

Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wien
v8a@bka.gv.at

Datum 3. April 2017
Bearbeiter Mag. Florian Schnurer, LL.M.
Carmen Ott, B.Sc., LL.B.
T +43/1/588 39-30
E schnurer@feei.at
c.ott@feei.at

Nur per Email

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)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Der Fachverband der Elektro- und Elektronikindustrie (FEEI) erlaubt sich mit diesem Schreiben zum Entwurf des Vergaberechtsreformgesetz 2017 Stellung zu nehmen.

Allgemeines

Die öffentliche Auftragsvergabe erfüllt nicht nur den Zweck öffentliche Liefer- und Leistungsaufträge an leistungsfähige Unternehmen zu vergeben, sondern hat zusätzlich das Potenzial, wirtschaftspolitische Ziele zu erreichen, wie die Verbesserung der österreichischen Wertschöpfung, Beschaffung von weiteren Arbeitsplätzen oder Steigerung des Bruttoinlandsprodukts.

Durch die gänzliche Überarbeitung des alten Bundesvergabegesetzes bietet das Vergaberechtsreformgesetz 2017 eine gute Möglichkeit, die Rahmenbedingungen im Vergaberecht dahingehend zu gestalten, um oben genannte volkswirtschaftliche Indikatoren zu verbessern und Österreich im internationalen Vergleich besser zu positionieren. Österreich hat insbesondere in der Elektro- und Elektronikindustrie eine Vielzahl an Unternehmen vorzuweisen, die sich mit ihren Produkten und Innovationen in einem global umkämpften Geschäftsfeld etablieren konnten und folglich auftraggebenden Stellen einen großen Mehrwert bringen können.

Der vorliegende Gesetzesentwurf birgt einige gute Ansätze, um die jetzige Auftragsvergabe zu verbessern. Der FEEI begrüßt insbesondere die Einführung der Innovationspartnerschaft als neues Verfahren, die das Halten von Knowhow und Entwicklung im Inland bewirken und die technologische Unabhängigkeit vom Ausland fördern wird. Zusätzlich wurden erstmals Lebenszykluskosten zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses in den Gesetzestext aufgenommen, was seitens

des FEEI schon jahrelang gefordert wurde. Dadurch haben Unternehmen die Möglichkeit, sich durch die Qualität ihrer Produkte von Billigproduzenten abzuheben.

Der vorliegende Entwurf sieht leider in einigen Bereichen größere administrative Anforderungen vor, die zusätzlichen Aufwand und daher höhere Verwaltungskosten für Unternehmen darstellen. Betroffen sind davon nicht nur Unternehmen, sondern auch ausschreibende Stellen, die sich mit den zusätzlichen Vorgaben auseinandersetzen müssen. Des Weiteren wird den öffentlichen Auftraggebern ein weiteres Instrument gegeben, Unternehmen aus Verfahren auszuschließen, da aufgrund der strengen Dokumentations- und Beilegungspflichten Unternehmen leichter etwas übersehen können.

Des Weiteren sind die angegebenen Rechtsschutzfristen sehr kurz und lassen betroffenen Unternehmen nicht ausreichend Zeit, um Einspruch erheben zu können. Diese kurzen Fristen sollten jedenfalls noch einmal vom Gesetzgeber überdacht werden.

Der wesentlichste Kritikpunkt liegt jedoch in der dürftigen Umsetzung des Bestbieterprinzips. Abermals wird die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip nicht genug ausgeweitet und sieht zusätzlich keine im Gesetz festgelegte Gewichtung preisfremder Kriterien vor. Dies wird auch in Zukunft weiterhin dazu führen, dass ausschreibende Stellen die Möglichkeit haben werden, mittels "Feigenblattkriterien" verdeckte Billigstbieterverfahren durchzuführen. Auf den Punkt gebracht, führt der vorliegende Gesetzesentwurf bei Bestbietervergaben zu einem Rückschritt gegenüber dem Status quo. Spezifischere Ausführungen und nähere Erläuterungen sind im Folgenden den konkreten Punkten zu entnehmen.

Konkrete Punkte

Eignungskriterien/Ausschlussgründe

§ 78 Abs. 1 Z 9: Ausschluss wegen einer mangelhaften Leistung bei einem früheren Auftrag (Berücksichtigung bisheriger Erfahrungen wie in Art 57 Abs. 4 g der RL)

Der vorliegende Entwurf bestimmt, dass ein Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen ist, wenn der Unternehmer in einem früheren Auftrag erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die eine vorzeitige Beendigung des Auftrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen zur Folge hatten. Aus Sicht des FEEI ist durch die wortwörtliche Übernahme des Richtlinientextes unklar, wie diese Bestimmung auszulegen ist und insbesondere was damit gemeint sein soll.

