Behandlung der „kleinen Novelle“ zum BVergG 2006 im Verfassungsausschuss in einem persönlichen, mit keinem „stakeholder“ der Diskussion um diese Novelle abgestimmten Schreiben an Sie, sehr geehrter Herr Abgeordneter, wende.

Denn ich habe die große und durch jüngste Presseaussendungen von Interessenvertretungen verstärkte Sorge, dass die „kleine Novelle“ das Vergaberecht für **Zwecke instrumentalisiert**, zu deren Verwirklichung ein Vergabegesetz nicht geeignet ist, weil sie dem Regelungszweck eines Vergabegesetzes fremd sind, ja diesem sogar zuwiderlaufen.

Damit besteht die aktuelle Gefahr, dass die Novelle nicht nur **österreichisches Bundesverfassungsrecht** verletzt, sondern auch in **Widerspruch zu den Grundfreiheiten** des AEUV und zum europäischen Richtlinienrecht gerät.

Im Zentrum der Kritik, die nicht zuletzt von Länder- und Gemeindeseite, darüber hinaus aber vor allem von Praktikern, die an der Front der Auftragsvergabe arbeiten, vorgetragen wurde, stehen das (fast durchgängig) **zwingende Bestbieterprinzip** und die bis ins **letzte Glied der Subunternehmerkette reichende Nennungspflicht des Bieters** bereits im Angebot, der (selbstverständlich) eine **Prüfungspflicht des Auftraggebers** hinsichtlich aller nominierten Sub- und Sub-Subunternehmer in der „Kette“ entspricht.

Um einmal Klartext zu sprechen: Die Strategie der Proponenten auch dieser beiden Regelungsinhalte war von Anfang taktisch klug aufgebaut: Niemand kann dagegen sein, dass „nur der Beste“ gewinnt und niemand kann dagegen sein, dass nur ein Bieter den Zuschlag bekommen soll, der weder selbst noch durch seine Subunternehmer bis ins letzte Glied der Kette Arbeitsrecht verletzt und kein Sozialdumping betreibt, um den „billigsten Preis“ offerieren zu können.

Was die Proponenten dieser Vorschläge dabei außer Acht gelassen haben (oder besser: gar nicht diskutiert haben wollten) ist die Frage, ob mit den vorgeschlagenen Änderungen des **Vergaberechts** diese vorbehaltlos zu unterstützenden Ziele überhaupt **erreichbar** sind.

Das ist aber die **entscheidende Vorfrage**, die es in positivem Sinn zuerst zu beantworten gilt, wenn sich der österreichische Novellengesetzgeber und die dann daran gebundene Vollzugspraxis nicht dem Vorwurf aussetzen will, durch „weiche (gezielt ausdehnungsfähige) Qualitätskriterien“ österreichische, mit Absatzschwierigkeiten kämpfende Sparten (Bestbieterprinzip bei Beschaffung von Lebensmitteln, § 79 Abs 3 Z 9 Abänderungsantrag) oder österreichische Unternehmen mit kostentreibenden (personellen) Strukturmerkmalen (Bestbieterprinzip bei Beschaffung von ÖPNRV-Verkehrsdiensten, weiterer Abänderungsauftrag § 79 Abs 3 Z 9) **bevorzugen zu wollen**.

Ob dies der Fall ist oder ein Qualitätskriterium sachlich gerechtfertigt ist, weil das Kriterium einen objektiven **Qualitätsunterschied** in der **angebotenen Leistung** zu identifizieren vermag, entscheiden bekanntlich nicht die (österreichischen)

Interessenvertretungen, sondern österreichische Verwaltungsgerichte, die – wie auch öffentliche Auftraggeber – an das Verbot offener und **verdeckter** Diskriminierung nach dem AEUV gebunden sind und letztlich der EuGH, wenn ein VwG eine darauf bezügliche Frage diesem zur Vorabentscheidung vorlegt oder dieser mit einem von der EU-Kommission gegen Österreich eingeleiteten Vertragsverletzungsverfahren befasst ist.

Auf einige **Leitsätze** beschränkt, fasse ich die zentralen Punkte meiner Besorgnis zusammen:

(1) Das BVergG ist konkretisiertes Verfassungsrecht

Jede staatliche Gebarung und damit auch jede Auftragsvergabe ist an die verfassungsmäßigen Haushaltsgrundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit gebunden (Art 126b Abs 5 B-VG). Das bisherige BVergG wird diesen Anforderungen vollkommen gerecht, indem es öffentliche Auftraggeber verpflichtet, einen transparenten auf Gleichbehandlung bedachten und im Oberschwellenbereich unionsweiten Wettbewerb interessierter Unternehmer zu organisieren, das Wettbewerbsergebnis nach bekanntgemachten Kriterien, welche die Güte der Angebote nach sachlich gerechtfertigten angebotsbezogenen Kriterien nachprüfbar beurteilen lassen, zu bewerten und dem danach besten Angebot, das auch das billigste sein kann, den Zuschlag zu erteilen.

