

Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wien
Per E-Mail an: SLV@bka.gv.at

Kontakt	DW	Unser Zeichen	Ihr Zeichen	Datum
Mag. Alexandra Herrmann-Weihs	212	Her/Ha - 07/2017	GZ BKA-600.883/0003-V/8//2017	29.03.2017

Vergaberechtsreformgesetz 2017

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom 8.2.2017 hat das Bundeskanzleramt – Verfassungsdienst den Entwurf eines Bundesvergabegesetzes 2017 (BVergG 2017) übermittelt. Oesterreichs Energie bedankt sich für die Gelegenheit, zum vorliegenden Gesetzesentwurf Stellung nehmen zu dürfen. Dabei stehen naturgemäß die Sektorenbestimmungen des 3. Teils des Entwurfs im Vordergrund.

Unsere wesentlichen Anliegen sind:

Seitens Oesterreichs Energie wird der Umstand begrüßt, dass man sich im Wesentlichen mit der Umsetzung der Vergaberichtlinie 2014 (VergabeRL 2014) und der Sektorenrichtlinie 2014 (SektorenRL 2014) begnügt hat. Das Prinzip „no golden plating“ sollte klar als Richtschnur herangezogen werden.

Der Entwurf eines BVergG 2017 weist – im Sektorenbereich – einige zu begrüßende Neuerungen auf:

- § 178 Abs. 1: Die Klarstellungen bei der Auflistung der Ausnahmen aus dem BVergG 2017 sind positiv zu sehen. Beispielsweise wird in Z 27 der besagten Bestimmung auf die Freistellung der Stromerzeugung Bezug genommen.
- § 180: Die Möglichkeit gemeinsamer grenzüberschreitender Auftragsvergaben mehrerer Sektorenauftraggeber wird begrüßt und entspricht der bereits gelebten Vergabepaxis.
- § 184: Die – geringfügig erweiterte – Festschreibung des Prozesses für die Erlangung einer Freistellung stellt einen Transparenzschrift dar.
- § 185: Die Auflistung der Schwellenwerte und die Festschreibung eines Oberschwellenwerts von EUR 1.000.000,-- (exkl. USt.) für besondere Dienstleistungen sind zu

begrüßen. Wenngleich kein nationales Thema, ist bereits an dieser Stelle anzumerken, dass bei Bauvorhaben die Diskrepanz des Oberschwellenwerts für Planungsleistungen und für die Ausführungsleistungen dringend auf europäischer Ebene zu diskutieren ist. Angesichts der Rechtsprechung, die eine Zusammenrechnung aller Planungsleistungen fordert, müsste auch der betreffende Oberschwellenwert entsprechend angepasst werden. Beispielsweise ist auf ein Bauvorhaben mit Baukosten gemäß ÖNORM B1801-1 von EUR 5.000.000,-- (exkl. USt.) zu verweisen. Während die Ausführungsleistungen wegen Unterschreitens des betreffenden Oberschwellenwerts von EUR 5.225.000,-- (exkl. USt.) ausschließlich nach den Bestimmungen für den Unterschwellenbereich vergeben werden können, sind die Planungsleistungen bei Heranziehung eines moderaten Prozentsatzes von 15 % der Baukosten für die Honorierung sämtlicher Planungsleistungen (somit gegenständlich EUR 750.000,-- [exkl. USt.]) längst nach Durchführung europaweiter Vergabeverfahren zu beauftragen. Es sind keine sachlichen Gründe für eine derartige Ungleichbehandlung im Rahmen ein und desselben (Bau-) Vorhabens auszumachen.

- § 192: Die Präzisierungen bei der Verordnungsermächtigung für die Schwellenwertanpassung sind zu begrüßen.
- § 249 Abs. 2: Die Auflistung von Ausschlussgründen – ebenso wie die (neue) umfassende Formulierung der Eignungsnachweise – stellt eine europarechtlich nicht gebotene „Fleißaufgabe“ dar. Immerhin werden im Vergleich zum bisherigen Regelungsinhalt des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVerGG 2006) sinnvolle Ausschlussgründe hinzugefügt. Positiv werden die neuen Tatbestände der nachteiligen Abreden (Z 3), des „unvermeidlichen“ Interessenskonflikts (Z 6), der Verletzung wesentlicher Anforderungen bei früheren Aufträgen (Z 8) und der versuchten Einflussnahme (Z 10) eingestuft. In der Folge werden jedoch vor allem beim Ausschlussgrund „Verletzung wesentlicher Anforderungen bei früheren Aufträgen“ Präzisierungen eingefordert.
- § 315 Abs. 3: Die Erhöhung der maximalen Laufzeit für Rahmenvereinbarungen im Oberschwellenbereich auf 8 Jahre ist als positiv hervorzuheben.

Zu den einzelnen Bestimmungen nehmen wir wie folgt Stellung:

Im Folgenden werden in chronologischer Reihenfolge jene Sektorenbestimmungen des Entwurfs für ein BVerGG 2017 angeführt, bei denen ein Änderungs- bzw. Klärungsbedarf gesehen wird:

Zu § 170 Abs. 5

Zunächst ist auf einen Tippfehler im Entwurf hinzuweisen. Der nominell fünfte Absatz wird mit der Zahl „4“ bezeichnet. Richtigerweise handelt es sich um den Abs. 5.