Dies stellt einen neuen zwingenden Ausscheidungsgrund für den Auftraggeber dar, der oft objektiv nicht nachvollziehbar und vermutlich Auslöser von zahlreichen langen Rechtsschutzverfahren sein wird. Die Folge wäre, dass Vergabeprojekte durch teure Sachverständigengutachten und Prozesse beträchtlich verzögert und verteuert werden könnten. Zusätzlich ermöglicht dieser Ausschlussgrund subjektive Entscheidungen zu fällen, was im Vergaberecht keinen Platz haben sollte.

Der FEEI fordert deshalb Klarstellungen in diesem Bereich, um gegenwärtige Auftragnehmer bei laufenden Vorhaben nicht erpressbar zu machen und Rechtssicherheit zu schaffen. Wünschenswert wäre daher hier eine Klarstellung im Gesetz, wonach das Vorliegen solcher gravierender Mängel durch entsprechende Gerichtsentscheidungen festgestellt sein muss.

§ 78 Abs. 2: Strafregisterauszüge auch für Prokuristen

Diese Bestimmung sieht einen zwingenden Ausschluss eines Unternehmens auch dann vor, falls ein Ausschlussgrund hinsichtlich einer Person erfüllt ist, die „*Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmens ist oder die darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat*“ (Z 1) oder bei Personen, die „*Entscheidungsbefugnis*“ im Vergabeverfahren haben (Z 2).

Die vorgeschlagene Regelung ist hinsichtlich der Betroffenheit von Prokuristen ebenso unklar formuliert wie die derzeit geltende und führt zu erheblicher Rechtsunsicherheit. Diesen Fall weiterdenkend, könnte diese Bestimmung weiterhin so ausgelegt werden, dass alle Prokuristen eines Unternehmens Strafregisterauszüge bei der Teilnahme an einer Ausschreibung vorzulegen haben. Dies würde bei großen Unternehmen beziehungsweise Konzernen mit einer Vielzahl an Prokuristen bedeuten, dass jeder Einzelne einen Strafregisterauszug beizulegen hat, auch wenn dieser mit der Ausschreibung keine Berührungspunkte hat. Dies würde einen großen administrativen Mehraufwand sowohl für die Bieter- als auch für die Auftraggeberseite bedeuten, der in keinem Verhältnis zu dem wie immer gear- teten Mehrwert steht.

Der FEEI vertritt die Meinung, dass diese Regelung jedenfalls präzisiert werden sollte und sich konkret nur auf die Geschäftsführer (bzw. Vorstandsmitglieder) beziehen sollte. Eine solche Klarstellung würde auch der Intention der EU Vergaberichtlinie in Art 57 Abs. 1 letzter Absatz nachkommen. Dem ist hinzuzufügen, dass § 78 Abs. 2 Z 2 generell gestrichen werden sollte, da diese Bestimmung über die Inhalte der EU Vergaberichtlinie hinausgeht, sehr verwirrend ist und der Gesetzgeber überhaupt vom „Golden Plating“ absehen sollte.

§ 84: Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Der FEEI vertritt die Meinung, dass im Sinne eines fairen Wettbewerbes Auftraggeber von der Festlegung von überschießenden bzw. sachlich nicht gerechtfertigten Eignungskriterien Abstand nehmen sollten. Infolgedessen wird angeregt, dass öffentliche Auftraggeber sowie Sektorenauftraggeber zur Beurteilung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit eines Bieters verpflichtend folgende Eignungskriterien heranziehen:

- Mindestrating

Ratingzahlen haben bereits Eingang in die Judikatur gefunden hat und werden auch von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern bereits in der Praxis erfolgreich gelebt. Zweckmäßigerweise sind im BVergG 2017 (bzw. in den Erläuterungen zum Gesetzestext) zusätzlich beispielhaft vorhandene Ratingsysteme zu nennen bzw. auch Empfehlungen für Mindestratingwerte abzugeben (z.B. KSV-Rating geringer als 400).

- Zumindest positive Eigenkapitalquote

Die Bedeutung der Eigenmittelquote zur Früherkennung von Unternehmenskrisen wird durch eine Vielzahl von Untersuchungen zu den Insolvenzursachen bestätigt. Nur Bieter mit positivem Eigenkapital bzw. ohne Reorganisationsbedarf bei öffentlichen Aufträgen anbieten zu lassen, ist wirtschaftlich

sinnvoll. Die Eigenmittel haben neben der Haftungsfunktion auch eine Verlustausgleichsfunktion und zeigen damit die Reserveausstattung eines Unternehmens an. Hieraus folgt unmittelbar, dass die Gefahr einer durch Überschuldung ausgelösten Insolvenz mit wachsenden Eigenmitteln geringer wird. Auch vor dem zweiten Konkursatbestand, der Zahlungsunfähigkeit, schützt eine hinreichende Eigenmitteldecke, da die Beschaffung von Fremdkapital erleichtert wird. In der Regel sollte die Forderung nach einer ausreichenden Eigenkapitalausstattung mit der Erreichung eines bestimmten Mindest-Ratingwertes erfüllt sein.

- Mindestjahresumsatz

Aus Sicht des FEEI sollte von den Bietern ein Mindestjahresumsatz verlangt werden, wobei ein Verhältnis Mindestjahresumsatz zur geschätzten Jahresauftragssumme von 2:1 angestrebt werden sollte. „Jahresauftragssumme“ bedeutet, dass bei mehrjährigen Aufträgen der jeweilige Jahresanteil in Relation zum Jahresumsatz heranzuziehen ist.

Bestbieterprinzip

§ 91 Abs. 5: „Bestbieterprinzip“ (analog auch § 262 Abs. 5)

Der FEEI steht der Ausweitung der verpflichtenden Anwendung des Bestbieterprinzips zwar positiv gegenüber, kritisiert jedoch massiv die Bevorzugung einzelner Branchen. So sieht der gegenständliche Gesetzesentwurf vor, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot unter anderem bei Vergaben im Baubereich (ab 1 Mio. Euro) sowie im Bereich Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen zu erteilen ist.

Aus Sicht des FEEI geht die angeführte taxative Aufzählung nicht weit genug und es kann keinesfalls nachvollzogen werden, wieso die Bau-, Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungsbranche gegenüber anderen Branchen, wie beispielsweise der Elektro- und Elektronikbranche, bevorzugt werden. Die Begünstigung einzelner Sektoren ist in keinsten Weise gerechtfertigt, weshalb sich der FEEI vor allem dafür ausspricht, den Anwendungsbereich des Bestbieterprinzips auszuweiten und einzelne Branchen nicht zu bevorzugen, da es hierfür keine sachliche Argumentationsgrundlage gibt.

Infolgedessen regt der FEEI an, den Gesetzestext dementsprechend anzupassen und einen der folgenden Varianten in das neue Bundesvergabegesetz aufzunehmen.

Variante 1

Um die unsachliche Differenzierung der einzelnen Branchen aufzuweichen, schlägt der FEEI vor, dass Aufträge im Oberschwellenbereich an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot vergeben werden. Durch diese Textänderung im Gesetz bleibt die noch immer deutliche Bevorzugung der einzelnen Branchen aufrechterhalten, sieht jedoch für alle anderen Branchen die verpflichtende Bestbietervergabe im Oberschwellenbereich vor, was ebenso eine faire Abwägung von Aufwand und Nutzen darstellen würde.

§ 91 (5) Der Zuschlag ist bei der Vergabe folgender Leistungen dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen:

1. bei Dienstleistungen, die im Verhandlungsverfahren gemäß § 34 Z 2 bis 4 vergeben werden sollen, oder
2. wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt, oder
3. bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1 000 000 Euro beträgt, oder
4. bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen, oder
5. wenn es sich um eine Auftragsvergabe im Wege eines wettbewerblichen Dialoges handelt, oder
6. wenn es sich um eine Auftragsvergabe im Wege einer Innovationspartnerschaft handelt *oder*
7. *wenn es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich handelt.*

§ 262 (5) Bei der Vergabe folgender Leistungen hat der Sektorenauftraggeber qualitätsbezogene Aspekte im Sinne des § 193 bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungskriterien oder der Zuschlagskriterien oder bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrages festzulegen:

1. wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt, oder
2. bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1 000 000 Euro beträgt, oder
3. bei unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß **Anhang XVI**, oder
4. bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr gemäß dem ÖPNRV-G 1999, wobei hier jedenfalls soziale Aspekte zu berücksichtigen sind, oder
5. bei der Beschaffung von Lebensmitteln, oder
6. bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen, *oder*
7. *wenn es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich handelt.*

Variante 2

Sofern diese generelle Ausweitung dem Gesetzgeber zu weit geht ist auf jeden Fall die Berücksichtigung weiterer Leistungen vorzunehmen. So ist aus Sicht des FEEI eine Vergabe an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot insbesondere bei technischen Produkten ob ihrer Komplexität notwendig, weshalb der Gesetzestext dahingehend wie folgt geändert werden sollte:

§ 91 (5) Der Zuschlag ist bei der Vergabe folgender Leistungen dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen:

1. bei Dienstleistungen, die im Verhandlungsverfahren gemäß § 34 Z 2 bis 4 vergeben werden sollen, oder
2. wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt, oder
3. bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1 000 000 Euro beträgt, oder
4. bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen, oder
5. **bei Produkten und Dienstleistungen für technische Infrastrukturen und Ausstattungen**
6. wenn es sich um eine Auftragsvergabe im Wege eines wettbewerblichen Dialoges handelt, oder
7. wenn es sich um eine Auftragsvergabe im Wege einer Innovationspartnerschaft handelt.

§ 262 (5) Bei der Vergabe folgender Leistungen hat der Sektorenauftraggeber qualitätsbezogene Aspekte im Sinne des § 193 bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungskriterien oder der Zuschlagskriterien oder bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrages festzulegen:

1. wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt, oder
2. bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1 000 000 Euro beträgt, oder
3. bei unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß **Anhang XVI**, oder
4. bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr gemäß dem ÖPNRV-G 1999, wobei hier jedenfalls soziale Aspekte zu berücksichtigen sind, oder
5. bei Produkten und Dienstleistungen für technische Infrastrukturen und Ausstattungen
6. bei der Beschaffung von Lebensmitteln, oder
7. bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen.

Erläuterungen:

Bei Produkten und Dienstleistungen für technische Infrastrukturen und Ausstattungen handelt es sich um Dienstleistungen und Betriebsmittel die z.B. zur Energieversorgung, Klimatisierung von Gebäuden, öffentlichen Beleuchtung, oder zum Betrieb von Transportwegen gebraucht werden. Ebenso ist dadurch die Ausstattung von Büroräumen inkludiert.

§ 91 Abs. 6: Qualitätsbezogene Aspekte bei der Vergabe bestimmter Dienstleistungen

Wie schon im vorherigen Punkt beschrieben, ist es aus Sicht des FEEI unverständlich, wieso es bei der Anwendung eines Bestbieterverfahrens zur Unterscheidung einzelner Branchen kommt und wesentliche Industriezweige außen vor gelassen werden. Auch in diesem Punkt fordert der FEEI eine Auflösung der branchenspezifischen Bevorzugung und die Verwendung des Bestbieterprinzips auch bei jenen Sektoren, wo es notwendig ist.

§ 91 Abs. 7 Z 1: Anzuwendendes Kostenmodell (analog auch § 263)

Der vorliegende Gesetzesentwurf sieht vor, dass bei Anwendung des Bestbieterprinzips das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot zu wählen ist. Dies kann entweder anhand von Zuschlagskriterien oder unter der Verwendung eines Kostenmodells erteilt werden. Des Weiteren hat die ausschreibende Stelle das zu verwendende Kostenmodell bekanntzugeben und kann sich auch einer Lebenszykluskostenrechnung bedienen.

Der FEEI befürwortet an sich die Verwendung von Lebenszykluskosten, ist aber hinsichtlich der vorgesehenen Regelung sehr skeptisch. Es besteht vor allem die Befürchtung, dass die Wahl zwischen einem Kostenmodell und Zuschlagskriterien zu einem versteckten Billigstbieterverfahren führen kann, da qualitative Aspekte im Kostenmodell nicht berücksichtigt werden beziehungsweise gesetzlich nicht festgelegt sind. Somit kann das Kostenmodell wie vorgesehen zu einer Umgehung der Verwendung von Zuschlagskriterien neben dem Preis führen. Zusätzlich wird der Aufwand für ausschreibende Stellen keinesfalls geringer. Auch der Nutzen solch eines Modells ist nicht darstellbar.

Sofern allerdings die Verwendung eines Lebenszykluskostenmodells verpflichtend vorgeschrieben werden sollte, trifft dies ganz klar die Bedürfnisse der Elektro- und Elektronikindustrie. Da, wie in § 92

vollkommen korrekt aufgezählt, nicht nur die Anschaffungskosten über einen gewissen Zeitraum berücksichtigt werden sondern vor allem auch die Dienstleistungen (Wartung), die rund um das eigentliche Produkt erbracht werden, können sich heimische Qualitätserzeuger gegenüber Billigkonkurrenz besser abgrenzen.

Innovationspartnerschaft

Aus Sicht des FEEI ist die Aufnahme der Innovationspartnerschaft als neues Verfahren im vorliegenden Entwurf ganz deutlich zu begrüßen. Der Verband fordert solch ein Verfahren schon seit Jahren und sieht diese Möglichkeit positiv entgegen, denn vor allem für die Elektro- und Elektronikindustrie sind Innovationspartnerschaften von besonderer Bedeutung. Das neue Vergabeverfahren sollte ganz wesentlich dazu beitragen, den Gap zwischen vorkommerzieller Beschaffung, also der Erzeugung eines Prototyps und der darauffolgenden Beschaffung eines marktreifen Produktes schließen.

Lediglich hinsichtlich der Verbindung von F&E und der darauffolgenden Beschaffung könnte das Gesetz noch wesentlich genauer die Bedingungen festlegen.

Zuschlagsverfahren – Prüfung der Angebote und Ausscheiden von Angeboten

§ 141 Abs. 1 Z 11: Ausscheiden von Angeboten von Bietern, die nachweislich Interessen haben, die die Ausführung des Auftrages beeinträchtigen können

Gemäß dem Gesetzesentwurf hat der öffentliche Auftraggeber Angebote auszuschließen, wenn Bieter ein nachweisliches Interesse daran haben, die Ausführung des Auftrages zu beeinträchtigen. Aus Sicht des FEEI ist diese neue Regelung vollkommen unklar und bedarf jedenfalls weiterer Erläuterungen.

Subunternehmer

§ 2 Z 34 Subunternehmerdefinition

Der FEEI begrüßt ausdrücklich die Streichung des Wortes „handelsüblich“ bei der Subunternehmerdefinition. Diese Regelung wird zukünftig die Unterscheidung zwischen Subunternehmer und Lieferant erleichtern.

§ 98 Abs. 2: Pflicht zur Bekanntgabe von Subunternehmern und „weiteren Subunternehmern“ im Anbot des Bieters

Wie schon bei der letzten Novelle angeführt, kritisiert der FEEI auch nun wieder die Bekanntgabe aller Subunternehmer sowie „weitere Subunternehmer“. Aus Sicht des FEEI ist die Pflicht zu einer derart weitgehenden Bekanntgabe sachlich nicht gerechtfertigt. Darüber hinaus sind mit diesen Pflichten, sogar wesentliche Nachteile für den öffentlichen Auftraggeber verbunden beziehungsweise zu erwarten.

Im Rahmen des Vergabeverfahrens ist der öffentliche Auftraggeber unverändert verpflichtet, die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit seines Vertragspartners zu prüfen. Ebenso unverändert kann ein Bieter seine technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer (nicht aber „weitere Subunternehmer“) substituieren, die ihrerseits dem öffentlichen Auftraggeber ihre technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit für den zu übernehmenden Anteil an der Leistung des Bieters nachweisen müssen.

Aus Sicht des FEEI ergibt sich damit auch der Personenkreis für den eine verpflichtende Bekanntgabe sachlich gerechtfertigt ist: Es sind dies die „notwendigen Subunternehmer“, die vom Bieter zur Erfüllung der geforderten technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herangezogen werden, da der Bieter mit diesen, in der Systematik des BVergG, „*technisch und wirtschaftlich geeignet*“ ist und in der Folge zum Auftragnehmer des öffentlichen Auftraggebers werden kann.

Unstrittig ist mit erfolgtem rechtskräftigem Zuschlag das Vergabeverfahren beendet und für die anschließende Abwicklung des Vertrages gilt ausschließlich das Zivilrecht. Es besteht daher keine Notwendigkeit zur Benennung von anderen als den „notwendigen Subunternehmern“, da die Leistung aller anderen (weiteren) Subunternehmern ohnedies von der nachgewiesenen Eigenbefugnis des Bieters abgedeckt ist.

Zudem besteht für den öffentlichen Auftraggeber keine Notwendigkeit für die Kenntnis sämtlicher „weiterer Subunternehmer“, da diese seit jeher zivilrechtlich als Erfüllungsgehilfen des erfolgreichen Bieters zu verstehen sind, deren Leistung dem erfolgreichen Bieter wie seine eigene Leistung zuzuordnen ist (d.h. der Bieter haftet gegenüber dem Auftraggeber für Fehlleistungen seiner Subunternehmer).

Der zeitliche Aufwand für Bieter, alle Subunternehmer und weiteren Subunternehmer zu benennen und – für den Fall der Nachfrage durch den Auftraggeber – die erforderlichen Eignungsnachweise einzuholen ist schlicht nicht gerechtfertigt. Des Weiteren besteht auch die Möglichkeit, dass die Subunternehmer schlicht nicht genannt werden können, da diese unter Umständen noch gar nicht feststehen.

§ 98 Abs. 4 Z 2: Beschränkung von Subunternehmerleistungen

Diese Bestimmung sollte genauer im Gesetz definiert werden, da es sich hierbei um einen wesentlichen Eingriff in die Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers handelt. Zusätzlich fehlen nähere Erläuterungen, die jedenfalls noch erweitert werden müssen. Auch diese Regelung ist in der EU Vergaberichtlinie nicht abgebildet, wodurch zum wiederholten Male „Golden Plating“ betrieben wird.

§ 363 Abs. 1: Bekanntgabe neuer Subunternehmer

Der vorliegende Entwurf sieht vor, dass nach Zuschlagserteilung der Auftragnehmer jeden beabsichtigten Wechsels eines Subunternehmers schriftlich dem Auftraggeber mitzuteilen hat. Der Einsatz des neuen Subunternehmers darf nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen. Diese Bestimmung sieht folglich den Entfall der stillen Zustimmungsfiktion, wie sie im alten Gesetz noch angeführt ist, vor. Auch wenn der Entwurf festlegt, dass der Auftraggeber eine Ablehnung beziehungsweise eine Zustimmung unverzüglich mitzuteilen hat, so ist dies trotzdem eine zusätzliche Hürde für die Auftragnehmer.

Der FEEI fordert die Beibehaltung der stillen Zustimmungsfiktion, die für die ausschreibende Stelle ebenfalls eine administrative Erleichterung darstellt. Sollte der Auftraggeber einer unverzügliche Ablehnung oder Zustimmung nicht nachkommen, so bedeutet dies eine Verzögerung des Auftrags, was sich schlussendlich in den Kosten abbilden wird und schlechtestenfalls zu Streitigkeiten hinsichtlich anfallender Pönalen (bei Verzug des Auftrags) führen kann.

Feigenblattproblematik

Der FEEI kritisiert, dass die Problematik der Feigenblattkriterien auch im Bundesvergabegesetz 2017 wieder nicht thematisiert wird. Die Vergangenheit, und eine vom FEEI und FMTI beim WIFO in Auftrag gegebene Studie¹ zeigt, dass bei Anwendung des Bestbieterprinzips die Gewichtung preisfremder Kriterien dermaßen gering ist, sodass schlussendlich meist der Auftragnehmer mit dem niedrigsten Preis den Auftrag für sich entscheiden konnte. Hierbei handelt es sich um versteckte Billigstbietervergaben, denen jedenfalls entgegengewirkt werden muss. Es ist zwar positiv zu sehen, dass das Bestbieterprinzip gefördert werden soll – es hilft jedoch nichts, wenn Auftraggeber über Graubereiche auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis zugreifen können.

Angesichts dieser Problematik fordert der FEEI bei Bestbieterverfahren eine ausgewogene Gewichtung von Preis und Qualitätskriterien. Um diese Forderung noch mehr zu spezifizieren dringt der Verband auf eine gesetzliche Verankerung der Verwendung von mindestens zwei preisfremden Kriterien sowie eine gesetzliche Verankerung einer Mindestgewichtung von preisfremden Kriterien in einem Bereich zwischen 60 und 80%.

Formulierungsvorschlag:

§ 91 (4a) Bei der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes durch Zuschlagskriterien, sind mindestens zwei preisfremde Zuschlagskriterien anzuwenden. Bei der Gewichtung, die ebenfalls in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben ist, darf der Preis eine Maximalgrenze von 80% nicht überschreiten.

Wir bedanken uns für die Berücksichtigung unserer Anliegen und stehen für weitere Gespräche sehr gerne zu Verfügung.

Mit besten Grüßen



Dr. Manfred Müllner

Geschäftsführer-Stv.

FEEI – Fachverband der Elektro- und Elektronikindustrie

¹ Siehe <https://www.feei.at/recht/vergaberecht/vergaberecht-wifo-studie-im-auftrag-des-feei>