Wenn jetzt ein zwingendes Bestangebotsprinzip zB für Bauleistungen über 1 Mio € geschätzter Auftragssumme (§ 79 Z 8 RV) normiert ist, obwohl sich die Bauleistung exakt auch im Hinblick auf die gewünschte Qualität beschreiben lässt und auch beschrieben ist (was bei Standardbauleistungen immer der Fall ist, weil diese nie funktional, sondern konstruktiv beschrieben sind), ist der Auftraggeber genötigt, ein in der Gewichtung (weil sonst verbotenes Scheinkriterium) maßgebliches Qualitätskriterium als Zuschlagskriterium vorzugeben, das er – die Angebote verteuern – gar nicht braucht. Damit zwingt das Gesetz den Auftraggeber zu unwirtschaftlicher Gebarung (Verstoß gegen die verfassungsrechtlichen Haushaltsgrundsätze) und führt zu einem unsachlichen Eingriff in die Privatautonomie des Auftraggebers (Zwang zu einem unwirtschaftlichen Qualitätskriterium) und damit zu einem Eingriff in sein verfassungsgeschütztes Eigentum (Art 5 StGG).

- (2) **Das BVergG ist als wettbewerblich orientierte Verfahrensnorm für einen Teilabschnitt des Beschaffungsprozesses nur geeignet, in diesem Teilabschnitt Qualität zu sichern, die bereits vorher festgelegt werden muss und erst nachher effizient kontrolliert werden kann.**

Zum einen: Die Steuerung von Qualität und Folgekosten (zB Betriebskosten, Life-Cycle-Costs etc) muss schon vor dem Vergabeverfahren insbesondere bei der Bedarfsidentifizierung, bei Konzeption und Planung der Leistung (zB eines Bauwerkes), sohin vor der Ausschreibung erfolgen. Dieser entscheidende Verfahrensabschnitt (Bedarfs- und Qualitätsplanung) ist jedoch vom BVergG gar nicht erfasst. Die dort getroffenen Qualitätsanforderungen gehen in die Leistungsbeschreibung ein. Im Vergabeverfahren kann im Wege von Qualitätskriterien als Zuschlagskriterium nur der relativ beste Erfüllungsgrad von vorgegebener Qualität geprüft und bewertet werden, was sinnvoll nur dann sein kann, wenn ein qualitativer Erfüllungsspielraum gegeben ist. Ob überhaupt ein solcher besteht, entscheidet einzig und allein der Auftraggeber im Wege des Detaillierungsausmaßes der Leistungsbeschreibung. Bei qualitätsvorgebender Leistungsbeschreibung gibt es diesen Spielraum nicht. Ein Qualitätswettbewerb kann sich nicht entfalten; es bleibt nur der Preiswettbewerb. Qualitätsbezogene Zuschlagskriterien sind sinnlos und kontraproduktiv (weil den fairen Wettbewerb verzerrend).

Zum anderen: Selbst wenn die Leistungsbeschreibung einen qualitativen Bewerbungsspielraum offen lässt, wie zB bei funktionaler Leistungsbeschreibung oder bei geistigen Leistungen, für die schon nach der lex lata (§ 79 Abs 3 BVergG) das Bestbieterprinzip zwingend angeordnet und in der RV auch zutreffend fortgeführt wird (§ 79 Abs 3 Z 1, 3, 4, 6), ist der Zwang zur Angebotsbewertung nach zumindest einem Kriterium neben dem Preis nur die „halbe Miete“. Denn nicht minder wichtig ist ein im (ausgeschriebenen) Leistungsvertrag festgelegtes **Qualitätssicherungsmanagement**, das bei sonstiger vertraglicher Sanktion (Pönale, im Extremfall Vertragsrücktritt mit Folgekostenüberbürdung auf den Auftragnehmer) sicherstellt, dass die für die Bewertung nach dem Bestbieterprinzip zugesagten Qualitätsanforderungen auch tatsächlich erfüllt werden. Diese Verknüpfung ist im BVergG nirgends ausgesprochen, weil die Phase nach Zuschlagserteilung (nachvertragliche Phase) auch nicht mehr Regelungsthema des BVergG ist. Umso wichtiger ist es, dass der Vergabewettbewerb nicht durch unsachliche (nicht notwendige qualitative Kriterien) verzerrt wird, deren Einhaltung schon an sich kaum überprüft wird (Fehlen eines Zwanges zum nachvertraglichen Qualitätsmanagements) und

dessen Einhaltung mit Sicherheit schon gar nicht überprüft wird, wenn es für den Auftraggeber bei qualitätsmäßig standardisierter Leistung auch ganz „uninteressant“ ist.