Aus inhaltlicher Sicht wird in Abs. 5 festgelegt, dass die Einspeisung die Erzeugung bzw. die Produktion sowie den Groß- und Einzelhandel umfasst. Diese Formulierung beruht wohl auf Art 7 SektorenRL 2014 und dem Erwägungsgrund 23 zur SektorenRL 2014. Allerdings birgt eine unreflektierte Übernahme der angeführten Sektorenbestimmung die Gefahr, dass durch eine innerstaatliche Wortinterpretation das eigentliche Ziel der SektorenRL 2014 verfehlt wird. Im besagten Erwägungsgrund 23 wird ausdrücklich festgehalten, dass die nunmehrige

Definition von *Einspeisung* gerade nicht zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der SektorenRL 2014 führen soll.

In § 164 BVergG 2006 fehlt eine Begriffsbestimmung der *Einspeisung*. Dass die Einspeisung in Netze *jeglichen* Stromhandel umfasst, wäre bislang niemandem in den Sinn gekommen. Dies belegt die Entstehung des Art 7 SektorenRL 2014. Im ursprünglichen Vorschlag der Kommission für die Neufassung der SektorenRL aus dem Jahre 2011 wird betreffend Elektrizität – im damals maßgeblichen Art 6 des Vorschlags – festgehalten, dass „für die Zwecke dieser Richtlinie [...] die Einspeisung von Elektrizität Elektrizitätserzeugung (Produktion) und –großhandel [umfasst]“. Es ist somit (nur) der unmittelbar mit der Produktion zusammenhängende Handel unter dem Begriff „Einspeisung“ subsumiert worden. Dies ist insofern systematisch richtig, als die Kommission bei ihrer Marktdefinition im Elektrizitätssektor regelmäßig *Erzeugung und Großhandel* (im Sinne des ersten Absatzes) als eine Einheit betrachtet. Beispielsweise ist in diesem Zusammenhang auf Punkt 35.1 des Abschnitts D der NACE-Klassifikation zu verweisen.

Erst durch das Europäische Parlament hat der Begriff „Einzelhandel“ Eingang in die Begriffsbestimmung der Einspeisung gefunden. Dies ist inhaltlich insoweit widersinnig, als gerade beim Strom-*Einzelhandel* europaweit in der „Elektrizitätskette“ wohl der größte Wettbewerb herrscht. Das Europäische Parlament bleibt jegliche Erklärung zur gegenständlichen Begriffserweiterung schuldig und begibt sich in Widerspruch zu der im Erwägungsgrund 23 zur SektorenRL 2014 wiedergegebenen Zielsetzung, gerade keine Erweiterung des Anwendungsbereichs vornehmen zu wollen.

Überdies wird angemerkt, dass in § 178 Abs. 1 Z 27 BVergG 2017 ausschließlich von der Stromerzeugung die Rede ist. Im Sinne einer einheitlichen Begrifflichkeit sollte daher auch im gegenständlichen § 170 Abs. 5 BVergG 2017 „lediglich“ der Begriff „Erzeugung“ verwendet werden.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen regt Oesterreichs Energie an, die Begriffsbestimmung der *Einspeisung* für die Sektoren „Gas und Wärme“, „Elektrizität“ und „Wasser“ zu entflechten und die betreffende Begriffsbestimmung für die Elektrizität wie folgt zu formulieren:

„Im Bereich der Elektrizität umfasst die Einspeisung im Sinne dieser Bestimmung die Erzeugung sowie den Erstabatz“.

Sollte es bei der nationalen Umsetzung nicht möglich sein, vom – wie zuvor aufgezeigt – missverständlichen Richtlinienwortlaut abzuweichen, wird alternativ vorgeschlagen, dass in den Erläuternden Bemerkungen eine Klarstellung aufgenommen wird, dass im Bereich der Elektrizität die Einspeisung die – in Österreich ohnedies freigestellte – Erzeugung und den damit unmittelbar verbundenen Erstabatz umfasst. Eine Einbeziehung des Strom-Einzelhandels würde der Intention des Richtliniengebers, keine Erweiterung des Anwendungsbereichs der SektorenRL vorzunehmen, zuwiderlaufen und den im Strom-Einzelhandel vorherrschenden Wettbewerb negieren.

Zu § 181 Abs. 2

Im Sinne der angestrebten Beibehaltung der bisherigen Regelung von § 176 Abs. 2 BVergG 2006 wird angeregt, anstelle von „aller“ jeweils „dieser“ zu verwenden. § 181 Abs. 2 BVergG 2017 sollte daher wie folgt lauten:

„Die Ausnahmen gemäß Abs. 1 gelten

- 1. für Dienstleistungsaufträge, sofern unter Berücksichtigung dieser Dienstleistungen, die von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre erbracht wurden, mindestens 80 % des insgesamt erzielten durchschnittlichen Umsatzes dieses Unternehmens aus der Erbringung von diesen Dienstleistungen für den Sektorenauftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmen stammen;*
- 2. für Lieferaufträge, sofern unter Berücksichtigung dieser Lieferungen, die von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre erbracht wurden, mindestens 80 % des insgesamt erzielten durchschnittlichen Umsatzes dieses Unternehmens aus der Erbringung von diesen Lieferungen für den Sektorenauftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmen stammen;*
- 3. für Bauaufträge, sofern unter Berücksichtigung dieser Bauleistungen, die von dem verbundenen Unternehmen während der letzten drei Jahre erbracht wurden, mindestens 80 % des insgesamt erzielten durchschnittlichen Umsatzes dieses Unternehmens aus der Erbringung von diesen Bauleistungen für den Sektorenauftraggeber oder andere mit ihm verbundene Unternehmen stammen.“*

Zu § 188 Abs. 1

Die Schaffung des BVergG 2017 sollte zum Anlass genommen werden, die Auftragswertberechnung bei Lieferaufträgen mit einer bestimmten Laufzeit von mehr als 48 Monaten an die betreffende Regelung für vergleichbare Dienstleistungsaufträge (siehe § 189 Abs. 1 Z 3 BVergG 2017) anzugleichen. Es sind keine nachvollziehbaren Gründe ersichtlich, warum Liefer- und Dienstleistungsaufträge mit identen Laufzeiten bei der Auftragswertberechnung unterschiedlich behandelt werden sollten.

Es wird daher angeregt, § 188 Abs. 1 BVergG 2017 wie folgt zu adaptieren:

*„Bei Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen:
[...]*

- 3. bei unbefristeten Aufträgen, Aufträgen mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten oder bei unklarer Vertragsdauer das 48fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgelts.“*

Zu § 188 Abs. 5 und § 189 Abs. 6

In diesen Bestimmungen wird für Liefer- und Dienstleistungsaufträge jeweils die sogenannte „kleine Losregel“ festgelegt. Es handelt sich um eine „rein österreichische“ Bestimmung, auf europarechtliche Vorgaben muss nicht bzw. nur eingeschränkt Bedacht genommen werden.

Beide Bestimmungen sehen vor, dass bei Nicht-Erreichen des Oberschwellenbereichs die Liefer- bzw. Dienstleistungslose nach den Bestimmungen des Unterschwellenbereichs

vergeben werden können. Anders als bei Bauaufträgen sind jedoch nicht alleine die *Auftragswerte* der einzelnen Lose für die Wahl des Vergabeverfahrens maßgeblich. Vielmehr werden die zulässigen Direktvergaben auf 40 % des *Gesamtauftragswertes* limitiert. Es erscheint nicht einsichtig, dass bei Bauaufträgen – begrüßenswerter Weise – der Regelungsspielraum im Unterschwellenbereich – die Systematik der betreffenden „großen Losregel“ negierend – gänzlich ausgeschöpft wird und man sich bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die ohnedies in einem engeren Schwellenwertkorsett gefangen sind, wiederum an der jeweiligen „großen Losregel“ orientiert.

Wir regen daher an, sowohl in § 188 Abs. 5 BVergG 2017 als auch in § 189 Abs. 6 BVergG 2017 zumindest die 40%-Grenze zu streichen. Folgende Formulierung für § 188 Abs. 5 BVergG 2017 wird vorgeschlagen:

„Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 185 Abs. 1 Z 2 genannten Schwellenwert nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen, im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses.“

Alternativ wird folgende Formulierung für § 188 Abs. 5 BVergG 2017 vorgeschlagen:

„Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 185 Abs. 1 Z 2 genannten Schwellenwert nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Lieferaufträgen, im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 75.000 Euro beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden.“

Folgende Formulierung für § 189 Abs. 6 BVergG 2017 wird vorgeschlagen:

„Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 185 Abs. 1 Z 2 genannten Schwellenwert nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Loses.“

Alternativ wird folgende Formulierung für § 189 Abs. 6 BVergG 2017 vorgeschlagen:

„Erreicht oder übersteigt der kumulierte Wert der Lose den in § 185 Abs. 1 Z 2 genannten Schwellenwert nicht, so gelten die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, im Unterschwellenbereich für die Vergabe aller Lose. Lose, deren geschätzter Auftragswert weniger als 75.000 Euro beträgt, können im Wege der Direktvergabe vergeben werden.“

Klarstellend wird angemerkt, dass die vorgeschlagene Anpassung auch im „klassischen“ Bereich in den §§ 15 Abs. 6 und 16 Abs. 6 BVergG 2017 vorgenommen werden sollte.

Zu § 189 Abs. 4

Bei dieser Bestimmung handelt es sich um die Nachfolgeregelung des § 184 Abs. 4 BVergG 2006. Die besagte Formulierung beruht nicht unmittelbar auf einem Richtlinienentwurf; die vorgenommenen Änderungen sind daher nicht aufgrund der SektorenRL 2014 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 korrespondierende Bestimmung existiert für Lieferleistungen in § 183 Abs. 3 BVergG 2006. Im Entwurf für ein BVergG 2014 wird in § 188 Abs. 3 bei den Lieferleistungen unverändert von gleichartigen Lieferleistungen geschrieben. Im gegenständlichen Entwurf eines § 189 Abs. 4 BVergG 2017 soll hingegen für die Dienstleistungen die Gleichartigkeit keinerlei Rolle spielen.

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. Hat der Wegfall der Eigenschaft „gleichartig“ etwa zur Folge, 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 müssen? Eine derartige Sichtweise lässt sich weder aus der einschlägigen Rechtsprechung noch aus dem bisherigen Schrifttum ableiten.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen wird angeregt, § 189 Abs. 4 BVergG 2014 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 BVergG 2017 vorgenommen werden sollte.

An dieser Stelle wird nochmals darauf hingewiesen, dass sich die Schwellenwerte für Planungsleistungen in einem Vorhaben und die Schwellenwerte für betreffende Ausführungsleistungen in keinem stimmigen Verhältnis befinden. Während Ausführungs-

leistungen für ein und dasselbe Vorhaben vielfach nach den Regeln des Unterschwellenbereichs beauftragt werden können, müssen die – für den Projekterfolg mindestens ebenso wichtigen – Planungsleistungen ungleich früher europaweit bekannt gemacht werden. Es wird angeregt, die Problematik mit Nachdruck auf EU Ebene zu deponieren.

Zu § 193 Abs. 8

Die Regelungen des Entwurfstextes zur Auftragswertberechnung für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sind der gegenständlichen Zielbestimmung der Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen abträglich. Bisherige Erfahrungen zeigen, dass verstärkte Zusammenrechnungsgebote zu einem Ansteigen von gebündelten Vergaben (z.B. Beauftragung eines Generalplaners anstelle von Vergaben an einzelne Fachplaner) führen, was wiederum der in Österreich gerade im Liefer- und Dienstleistungsbereich anzutreffenden Struktur an – förderwürdigen – kleineren und mittleren Unternehmen zuwiderläuft.

Zu § 201 Abs. 5

Der Entwurfstext könnte dahingehend (miss-)interpretiert werden, dass bereits in der Bekanntmachung verpflichtend eine Festlegung zu erfolgen hat, dass mehrere oder sämtliche Lose an einen Bieter vergeben werden können. Die Notwendigkeit einer derartigen Festlegung bereits zu Beginn eines Vergabeverfahrens wird nicht gesehen. Dies gilt vor allem bei zweistufigen Vergabeverfahren. Eine betreffende Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen ist völlig ausreichend.

Zu § 206 Abs. 2

Im Entwurfstext wird die Bezeichnung „ungeeignetes Angebot“ verwendet. An anderer Stelle des Entwurfs eines BVergG 2017 finden sich im Hinblick auf Angebote wiederum – in offenkundig synonyme Verwendung – die Adjektive „nicht ordnungsgemäß“ und „unannehmbar“ (siehe z.B. § 34 Z 5 BVergG 2017). Im Sinne einer einheitlichen Auslegung wird die Vereinheitlichung der betreffenden Begrifflichkeiten angeregt.

Zu § 213 Abs. 2

Der Schwellenwert für die Zulässigkeit einer Direktvergabe von EUR 60.000,-- (exkl. USt.) scheint aus dem BGBl I Nr. 17/2006 in die Textierung geraten zu sein. Während an betreffender Stelle im „klassischen“ Bereich bereits der „neue“ Direktvergabewert von EUR 50.000,-- (exkl. USt.) verwendet wird, kommt an der konkreten Sektorenstelle noch der alte Wert von EUR 60.000,-- (exkl. USt.) zur Anwendung. Richtig muss es jedenfalls EUR 75.000,-- (exkl. USt.) heißen. Dies korrespondiert auch mit den (derzeitigen) §§ 188 Abs. 6 und 189 Abs. 6 BVergG 2017.

Wenngleich vorerst ohnedies durch die SchwellenwerteVO eine Erhöhung des Subschwelenwerts auf EUR 100.000,-- (exkl. USt.) erfolgt, wird im gegenständlichen Zusammenhang eine entsprechende Inflationsanpassung angeregt. Der betreffende Schwellenwert (abgesehen von der Geltung der SchwellenwerteVO) könnte zumindest auf EUR 80.000,-- (exkl. USt.) angehoben werden. Allenfalls wären dann auch die §§ 188 Abs. 6 und 189 Abs. 6 BVergG 2017 anzupassen.

Zu § 217 Abs. 12

Die Vorgabe, Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen zu müssen, ist schlicht „überschießend“. Die qualifizierte elektronische Signatur stellt das Pendant zur herkömmlichen händischen Fertigung dar. Kein (Sektoren-)Auftraggeber wäre jemals auf die Idee gekommen, seine Teilnahme-, Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen zu fertigen. Streng genommen sind nach der einschlägigen Rechtsprechung der Vergabekontrolle auch keine Teilnahmeanträge zu fertigen, da diese keine verbindliche Leistungszusage beinhalten.

Ein allfälliger Verweis, wonach der bisherige § 204 Abs. 4 BVergG 2006 bereits eine vergleichbare Bestimmung enthält, geht ins Leere. In den betreffenden Materialien wird nämlich ausdrücklich festgehalten, dass die Zurverfügungstellung von Ausschreibungsdokumenten nicht als Übermittlung im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist und es somit keiner elektronischen Signatur bedarf.

Eine betreffende Klarstellung fehlt im Zusammenhang mit dem Entwurf eines BVergG 2017.

Zur Forderung einer qualifizierten elektronischen Signatur von Auftragsbestätigungen ist festzuhalten, dass bei Sektorenauftraggebern die Beauftragung meist in Form einer Bestellung direkt aus dem SAP-System erfolgt. Eine qualifizierte elektronische Signatur ist jedoch bei SAP nicht Stand der Technik und würde Sektorenauftraggeber zu erheblichen Mehraufwendungen zwingen, ohne dass damit ein entsprechender Mehrwert verbunden wäre. Es sollte daher auch die Forderung nach elektronischer Signatur von Auftragsbestätigungen gestrichen werden.

Es wird daher angeregt, § 217 Abs. 12 BVergG 2017 wie folgt anzupassen:

„Teilnahmeanträge, Angebote und Dokumente, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung stehen, sind mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, einem qualifizierten elektronischen Siegel oder einer Amtssignatur gemäß § 19 Abs. 1 E-GovG zu versehen bzw. hat die Übermittlung so zu erfolgen, dass die Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der übermittelten Datensätze mit einer Qualität gewährleistet ist, die mit der Qualität einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw. eines qualifizierten elektronischen Siegels vergleichbar ist.“

Sofern der vorstehenden Anregung nicht Folge geleistet wird, sollte zumindest in den Erläuternden Bemerkungen – wie zum bisherigen BVergG 2006 – eine Klarstellung aufgenommen werden, dass bei einem Bereitstellen von Teilnahme- und Ausschreibungsunterlagen, z.B. auf der Homepage eines (Sektoren-)Auftraggebers, von einer elektronischen Signatur abgesehen werden kann.

Zu § 232 Abs. 1

Die Bekanntgabe jedes vergebenen Auftrags, jeder abgeschlossenen Rahmenvereinbarung und jedes Ergebnisses eines Ideenwettbewerbs im Oberschwellenbereich an <https://www.data.gv.at/> und an das Amt für Veröffentlichungen stellt eine Verdopplung des Aufwands dar und läuft somit einem der Ziele der SektorenRL 2014, nämlich der Verwaltungsvereinfachung, zuwider. Es wird angeregt, dass bei einer Bekanntgabe an

<https://www.data.gv.at/> von dortiger Stelle sodann die Bekanntmachung des vergebenen Auftrags an das Amt für Veröffentlichungen erfolgt. Der Aufwand der (Sektoren-)Auftraggeber wird dann zumindest nicht erhöht.

Überdies wird um verständliche Präzisierung ersucht, was unter den „Metadaten der Kerndaten von Vergabeverfahren“ tatsächlich gemeint ist.

Zu § 249 Abs. 1 und § 367 Z 1 i.V.m. § 377 Abs. 2

§ 249 Abs. 1 legt fest, dass der Auftraggeber dazu verpflichtet ist, Unternehmer jederzeit von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er davon Kenntnis erlangt, dass der Unternehmer rechtskräftig wegen einer der in § 249 Abs. 1 genannten Straftatbestände verurteilt wurde. Auch wenn der Gesetzestext auf die Kenntnis des Auftraggebers von einer Verurteilung abstellt, ist damit zwangsläufig ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab anzunehmen, welcher einen zusätzlichen Prüfaufwand notwendig macht. In Anbetracht des ohnehin – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung – bestehenden Interesses des Auftraggebers, Geschäftsbeziehungen nur mit zuverlässigen und nicht einschlägig vorbestraften Auftragnehmern zu unterhalten, erscheint diese Bestimmung nicht sachgerecht und überbordend. Diese mangelnde Praxistauglichkeit der Bestimmung zeigt sich umso mehr, wenn man bedenkt, dass es nach dem vorliegenden Entwurf nicht ausreichend sein soll, „nur“ Strafregisterauszüge von Geschäftsführern/Vorständen einzuholen, sondern auch von sämtlichen Personen, die „Mitglieder im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan“ sind oder die „darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse“ haben. Es scheint notwendig, zu erläutern, welche Personen genau unter diesen Begrifflichkeiten zu verstehen sind.

Aus den aufgezeigten Gründen regen wir daher dringend die Beibehaltung der bisherigen Bestimmung des § 229 Abs. 1 Z 1 an. Die gesamte Sprengkraft der zitierten Bestimmung wird aber erst sichtbar, wenn man diese Bestimmung im Zusammenhang mit § 367 Z 1 und der Strafbestimmung des § 377 Abs. 2 liest.

Dazu im Einzelnen:

§ 367 Z 1 legt die Verpflichtung des Auftraggebers zur unverzüglichen Kündigung von Verträgen fest, wenn der Auftragnehmer gemäß § 249 Abs. 1 zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung vom Vergabeverfahren auszuschließen gewesen wäre. Diese Norm ist als gravierender Eingriff in die Disposition des Auftragnehmers und seinem Interesse an einer reibungslosen Vertragsabwicklung zu verstehen; das Vergabeverfahren ist ja bereits rechtskonform durchgeführt und abgeschlossen worden, den Auftraggeber aber zur unverzüglichen Kündigung des bestehenden Vertrages zu einem späteren Zeitpunkt zu verpflichten, ist überschießend und unverhältnismäßig; dies auch im systematischen Zusammenhang des Gesetzes, welches ansonsten lediglich bei „schwersten Vergabeverstößen“ solch gravierende Sanktionen vorsieht (§ 356 des Entwurfes, bisher § 334).

Zudem ist die Strafdrohung bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur Kündigung eines Vertrages gemäß § 367 mit einer Höhe von bis zu 30 % der Auftragssumme völlig unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt. Diese Höhe der Strafdrohung steht auch in keinem angemessenen Verhältnis zur Geldbuße gemäß § 356 (bisher § 334). Zumal auch ein Verwaltungsstrafverfahren gegenüber dem vertretungsbefugten Organ des Auftraggebers eingeleitet würde und die Verwaltungsstrafe von diesem persönlich zu bezahlen wäre. Daher halten wir es für notwendig, den § 377 Abs. 2 gänzlich zu streichen.

Sollte nach Abwägung aller Gründe das weiterhin als Erfordernis einer verwaltungsstrafrechtlichen Sanktion gesehen werden (wir sehen diese Notwendigkeit nicht!), regen wir an, diese zumindest mit einer geringeren Strafdrohung zu versehen und z.B. in § 377 Abs. 1 zu integrieren (Geldstrafe bis zu 50.000 EUR).

Zu § 249 Abs. 2 Z 8

Der neue Ausschlussgrund der Nicht-Erfüllung wesentlicher Anforderungen im Rahmen eines früheren Auftrags wird begrüßt. Allerdings werden Präzisierungen zumindest in den Erläuternden Bemerkungen angeregt. Gilt dieser Ausschlussgrund nur für *eigene* frühere Aufträge? Kann in diesem Zusammenhang auch auf frühere betreffende Erfahrungen von verbundenen Auftraggebern Bezug genommen werden? Wenn auch auf betreffende Erfahrungen von anderen Auftraggebern Bezug genommen werden kann, wie weit reicht die entsprechende Prüf- und Dokumentationspflicht?

Weiters wird eine Klarstellung bzw. Konkretisierung der Wortfolge „oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“ zumindest in den Erläuternden Bemerkungen gefordert.

Was versteht man unter vergleichbaren Sanktionen, die zu einem Ausschluss gemäß § 249 berechtigen? Welcher Interpretationsmaßstab wird an die „Vergleichbarkeit“ angelegt?

Zu § 254

An dieser Stelle ist anzumerken, dass die nunmehr im Zusammenhang mit der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit festgehaltenen Prüfpflichten eines Sektorenauftraggebers schlicht überschießend und gänzlich praxisfremd sind.

Anstelle einer angestrebten Verwaltungsvereinfachung kommt es zu einer (Prüf-)Aufwands- explosion. Bereits jetzt ist ein entsprechendes Ansteigen von Entscheidungen der Vergabekontrolle zu erwarten, in denen einem Sektorenauftraggeber zum Vorwurf gemacht wird, er hätte im Hinblick auf die berufliche Zuverlässigkeit nicht „zu Ende“ geprüft.

Zu § 260 Abs. 1

Diese Bestimmung ist in ihrer derzeitigen Formulierung unklar. Bezieht sie sich nur auf einstufige Vergabeverfahren? Soll sie auch für zweistufige Vergabeverfahren gelten? Wenn ja, sind bei zweistufigen Vergabeverfahren die *Teilnahmeunterlagen* als die angeführten *Ausschreibungsunterlagen* zu verstehen? Wenn letzteres der Fall ist, warum verwendet man nicht die entsprechende Bezeichnung?

Losgelöst von den exemplarisch angeführten Unklarheiten wird eine allfällige Vorgabe, in zweistufigen Vergabeverfahren bereits mit der Bekanntmachung die Ausschreibungsunterlagen offenzulegen, abgelehnt. Eine aussagekräftige Umschreibung des Ausschreibungsgegenstands in den Teilnahmeunterlagen mit Bekanntgabe allfälliger Muss-Anforderungen ist – wie bisher – völlig ausreichend. Der SektorenRL 2014 lässt sich keine Grundlage für eine weitergehende Offenlegung entnehmen.

Zu § 260 Abs. 4

Diese Bestimmung ist grundsätzlich in Frage zu stellen. Zunächst ist vorzuschicken, dass sie in zweistufigen Vergabeverfahren nicht anwendbar ist. Wer sonst soll die Eignungs- und Auswahlprüfung vornehmen, wenn es Mitarbeitern des Sektorenauftraggebers und dem Beschaffungsdienstleister nicht möglich ist? Wie soll eine „anonymisierte“ Eignungs- und Auswahlprüfung funktionieren?

Aber auch bei einstufigen Vergabeverfahren ist ein Mehrwert dieser Bestimmung nicht auszumachen. Offenkundig soll sie dazu dienen, kollusives Verhalten zwischen Auftraggebervertretern, Beschaffungsdienstleistern und Bietern zu verhindern. Welche kriminelle Veranlagung wird in diesem Zusammenhang vermutet, um eine derart überbordende Regelung zu treffen?

Es wird angeregt, den § 260 Abs. 4 BVergG 2017 gänzlich zu streichen.

Zu § 262 Abs. 3

Der letzte Satz dieses Absatzes ist nicht vollständig.

Zu § 262 Abs. 5

Wie immer man zur Vorgabe des Bestangebotsprinzips („Bestbieterprinzip“) stehen mag, der nunmehr vorgeschlagene § 262 Abs. 5 BVergG 2017 ist schlicht nicht stimmig. Für umfassend beschreibbare Leistungen, wie Bauaufträge ab einem Auftragswert von EUR 1.000.000,- (exkl. USt. Z 2), Beschaffung von Lebensmitteln (Z 5) und Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen (Z 6), wird *zwingend* die Heranziehung von Qualitätskriterien vorgeschrieben. Die geistigen Dienstleistungen als klassischer Anwendungsfall für das Bestangebotsprinzip werden – aus welchen Gründen auch immer – wieder ausgeklammert. Ein allfälliger Hinweis, bei geistigen Dienstleistungen erfolge ohnedies die Beschreibung im Wesentlichen funktional und gelange somit die Z 1 zur Anwendung, stellt einen „Bärenienst“ im Sinne der Rechtssicherheit dar. Mit verstärkten Anfechtungen bei der Vergabekontrolle in mühsamen Nachprüfungsverfahren ist zu rechnen, zumal die mit Juristen besetzten Senate im Einzelfall und unter Beiziehung technischen Sachverständigen zu entscheiden haben werden, ob *im Wesentlichen eine funktionale Beschreibung* der Leistung erfolgte.

Zu den §§ 266 und 267

Wenn die Aussagen des Entwurfstextes richtig verstanden werden, sollen Alternativangebote künftig auch bei Anwendung des Billigstangebotsprinzips („Billigstbieterprinzip“) zulässig sein. Wenn dem so ist, dann kann die seinerzeit künstlich geschaffene Kategorie der Abänderungsangebote wieder beseitigt werden. Dies würde einige Verwirrung in der Vergabepaxis auslösen und einen Beitrag zur Rechtsbereinigung liefern.

Es wird daher vorgeschlagen, § 267 BVergG 2017 (samt korrespondierenden Bezugnahmen zu Abänderungsangeboten im übrigen Gesetzesvorschlag) zu streichen und in den Erläuternden Bemerkungen entsprechende Klarstellungen vorzunehmen.

Zu § 278 Abs. 5

Der Verweis auf § 164 ist offenkundig irrig. Gemeint dürfte wohl § 167 BVergG 2017 sein.

Zu § 281

Aus Sicht von Oesterreichs Energie wird die gegenständliche Regelung des Ablaufs eines Verhandlungsverfahrens in der SektorenRL 2014 nicht vorgegeben. Sie scheint daher entbehrlich. Zahlreiche Vorgaben in der dem „klassischen“ Bereich entnommenen Bestimmung werden ohnedies durch anderweitige Gesetzespassagen indiziert (z.B. Wahrung der Gleichbehandlung in Abs. 4).

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

Zu § 299

Wenngleich von § 267 Abs. 2 Z 1 BVergG 2006 entnommen, könnte man den betreffenden Abs. 2 Z 1 wie folgt präzisieren:

„1. ob den in § 193 Abs. 1 und 9 angeführten Grundsätzen durch den Bieter entsprochen wurde, ...“

Die Grundsätze des § 193 Abs. 1 und 9 BVergG 2017 richten sich im weitaus überwiegenden Ausmaß an den jeweiligen (Sektoren-)Auftraggeber. Gegenstand der Angebotsprüfung sind die Angebote und somit das Verhalten der dahinterstehenden Bieter.

Zu § 302 Abs 1

Diese Bestimmung enthält in seiner Z 7 einen gänzlich neuen Ausscheidensgrund. Demnach sind Angebote „von Bietern, die nachweislich Interessen haben, die die Ausführung des Auftrages beeinträchtigen können“, auszuschneiden. Was damit konkret gemeint ist, erschließt sich weder aus dem Gesetzestext noch aus den Erläuternden Bemerkungen. Es wird um entsprechende Präzisierung ersucht, andernfalls besteht die Gefahr, dass entweder lediglich „totes Recht“ geschaffen wird oder eine exzessive missbräuchliche Verwendung um sich greift. Die Sichtweisen, was eine Beeinträchtigung der Ausführung eines Auftrages darstellt, divergieren zwischen Auftraggeber- und Auftragnehmerseite vielfach doch beträchtlich.

Zu § 309

Der SektorenRL 2014 ist keine korrespondierende Bestimmung zu entnehmen. Offenkundig sollen die Informationspflichten im „klassischen“ Bereich auf den Sektorenbereich übertragen werden. Dies wird als überschießend abgelehnt. Es wird angeregt, die Informations- und Übermittlungspflichten auf die Mindestvorgaben der SektorenRL 2014 zu beschränken.

Zum vorgeschlagenen Abs. 2 dieser Bestimmung wird festgehalten, dass eine Informationsübermittlung auf Anfrage des Bundeskanzlers nur dann erforderlich und sachlich gerechtfertigt ist, wenn sich dieser mit einer betreffenden Anfrage der Kommission konfrontiert sieht. Eine anderweitige Informationsnotwendigkeit wird seitens Oesterreichs Energie nicht gesehen.

Sofern keine gänzliche Streichung des § 309 BVergG 2017 erfolgt, wird angeregt, dessen Abs. 2 zumindest wie folgt anzupassen:

„Bei Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich hat der Sektorenauftraggeber die Unterlagen gemäß Abs. 1 oder deren wesentlichen Inhalt dem Bundeskanzler auf dessen Anfrage unverzüglich zu übermitteln, sofern zuvor eine betreffende Aufforderung der Kommission erfolgt ist.“

Zu § 360

Die in Abs. 1 und 6 festgeschriebenen statistischen Pflichten werden als überbordend eingestuft. Vielfach handelt es sich um Informationen, über die der Sektorenauftraggeber selber nicht verfügt. Warum sollten die privatrechtlich organisierten Sektorenauftraggeber zu zusätzlichen Ermittlungsschritten, die für den Ablauf und den Ausgang eines Vergabeverfahrens ohne jede Relevanz sind, angehalten werden? Das Ziel der SektorenRL 2014, einen Beitrag zur *Verwaltungsvereinfachung* zu leisten, wird geradezu konterkariert.

Zu § 363 Abs. 1

In dieser Bestimmung wird der Austausch eines Subunternehmers während der Phase der Leistungsabwicklung geregelt. Es handelt sich um das Pendant zu § 240 Abs. 5 BVergG 2006. Anders als die derzeitige Regelung wird aus nicht ersichtlichen Gründen jedoch darauf verzichtet, dass nach Ablauf einer bestimmten Frist von einer Zustimmung des (Sektoren-) Auftraggebers zum angezeigten Subunternehmerwechsel auszugehen ist. Diese Zustimmungsfiktion hat sich jedoch in der Praxis bewährt, weshalb folgende Änderung des § 363 Abs. 1 BVergG 2017 angeregt wird:

„Nach Zuschlagserteilung hat der Auftragnehmer jeden beabsichtigten Wechsel eines Subunternehmers oder jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht im Angebot bekanntgegebenen Subunternehmers dem Auftraggeber schriftlich und unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Unternehmers erforderlichen Nachweise mitzuteilen. Der Auftraggeber hat Unternehmer, die nicht die erforderliche Eignung besitzen, abzulehnen. Der Auftragnehmer hat in diesem Fall gegebenenfalls einen anderen Unternehmer bekanntzugeben. Der Einsatz dieser Unternehmer bei der Leistungserbringung darf nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen. Die Zustimmung des Auftraggebers ist, ebenso wie eine allfällige Ablehnung, unverzüglich mitzuteilen und darf nur aus sachlichen Gründen verweigert 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. Sind der Mitteilung gemäß dem ersten Satz die erforderlichen Unterlagen nicht vollständig angeschlossen, so hat der Auftraggeber dies dem Auftragnehmer unverzüglich mitzuteilen und ihn zur Vorlage der ausständigen Unterlagen aufzufordern.“

Zu § 368

Die in dieser Bestimmung vorgesehenen Meldepflichten sind in keiner Weise von der SektorenRL 2014 vorgegeben. Sie führen – entgegen der Richtlinienintention – zu erheblichen Mehraufwänden. Es handelt sich um ein Paradebeispiel für eine „Überfrachtung“ des Vergaberechts mit vergabefremden Zielsetzungen.

Zahlreiche geforderte Informationen können zudem öffentlich zugänglichen Registern entnommen werden. Dies gilt etwa für die geforderten Befugnisse des Auftragnehmers und allfälliger Subunternehmer. Wäre es im Sinne einer Vermeidung zusätzlicher Aufwände nicht ungleich sinnvoller, eine elektronische Verknüpfung zwischen der Baustellendatenbank und beispielsweise dem Gewerbeinformationssystem Austria zu schaffen?

Insgesamt wird gefordert, dass die Melde- und Dokumentationspflichten, die Sektorauftraggebern auferlegt werden, auf ein Mindestmaß beschränkt werden und möglichst in einem Vorgang gebündelt werden. Wenn beispielsweise eine Datenweitergabe an <https://www.data.gv.at/> erfolgt, sollte überlegt werden, sicherzustellen, dass eine zentrale Einrichtung auf Grundlage der bekanntgegebenen Daten sämtliche (noch ausstehenden) europäischen und innerstaatlichen Bekanntgaben und Meldungen wahrnimmt.

Zu Art. 2

In zu begrüßender Weise wird eine absehbare Novelle des BVergG 2017 bereits jetzt offengelegt. Insgesamt sind in diesem Zusammenhang noch einige Klarstellungen erforderlich. Was ist etwa unter „Metadaten der Kerndaten von Vergabeverfahren“ zur verstehen? Was geht mit der Zurverfügungstellung an <https://www.data.gv.at/> einher?

Wir danken für die Kenntnisnahme der Anliegen von Oesterreichs Energie und ersuchen um deren Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen

DI Wolfgang Anzengruber
Präsident

Dr. Barbara Schmidt
Generalsekretärin