(3) Das (durchgängige) Bestbieterprinzip ist kein taugliches Instrument gegen eine das Sozialdumping fördernde Kampfpreisunterbietung

Es ist nicht zu bestreiten, dass ein Billigstbieterprinzip den Wettbewerb nur auf den Preis konzentriert (Preisunterbietung) und diese Wettbewerbssituation die Bieter nach möglichst „billigem“ Leistungseinkauf (bei den eigenen Arbeitnehmern (Lohn- und Sozialkostenminimierung) und bei Subunternehmern (und diese wieder in der Kette weitergebend) drängt.

Es ist aber ein total falscher Ansatz, diesem Übelstand durch ein Bestbieterprinzip abhelfen zu wollen, also das Anbieten von Kampfpreisen dadurch „aufzufangen“, dass der Preis angesichts nicht gering bewerteter Qualitätskriterien an Bedeutung verliert.

Das ist ein Herumkurieren an Symptomen ohne jegliche Aussicht auf Heilungserfolg. Erfolgversprechend ist eine bei Unterpreisverdacht ohnehin schon derzeit zwingende „vertiefte Angebotsprüfung, die mit viel detaillierten kostenrechnungsbasierten Vorschriften anwendungsorientiert verschärft werden könnte (und mE müsste). Denn eine derartige Regelung zielte in den Kern der Problematik: Aufdeckung von Unterentlohnung und von Kosteneinsparungen durch Unterschreiten sonstiger arbeitsgesetzlicher/kollektivvertraglicher Standards.

Das ist gewiss arbeits- und für die damit betrauten Mitarbeiter schulungsintensiv. Es ist aber effizienter, als der geradezu naiv anmutende Versuch, das Defizit in der „Enttarnung“ von Unterangebotspreisen durch einen „Gewichtsverlust“ des Preiskriteriums anzugleichen, indem daneben noch ein weiteres Qualitätskriterium mit einem gewissen Bewertungsgewicht (10 % oder 20 % oder wieviel) künstlich eingebaut wird.

Es darf mit Sicherheit davon ausgegangen werden: Wenn Bieter eine Kampfpreisstrategie fahren, wird sie dadurch nur verschärft, weil jetzt die nicht erzielbaren „Qualitätspunkte“ durch noch geringere Preise wettgemacht werden müssen. Das unterstützenswerte Ziel,

Lohn- und Sozialdumping zu verhindern, wird durch den undifferenzierten Zwang zum Bestbieterprinzip geradezu konterkariert.

(4) Vergaberecht ist europäisches Binnenmarktrecht

Vergaberecht ist aus der Sicht der EU-Kommission und des europäischen Gesetzgebers Wettbewerbsrecht, das den Zweck hat, sicherzustellen, dass die beschränkten finanziellen Ressourcen der Mitgliedstaaten zu einem möglichst preisgünstigen Einkauf am Markt genützt werden. Die Verfolgung mitgliedstaatlicher regional- und arbeitsmarktpolitischer Ziele im Wege staatlicher Beschaffungstätigkeit qualifiziert die Kommission – vergleichbar der Gewährung einer verbotenen Beihilfe – als qualifizierten Verstoß gegen das Binnenmarktkonzept, das die Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte gebietet.

Es ist daher eine gefährliche Vorstellung, mit Hilfe des Bestbieterprinzips neben dem Preis als weitere „Qualitätskriterien“ solche installieren zu können, die eine Bevorzugung inländischer Bieter ermöglichen. Denn in diesem Zusammenhang ist daran zu erinnern, dass Anforderungen, die inländische Bieter leichter erfüllen können als ausländische eine verbotene (verdeckte) Diskriminierung darstellen, die nur gerechtfertigt sein kann aus „zwingenden Gründen im Allgemeininteresse“ gerechtfertigt sein kann. „Nähe“ des Bieters zum Erfüllungsort, „kürzeste Reaktionszeit bei Störungen“, „Länge des Transportweges“ etc sind von vornherein taugliche Bestbieterkriterien nur dann, wenn sie eben aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind und dürfen selbst dann im Sinne des europarechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips gegenüber dem Preis nicht „überbewertet“ sein.

(5) Vergaberecht ist nicht Arbeits- und Sozialrecht

Es ist von vornherein ein Trugschluss, dass mit Hilfe von Zuschlagskriterien im Rahmen eines zwingenden Bestbieterprinzips sozialpolitisch begrüßenswerte Anliegen verfolgt werden können. Denn es bleibt auch nach der Novelle und geboten durch Richtlinienrecht dabei, dass Zuschlagskriterien immer mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien sein müssen, welche die Bewertung des Angebotes als das „beste“ erlauben, sohin Zuschlagskriterien – anders als die ebenfalls zu prüfenden Eignungskriterien – nicht unternehmensbezogen sein dürfen.

Es verbietet sich daher schon aus diesem Grund als Zuschlagskriterien im Rahmen des Bestbieterprinzips den Frauenbeschäftigungsanteil oder die Zahl der beschäftigten Lehrlinge oder von Langzeitarbeitslosen als Zuschlagskriterien vorzusehen. Diese Kriterien sind unternehmensbezogen und können bei entsprechender sachlicher Rechtfertigung als Eignungskriterium herangezogen werden oder – was in der Judikatur des EuGH schon seit langem anerkannt ist – vorgesehen werden als zwingende Vorgabe in den vertraglichen Ausführungsbestimmungen, die jeder Bieter im Falle der Zuschlagserteilung vertraglich sanktioniert (zB durch Pönale) einzuhalten hat. Als Zuschlagskriterien sind sie auch im Rahmen des Bestbieterprinzips jedenfalls unzulässig.

Es ist daher auch nicht erkennbar, wie durch das Bestbieterprinzip Lohn- und Sozialdumping erfolgreich bekämpft werden könnte, es sei denn, man gibt sich der sozialromantischen Hoffnung hin, dass mehr Qualitätswettbewerb den Preisdruck auf die Bieter mindert.

Der Schwerpunkt der Regelungen, mit denen Lohn- und Sozialdumping verhindert werden soll, liegt denn auch in der **neuen Subunternehmerregelung**, die den Bieter verpflichtet, alle Subunternehmer, die er einzusetzen gedenkt, zu nennen, einschließlich derer, die sein Subunternehmer und dessen Subunternehmer (weitere Subunternehmer in der Kette) einzusetzen beabsichtigen. Dem korrespondiert eine Prüfpflicht des Auftraggebers dahingehend, ob alle genannten Subunternehmer, auch die in der Kette genannten, befugt und zuverlässig im Hinblick auf Verletzungen des AuslBG und der Entlohnungsbestimmungen des AVRAG sind. Nicht genannte Subunternehmer dürfen ohne Zustimmung des Auftraggebers nicht eingesetzt werden. Dies gilt auch für einen Subunternehmerwechsel in der Kette nach Zuschlagserteilung während der Ausführung.

Für die Prüfung der Befugnis und Zuverlässigkeit hat der Auftraggeber bei Subunternehmerwechsel oder bei Einsatz eines Subunternehmers für einen Leistungsteil, für den bisher kein Subunternehmereinsatz vorgesehen war, nach Auftragserteilung **zwei Wochen** ab Bekanntgabe Zeit, den „neuen“ Subunternehmer zu genehmigen, ansonsten der Subunternehmer als genehmigt gilt.

Bedenkt man nun, dass die Zuschlagsfrist, innerhalb der alle Angebote geprüft und bewertet werden müssen und auch die Eignungsprüfung für sämtliche in der Kette genannten Subunternehmer erfolgen muss, möglichst kurz sein soll und im Regelfall nicht länger als fünf Monate sein darf, kann es dazu kommen, dass ein Auftraggeber eine nicht vorhersehbare Vielzahl von Subunternehmern verschiedenster Bieter prüfen muss, weil es keine Beschränkung für den Bieter hinsichtlich der Anzahl nennbarer Subunternehmer gibt. Man kann sich vorstellen, mit welcher Genauigkeit bei 100 Subunternehmernennungen von zB 10 Bietern deren Eignung fristgerecht geprüft werden kann.

Ein Bieter wäre aber sogar schlecht beraten, wenn er im Angebot alle seine Subunternehmer (in der Kette) bekanntgeben würde. Er beschränkt sich auf die Nominierung weniger, ganz „cleaner“ Subunternehmer. Er bekommt den Zuschlag. Jetzt tauscht er, nachdem er den Zuschlag erhalten hat, seine im Angebot nominierten Subunternehmer gegen eine Vielzahl neuer Sub- und Sub-Sub-Unternehmer durch Bekanntgabe an den Auftraggeber aus. Deren Einsatz ist zwar von der Genehmigung des Auftraggebers abhängig, die aber durch die Zustimmungsfiktion kraft Zeitablaufs (zwei Wochen) ersetzt wird. Auf diese Weise wird es möglich, dass gänzlich unbefugte und unzuverlässige Subunternehmer zum Einsatz gelangen können, weil es der Auftraggeber binnen zwei Wochen nicht schafft, die Eignungsprüfung aller nachgenannten Subunternehmer abzuschließen.

Auch eine längere Frist für das Eintreten der Zustimmungsfiktion löst das Problem nicht, weil die Regelung nicht die wahre Wurzel erfasst, aus der das zu verhindernde „Subunternehmer-Lohn- und Preisdumping“ entspringt. Der sozialpolitische unerwünschte Preis- und Lohndruck baut sich in aller Regel noch nicht auf der vom BVergG geregelten Angebotsstufe (bis zur Zuschlagserteilung) auf, weil dort nur „weiße Schafe auf der Herde nominierten Subunternehmer grasen“, sondern erst im Zuge der Auftragsabwicklung, in der der (unredliche) Zuschlagsempfänger jetzt die uU gar nicht nominierten Subunternehmer einsetzt, um seinen Kampf(unter)-Preis erwirtschaften zu können, die der Auftraggeber erst jetzt auf ihre Zuverlässigkeit fristgebunden bei sonstiger Genehmigungsfiktion ablehnen muss. Die wahre Crux besteht aber darin, dass in der Phase der Auftragsdurchführung schlicht „neue Leute“ auftauchen und die örtliche Bauaufsicht (was gar nicht zu ihrer vertraglichen Aufgabe gehört, aber wer sonst?) nicht erkennen kann, ob das

„Schwarzarbeiter“ eines ohnedies genehmigten Subunternehmers oder (vielleicht sogar reguläre) Arbeitnehmer eines nicht genehmigten Subunternehmers sind.

Für die Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen am Leistungsort sind darauf spezialisierte Bundesbehörden zuständig. Es ist bekannt, dass deren personelle Unterausstattung eine effiziente Kontrolle nahezu unmöglich macht. Es ist aber der falsche Weg, dieses Kontrolldefizit via Vergaberecht den Auftraggeber ausgleichen zu lassen, der diese Kontrolllast mit dem vergaberechtlichen Instrumentarium noch weniger bewältigen kann.

(6) Vergaberecht ist Bieterschutzrecht

Der Vergabegesetzgeber darf nie vergessen, dass die Praktikabilität des Vergaberechts und damit dessen gesamtökonomische Effizienz ganz wesentlich von der Reichweite des zur Sicherung der Einhaltung des Vergaberechts normierten Rechtsschutzes abhängt. Bieter haben das verständliche Bestreben, einen im Vergabewettbewerb verlorenen Auftrag im Wege eines Nachprüfungsverfahrens doch noch zurückzugewinnen. Qualitätskriterien ist immer ein Maß subjektiver Bewertung durch den Auftraggeber eigen, das mit der „Künstlichkeit“ ihrer Existenz (weil sachlich gar nicht geboten) zunimmt. Das erhöht auch die Angriffslust der Bieter, damit aber auch die Verfahrens- und Projektdauer und nicht zuletzt die Kosten des aus Steuermitteln finanzierten Projekts.

(7) Es ist noch Zeit

für das Überdenken der in der RV samt Abänderungsanträgen eingenommenen Positionen. Mit 18.4.2016 muss die neue Generation der EU-Vergaberichtlinien umgesetzt sein. Diese Reformnotwendigkeit löst so großen Änderungsbedarf am BVergG 2006 aus, dass das BVergG als BVergG 2016 wiederverlautbart und nicht nur novelliert werden muss. In dieser großen Reform könnte die kleine nicht zuletzt unter dem Aspekt des geringen Zeitabstands des Inkrafttretens Aufnahme finden. Bis dahin könnte ein fachlich orientierter Dialog genützt werden, um die aner kennenswerten Ziele der „kleinen BVergG-Novelle“ auch in einer praktikablen gesetzlichen Regelung umzusetzen.

Wenn ich jüngsten Pressemitteilungen entnehme, dass Herrn AbgzNR Muchitsch ob der bisherigen Verzögerung bereits „der Kragen platzt“, darf ich dem entgegenhalten, dass es allemal noch billiger ist, Herrn Muchitsch ein neues Hemd zu beschaffen als aus Steuermitteln die Folgen einer politisch verkorksten Vergaberechtsreform zu finanzieren.

Wien, 1.12.2015

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Josef Aicher', with a large, sweeping flourish at the end.

(o. Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher)