

Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wien

per e-mail:

v8a@bka.gv.at

begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Rathaus, 1082 Wien

Telefon +43 (0)1 4000 89980
Fax +43 (0)1 4000 7135
post@staedtebund.gv.at
www.staedtebund.gv.at

DVR 0656097 | ZVR 776697963

Unser Zeichen:

000/95/2013

bearbeitet von:

Dr. Schmid/Zeiner

elektronisch erreichbar:

johannes.schmid@staedtebund.gv.at

Stellungnahme

Wien, am 29. März 2017

**Ministerialentwurf für ein
Bundesgesetz mit dem ein Bundesgesetz
über die Vergabe von Aufträgen
(Bundesvergabegesetz 2017) erlassen
wird und das Bundesvergabegesetz 2017
sowie das Bundesvergabegesetz
Verteidigung und Sicherheit 2012
geändert werden
(Vergaberechtsreformgesetz 2017)**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu dem vom 8. Februar 2016, BKA-600.883/003-V/8/2017 übermittelten Schreiben betreffend „*Bundesgesetz mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2017) erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017)*“ nimmt der Österreichische Städtebund sowie der Verband der öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft Österreichs (VÖWVG) wie folgt Stellung:

I.) Allgemeines, finanzielle Belastungen

Zu allererst möchte sich der Österreichische Städtebund und der Verband der Öffentlichen Wirtschaft und Gemeinwirtschaft (VÖWG) für die erwiesene Kooperation seitens der Verantwortlichen im Bundeskanzleramt - vor allem der Mitglieder im Team um Dr. Fruhmann und dem zuständigen politischen Kabinett - sehr herzlich bedanken.

Diesem Umstand ist es nach unserer Meinung zu verdanken, dass dem vorliegenden Entwurf weitgehend die Zustimmung erteilt werden kann, dennoch möchten wir doch einige Punkte und Diskussionsthemen aufgreifen und ersuchen um Berücksichtigung - zum Wohle für Städte und Gemeinden und deren Unternehmen

Aus Sicht des Österreichischen Städtebundes und des VÖWG wird die Umsetzung folgender Punkte im Begutachtungsentwurf **ausdrücklich begrüßt**:

- Der Lösungsansatz im Sinne eines „**umfassenden Qualitätsprinzips**“ in Verbindung mit der Vorgabe der Zuschlagsprinzipien im Sektorenbereich gemäß § 262.
- Der **Entfall der Zustimmungsfiktion in § 363 für Subunternehmer**, die nach Zuschlagserteilung bekannt gegebenen werden. Eine Zustimmungsfiktion ist aus unserer Sicht strikt abzulehnen und sollte keinesfalls wieder in das BVergG Eingang finden.
- Die **adaptierte Formulierung hinsichtlich Normenbindung** in den §§ 105 Abs. 3 und 110 Abs. 2 („**ist Bedacht zu nehmen**“ anstatt „*sind heranzuziehen*“).
- die Interkommunale Zusammenarbeit, die im Sinne der Steuerzahler viele Synergien heben wird

Neben der bereits in Kraft getretenen Novelle aus dem Jahr 2016 erfolgt mit der vorliegenden Novelle nun die restliche und endgültige Umsetzung der Vorgaben der Europäischen Kommission in den EU-Vergabe-Richtlinien (klassische RL und Sektoren-RL). Aufgrund der Vielzahl der neu zu fassenden Bestimmungen und zur Wahrung der Übersichtlichkeit sieht der vorliegende Entwurf eine Neuerlassung des BVergG anstatt einer Einzelnovellierung vor.

Auf Grund der umfangreichen Gesetzesänderungen und -materialien und der Tatsache, dass seitens BKA für den Artikel I der Novelle **keine Textgegenüberstellung** verfügbar ist, kann aus der Sicht der Vergabepraxis in den Gemeinden eine Beurteilung nur unter Vorbehalt und eingeschränkter Prüfung vorgenommen werden.

Zum BVergG 2017 kann daher allgemein - auch in Anbetracht der kurzen Stellungnahmefrist - nur eine erste Ersteinschätzung abgegeben werden:

Der Österreichische Städtebund und der VÖWVG sind natürlich weiterhin bereit, kooperativ mitzuarbeiten und stehen für weitere Gespräch gerne zur Verfügung.

II.) Zu den einzelnen Bestimmungen

- *Inhouse-Vergaben und Ausnahmetatbestände (§§ 9-11):*

Die Neufassung der Ausnahmebestimmungen und deren taxative Aufzählung dienen der Rechtsklarheit. Insbesondere werden die Anforderungen der EUGH-Judikatur in diversen Erkenntnissen umgesetzt und sind erstmals auch Regelungen für Vergaben von „Töchtern“ an „Mutter-Organisationen“ umfasst.

- *Auftragswertschätzung bei eigenständigen Organisationseinheiten (§ 13 Abs. 4)*

Diese Regelung ermöglicht eigenständigen Organisationseinheiten einer Auftraggeberin, welche selbständig für ihre Auftragsvergaben oder bestimmte Kategorien von Auftragsvergaben zuständig sind, eine Schätzung auf der Ebene der eigenständigen Organisationseinheit.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, warum es zu dieser Normierung kam und was unter einer eigenständigen Organisationseinheit zu verstehen ist. Es geht aus dem Gesetz nicht klar hervor, welche Voraussetzungen eine Organisationseinheit erfüllen muss, um als eigenständig iSd. § 13 Abs. 4 zu gelten.

Im Bereich der Gemeinden sind das nach den Gemeindeorganisationsgesetzen vor allem **Abteilungen, Dienststellen, Geschäftsbereiche** etc., welche zum Einen aber **nicht im Anhang III als zentrale AuftraggeberInnen** angeführt werden und zum anderen ist nicht eindeutig geregelt, dass für diese die Schwellenwerte nach § 12 Abs. 1 Z. 3 und 4 gelten.

- *Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Lieferaufträgen (§ 15 Abs 1 Z 3 sowie § 188 Abs 1 Z 3)*

Im Zuge der Neukodifizierung des BVergG wäre zu empfehlen, die Textierung bzgl Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei befristeten Lieferaufträgen mit jenen von befristeten Dienstleistungsaufträgen gleichzuziehen. Es sollte ausdrücklich gesetzlich geregelt werden, dass auch bei befristeten Lieferaufträgen mit einer 4 Jahre hinausgehenden Vertragsdauer eine Deckelung mit dem 48fachen Monatswert zulässig ist.

§ 15 Abs 1 Z 3 sowie § 188 Abs 1 Z 3 BVergG 2017 sollte daher lauten:

„3. bei unbefristeten Aufträgen oder Aufträgen mit einer Laufzeit von mehr als 48 Monaten oder bei unklarer Vertragsdauer das 48fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgeltes.“

- *Konzeption und Durchführung von Vergabeverfahren soll nach Möglichkeit so erfolgen, dass KMUs sich am Vergabeverfahren beteiligen können und weiters die Berücksichtigung ökologischer und sozialpolitischer Aspekte (§ 20 Abs. 5 und 80) möglich ist:*

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass gerade mit der Implementierung ökologischer und sozialer Kriterien im öffentlichen Beschaffungswesen sehr sorgsam um zugehen ist und insbesondere auf die berechtigten Anliegen bzw. Probleme der Klein- und Mittelunternehmen Rücksicht genommen werden muss.

Überschießende Kriterien könnten Klein- und Mittelunternehmen tendenziell benachteiligen, weil deren Möglichkeiten nicht so breit sind bzw. die Flexibilität nicht so hoch ist, wie die von großen Unternehmen.

- *Vermeidung von Interessenkonflikten (§ 26):*

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, warum es zu dieser sehr allgemein gehaltenen Normierung kam und was die öffentliche Auftraggeberin zur Vermeidung von Interessenkonflikten zu unternehmen hat, damit dieser Vorschrift Genüge getan wird.

- *Verwendung des CPV (§ 30):*

Hier wird normiert, dass bei der Durchführung von Vergabeverfahren und für die Erstellung von Statistiken der öffentliche Auftraggeber die jeweils aktuellen Bezeichnungen und Codes des CPV zu verwenden hat. Dies gilt insbesondere für die Abgrenzung des Anwendungsbereiches dieses Bundesgesetzes, für Bekanntmachungen, für die Beschreibung des Auftragsgegenstandes und für die Erstellung des Vergabevermerkes.

Es ist fraglich, ob diese Verpflichtung auch für Direktvergaben (§§ 46 und 47) gilt; insbesondere ist in § 47 Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung § 30 als anzuwendende Bestimmung nicht aufgelistet, obwohl § 30 ua. auf die Bekanntmachungen abstellt. Neu ist jedenfalls die Verwendung des CPV für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich und im Vergabevermerk.

- *Direktvergabe (§ 46) und Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung (§ 47)*

In § 46 Abs. 4 wird eine zeitintensive Dokumentationsverpflichtung normiert: Die Auftraggeberin hat neben den eingeholten Angeboten oder unverbindlichen Preisankündigungen überdies den Gegenstand und Wert des vergebenden Auftrages, den Namen der Auftragnehmerin sowie, sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist, die Prüfung der Preisangemessenheit zu

dokumentieren. Bisher waren nach § 41 Abs. 3 BVergG 2006 nur die bei der Direktvergabe gegebenenfalls eingeholten Angebote oder unverbindliche Preisankündigungen entsprechend zu dokumentieren. Wenn man hier die Rechtsprechung des Bundes- und der Landesverwaltungsgerichte zur Preisangemessenheit berücksichtigt, werden hier sehr profunde Kenntnisse und in der Praxis die häufige Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung abverlangt. Auch impliziert dies die Einholung mehrerer Angebote, da ansonsten der von der Judikatur geforderte Beurteilungsmaßstab der vergleichbaren Angebote fehlt. Weiters ist die Wortfolge „*sofern der Dokumentationsaufwand wirtschaftlich vertretbar ist*“ zu allgemein gefasst und birgt ein Auslegungsrisiko in sich.

Angeregt wird zur Klarstellung in § 46 Abs. 1 **auch § 20 Abs. 6** als anzuwendende Bestimmungen aufzunehmen. Gerade im Bereich der Direktvergabe wird in der Vergabepaxis im Besonderen auf sozialpolitische Belange und Frauenförderung Bedacht genommen. **Gleiches gilt für § 47.**

- *Elektronische Kommunikation / elektronische Durchführung von Vergabeverfahren (§ 48; § 126 Abs. 2) und Angebotsöffnung (§ 133)*

Im Oberschwellenbereich hat die Kommunikation zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmer elektronisch zu erfolgen und Angebote sind elektronisch abzugeben.

Neu ist, dass die Angebotsöffnung nach § 133 Abs. 4 (sowohl im Oberschwellenbereich als auch im Unterschwellenbereich) **nur mehr freiwillig** erfolgen kann.

Das hat nach den EB zur Folge, dass die Auftraggeberin **allen Bietern die Möglichkeit zur Teilnahme (z.B. elektronisch via Skype) zu bieten hat.**

Die Auftraggeberin hat nach Abs. 5 jedenfalls ein Angebotsöffnungsprotokoll zu verfassen, in dem die wichtigsten Angaben zu den einzelnen Angeboten zu dokumentieren sind und das allen Bietern zu übermitteln bzw. bereitzustellen ist.

In diesem Zusammenhang wird um Klarstellung ersucht, **ob es die praxisimmanente und auch von der Judikatur** (vgl. zB.

Bundesverwaltungsgericht 15.5.2015, W187 2104454-2/35E) **bejahte Rügepflicht der bei der Angebotsöffnung anwesenden oder vertretenden BieterInnen noch gibt**. Ständige Rechtsprechung ist, dass Fehler bei der Verlesung der Angebote eine Zuschlagserteilung auf dieses Angebot verhindern und zur Nichtigkeit der Zuschlagsentscheidung führen. Auch nehmen Fehler bei der Angebotsöffnung allen anderen Angeboten die Zuschlagsfähigkeit, was mangels Wiederholbarkeit der Angebotsöffnung zum Widerruf des Vergabeverfahrens führt.

Mit der Einführung einer Möglichkeit der BieterInnen zur Teilnahme an der öffentlichen Angebotsöffnung z.B. elektronisch via Skype ist mit einem **finanziellen Mehraufwand** für die AuftraggeberInnen zu rechnen. Konkret sind dabei Anschaffungskosten für Infrastruktur (PC, Webcam, Server) in Höhe von bis zu € 3000,-- sowie jährliche Software-Lizenzkosten in Höhe von bis € 500,-- zu berücksichtigen.

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

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

Diese Vorgangsweise sollte unserer Meinung nach **unbedingt beibehalten** werden.

Die **Formulierung in den §§ 48 bzw. 217 Abs 12** des gegenständlichen Entwurfes schafft hier Unsicherheit, weil das so ausgelegt werden könnte, dass (auch) Ausschreibungsunterlagen bei Bereitstellung auf einer Plattform mit einer qualifizierten elektronischen Signatur/Amtssignatur zu versehen sind. Es sollte

daher klar geregelt werden, dass die Zurverfügungstellung von Ausschreibungsunterlagen keiner elektronischen Signatur bedarf.

- *Ausschlussgründe (§ 78)*

In § 78 Abs. 1 Z. 9 wird normiert, dass die öffentliche Auftraggeberin einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen hat, wenn der Unternehmer bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder eines früheren Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben.

Die Regelung „...*erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat...*“ ist sehr unbestimmt und **sollte genauer gefasst werden**, um willkürliche oder substanzlose Beurteilungen hintanzuhalten.

Auch ist unklar, was mit „*anderen vergleichbaren Sanktionen*“ gemeint ist:

Handelt es sich hier um Pönalen?

Jedenfalls sollte auch erläutert werden, **was mit früheren Aufträgen oder Konzessionsverträgen gemeint ist**; insbesondere wie weit in die Vergangenheit geblickt werden darf bzw. ab wann derartige Verfehlungen „*verjährt*“/nicht mehr relevant sind.

Weiters sollte näher erläutert werden, ob hier auch nachweisbare, frühere Verfehlungen von Bietern in Vergabeverfahren **anderer öffentlicher Auftraggeberinnen zu berücksichtigen sind** (z.B. festgestellte Preisabsprachen im Trockenbau, Kartelle im Feuerwehrbereich, Liftkartelle etc.).

Unternehmer sind u.a. von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen, wenn bestimmte Voraussetzungen in Bezug auf eine „*Person, die Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers ist oder die darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat*“ erfüllt sind (§ 78 Abs.2 bzw. § 249 Abs.1 letzter Satz).

Das kann im Einzelfall insbesondere bei großen Unternehmen, je nach Auslegung, eine sehr große Anzahl an Personen betreffen.

Es wäre daher hilfreich, **wenn dieser Terminus in den Erläuterungen konkretisiert werden** könnte.

- *Verlangen der Nachweise durch den öffentlichen Auftraggeber/ Sektorenauftraggeber (§ 80 bzw. § 251 BVergG 2017):*

- **Abs 5:**

Die **Datensammlung des ANKÖ** war nach unserm Verständnis das im BVergG verankerte „*einschlägige, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten*“, das für die Prüfung der Eignung von Unternehmern herangezogen werden konnte und hierzu auch bestens geeignet ist.

In vielen Städten und kommunalen Unternehmen ist die Verwendung der „*Liste geeigneter Unternehmer*“ des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) **weit verbreitet und seit Jahren gängige Praxis**.

Wir schlagen daher in den §§ 80 und 251 Abs 5 folgende Ergänzung vor (**fett und unterstrichen**):

(5) „*Der Unternehmer muss jene Nachweise nicht vorlegen, die der öffentliche Auftraggeber direkt über eine für den öffentlichen Auftraggeber gebührenfreie Datenbank **oder über das Verzeichnis eines Dritten(zB die „Liste geeigneter Unternehmer“ des Auftragnehmerkataster Österreich)**, erhalten kann. Enthält ein auf diese Weise verfügbarer Nachweis personenbezogene Daten, muss der Unternehmer der Verwendung seiner Daten zugestimmt haben.*“

Die **Nutzung einer (einzig) Datensammlung**, die noch dazu über mehrere automatisierte Schnittstellen für diverse Daten verfügt, ist auch aus ökonomischer Sicht jedenfalls einem Lösungsansatz vorzuziehen, der quasi jede öffentliche AuftraggeberIn als Folge der Formulierung in Abs 6 („Der

Auftraggeber/Sektorenauftraggeber kann zum Zweck der Verwaltung und Wiederverwendung der solcherart vorgelegten Nachweise eine Datenbank einrichten.“) verpflichten würde, eine eigene Datenbank für Eignungsnachweise aufzubauen bzw. zu führen.

- Abs 6:

Einige Bestimmungen des vorliegenden Entwurfes sind aus dem Blickwinkel des Datenschutzes höchst kritisch zu sehen, so auch der vorgeschlagene § 80 Abs 6 bzw. § 251 Abs 6.

Mit 25.5.2018 tritt die **EU-Verordnung 2016/679 in Kraft mit der ein einheitliches Datenschutzrecht in der EU umgesetzt werden soll**. Diese Verordnung, kurz EU DSGVO, bringt umfangreiche Dokumentations- Auskunft- und Löschpflichten im Zusammenhang mit der Verarbeitung von (personenbezogenen) Daten mit sich.

So werden die Verantwortlichen iSd EU DSGVO (Auftraggeber iSd BVergG) verpflichtet sein, **von jeder Person**, deren Daten verarbeitet werden, eine jederzeit widerrufbare Zustimmungserklärung einzuholen. Lt. Judikatur und hL ist auch in einer solchen Zustimmungserklärung auch der konkrete Zweck der Datenverarbeitung anzugeben. Im Falle der Einrichtung einer Datenbank iSd vorgeschlagenen § 81 Abs 6 bzw. § 251 Abs 6 wäre eine pauschale Angabe „für die Verwendung in Vergabeverfahren“ unzureichend, **es wären in der Zustimmungserklärung die einzelnen Vergabeverfahren anzuführen**, für die die Zustimmungserklärung gelten soll. Dies ist praktisch unmöglich, da der Auftraggeber ja nicht im Vorhinein wissen kann, an welchen Verfahren der Bieter in Zukunft teilnehmen möchte und eine Auflistung der zukünftigen Ausschreibungen auch nur eingeschränkt möglich ist.

Hingewiesen sei auch darauf, dass Zustimmungserklärungen, die der Judikatur und der hL weitgehend entsprechen, 4 A4-Seiten lang sind.

Mit dem Inkrafttreten der EU DSGVO treffen den Auftraggeber auch weitgehende Auskunftsrechte und Löschverpflichtungen. Auf Antrag muss Auskunft darüber erteilt werden, welche Daten zu welchen Zwecken wie lange gespeichert werden und Kopien der gespeicherten Daten sind auf Antrag auszufolgen und Daten sind auf Antrag zu löschen.

Ein Verstoß gegen die EU DSGVO wird mit Geldbußen bis zu EUR 20 Mio. oder mit 4% des weltweiten Umsatzes bestraft.

Der Verwaltungsaufwand der allein durch Weiterverwendung von Nachweisen in anderen Verfahren lt. dem vorgeschlagenen § 80 Abs 6 entsteht, wäre enorm und mit sehr hohen Kosten für die Auftraggeber verbunden. **Von der Einführung einer Datenbank lt. § 80 Abs 6 bzw. § 251 Abs 6 jeweils 2. Satz ist aus den vorgenannten Gründen daher eindringlich abzuraten.**

- *Bestbieterprinzip (§ 91ff)*

Eine Fokussierung auf einen reinen Preiswettbewerb („Billigstbieterprinzip“, d.h. Zu schlag auf den niedrigsten Preis) soll nur mehr dann zulässig sein, wenn der Qualitätsstandard in der Leistungsbeschreibung so klar und eindeutig in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht festgelegt wurde, dass die Einreichung vergleichbarer Angebote auf einem definierten (Qualitäts-)Niveau gewährleistet ist.

Hier ist anzumerken, **dass der nationale Gesetzgeber**

„überschießend“/strenger regelt als die Vergabe-RL und auch für bestimmte Vergabeverfahren sowohl im Oberschwellenbereich als auch im Unterschwellenbereich verpflichtend das Bestangebotsprinzip („Bestbieterprinzip“) verankert.

In diesen Fällen soll der Zuschlag aufgrund eines Qualitätswettbewerbs erfolgen und demgemäß der (niedrigste) Preis als das allein ausschlaggebende Kriterium ausgeschlossen sein. Neben dem Preis muss somit auf jeden Fall ein weiteres Zuschlagskriterium von der öffentlichen Auftraggeberin festgelegt oder im sog. „Kostenmodell zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses“ (§ 92) das „beste“ Angebot auf der Basis eines Lebenszykluskostenmodells ermittelt werden.

Es wird befürwortet, dass es der Auftraggeberin freigestellt wird, ob sie die **Qualität** wahlweise über die Zuschlagskriterien, über technische Spezifikationen, über die Eignungsprüfung oder über werkvertragliche Ausführungsbestimmungen sichern möchte.

Dies sollte vor allem auch im Bereich der Beschaffung von Lebensmitteln und von Verkehrsdienstleistungen im Rahmen des öffentlichen Personennahverkehrs und bei Reinigungsdienstleistungen und Bewachungsdienstleistungen möglich sein und daher diesbezüglich die verpflichtende Anwendung des Bestbieterprinzips entfallen.

- *Nutzung von elektronischen Katalogen (§ 102)*

In den EB wird nur lapidar angegeben, dass in der Ausschreibung auch verpflichtend anzugeben ist, **ob elektronische Kataloge** im Rahmen der Durchführung eines Vergabeverfahrens genutzt werden sollen und welche technische Spezifikationen gegebenenfalls zu beachten sind.

§ 102 bezeichnet es als Abgabe eines Angebotes in Form eines elektronischen Kataloges. Nicht klar ist ob Angebote einen elektronischen Katalog beinhalten müssen.

Hier ist nicht klar, warum dies einer expliziten Regelung im BVergG bedarf bzw. was der Hintergrund dieser Regelung ist. Wenn es sich um die nationale Umsetzung des Art. 36 der Vergabe-RL handeln sollte, dann wäre eine verpflichtende Festlegung nur für den Oberschwellenbereich wünschenswert und es sollte den EB zur besseren Verständlichkeit zu entnehmen sein, dass hier in aller Kürze eine sehr umfangreiche Richtlinienbestimmung umgesetzt wird.

- *Berücksichtigung von Barrierefreiheit (§ 107 Abs. 2 bzw. 275 Abs. 2)*

Die ursprüngliche Bestimmung des § 87 BVergG 2006 stellte explizit auf das barrierefreie Bauen ab. Nunmehr wird auf die Beschaffung einer Leistung, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen ist, generell abgestellt. Es ist dadurch ein **erhöhter personeller Mehraufwand im Zeitpunkt der Festlegung der technischen Spezifikationen und ein finanzieller Mehraufwand, sofern externe Fachexpertise erforderlich ist, zu berücksichtigen.**

In Z.2 wird eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Barrierefreiheit beim Vorliegen unverhältnismäßiger Kosten normiert. Diese Regelung wäre jedoch **unter dem Gesichtspunkt des § 6 Abs. 3 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes** dahingehend zu normieren bzw. zu ergänzen, dass beim Vorliegen unverhältnismäßiger Belastungen zumindest zumutbare Maßnahmen im Sinne der größtmöglichen Annäherung an die Gleichstellung betroffener Personen erfolgen müssen.

- *Vertragsbestimmungen (§ 110)*

Im Gegensatz zu den Ausführungen in den EB, wonach § 110 im Wesentlichen unverändert die Checkliste jener Vertragsbestimmungen enthält, die die öffentliche Auftraggeberin erforderlichenfalls im Leistungsvertrag festzulegen hat, ist in Abs. 2 eine wesentliche Änderung vorgenommen worden.

Es sollen die Sätze „*Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen in einzelnen Punkten davon abweichende Festlegungen treffen. Die Gründe für die abweichenden Festlegungen sind vom Auftraggeber festzuhalten und den Unternehmern auf Anfrage unverzüglich bekanntzugeben.*“ zur Gänze und ersatzlos entfallen.

Dies verstärkt die ohnehin problematische (die privatwirtschaftliche Gestaltungsfreiheit einschränkende und oft kostspielige) Bindung der öffentlichen

AuftraggeberInnen an ÖNORMEN und andere „*geeignete Leitlinien*“
demokratisch nicht legitimierter Organe und Komitees.

Es sollte daher im Bundesvergabegesetz der Status quo unverändert weiter
bestehen bleiben und gesetzlich die wiederkehrende Überprüfung der ÖNORMEN
und anderer „*geeigneter Leitlinien*“ sichergestellt werden. Dies auch unter dem
Gesichtspunkt, dass die zur Diskussion stehenden ÖNORMEN und anderen
„*geeigneten Leitlinien*“ für AuftraggeberInnen im Vergleich zum allgemeinen

Zivilrecht benachteiligende zivilrechtliche Vertragsbestimmungen z.B. bei
Gewährleistung und Schadenersatz enthalten, die eine finanzielle
Schlechterstellung der öffentlichen AuftraggeberInnen bedeuten.

Der Zugang zu ÖNORMEN und anderen „*geeigneten Leitlinien*“ sollte zudem für
öffentliche AuftraggeberInnen und UnternehmerInnen gratis sein.

- Ablauf des Verhandlungsverfahrens (§§ 114 bzw. 281 -)
Kritisch angemerkt wird, dass die Regelungen aus dem klassischen Bereich de
facto ident in den Sektorenbereich übernommen wurden, obwohl sich die EU-RL
sowohl in den Erwägungsgründen (Erwägungsgrund 45 RL klassisch hat kein
Pendant in der Sektorenrichtlinie) als auch in den Art. 29 für klassisch öffentliche
AG bzw. 47 für Sektoren AG über den Ablauf eines Verhandlungsverfahrens
(bewusst) voneinander wesentlich unterscheiden.

zu § 281 Abs 5:

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Änderung von Zuschlagskriterien
während des Vergabeverfahrens nur unter sehr eingeschränkten Bedingungen
zulässig, die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien darf während des
gesamten Verfahrens nicht verändert werden (vgl. EuGH 14.07.2016, C-6/15, TNS
Dimarso NV). Die Änderung darf auch nur dann erfolgen, wenn sich der
Bieterkreis nicht ändert (vgl. VwGH 06.03.2013, Zl. 2011/04/0115 u.a.) Nach der
Erstellung des Angebots ist die Änderung von Zuschlagskriterien jedenfalls
unionsrechtswidrig (vgl. EuGH 24.11.2005, C-331/04, ATI EAC, Rz 28, Slg. 2005,

I-10.109). Vor diesem Hintergrund legt die Sektoren-RL fest, dass die Zuschlagskriterien nicht Gegenstand von Verhandlungen sind (vgl. etwa Art. 49 Abs. 3).

Den Sektoren-AG verbleibt daher ein – wenn auch sehr eingeschränkter – Spielraum für die Anpassung von Zuschlagskriterien im Verhandlungsverfahren während der Frist für die Erstellung der Erstangebote, beispielsweise im Rahmen einer neuen Festlegung. Die Umsetzung der Sektoren-RL in § 281 Abs 5 des Entwurfs ist jedoch insoweit überschießend, als hier im Gleichklang mit § 114 Abs 5 neu vorgesehen wird, dass die Zuschlagskriterien „*während des [gesamten] Verhandlungsverfahrens*“ nicht geändert werden dürfen.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, in § 281 Abs 5 den letzten Satz – „*Die in der Ausschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen während des Verhandlungsverfahrens nicht geändert werden*“ **zu streichen.**

- *Aufträge an verbundene bzw. gemeinsame Unternehmen (§ 181 Abs 2)*

In den Erläuterungen zu § 181 wird angeführt, dass dieser „*unverändert die Ausnahmebestimmung betreffend verbundene Unternehmen enthält*“. Vergleicht man jedoch den Text, so ist dies nicht korrekt. § 181 Abs 2 stellt hinsichtlich der Umsatzziele nun auf **alle Dienstleistungen bzw. Lieferungen bzw. Bauleistungen ab**. Der jetzige § 176 Abs 2 BVergG 2006 stellt auf den durchschnittliche Umsatz der konkreten Dienstleistung bzw. Lieferung bzw. Bauauftrag ab. In den EBRV 2006 zu § 176 wird schon darauf hingewiesen, dass es sich bei der deutschen Fassung der RL 2004/17/EG um einen Fehler handelt, da die RL nur von der „*Erbringung von Lieferungen*“ bzw. „*Erbringung von Bauleistungen*“ spricht.

Damit § 181 Abs 2 unverändert die Ausnahmebestimmung enthält, ist daher die Wortfolge „*aller*“ auf „*von diesen*“ zu ändern.

- *Stillhaltefrist und Zuschlagserteilung (§ 144)*

Die Stillhaltefrist liegt bei Übermittlung bzw. Bereitstellung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung auf elektronischem Weg sowohl im Oberschwellbereich als auch im Unterschwellenbereich nun einheitlich bei 10 Tagen.

Aus Sicht der Vergabep Praxis sollte die Verkürzung der Stillhaltefrist im Unterschwellenbereich **weiterhin bei sieben Tagen** bleiben (dzt. § 132 BVergG 2006).

- *Besondere Dienstleistungsaufträge (§§ 151 und 312)*

Kinder- und Jugendfürsorgeleistungen fallen nunmehr explizit unter die besonderen Dienstleistungsaufträgen gem. §§151 und 312 B-VergG im Anhang XVI sowie unter den Dienstleistungen des Anhangs XVII, die partizipatorischen Organisationen vorbehalten werden können.

Dahingehend wird aufmerksam gemacht, dass es sich bei dem Begriff der Jugend**fürsorge** um einen veralteten Begriff handelt. Schon ab den 60er Jahren wurde die Berufsbezeichnung „*Fürsorgerin*“ von der „**Sozialarbeiterin**“ abgelöst.

Mit dem Jugendwohlfahrtsgesetz 1989 wurde der Begriff der **Jugendwohlfahrt** verankert, seit dem Bundes-Kinder- und Jugendhilfegesetz 2013 ist der Begriff der **Kinder- und Jugendhilfe** gebräuchlich. Aus diesem Grund wird ausdrücklich ersucht, im Anhang XVI und XVII den **Begriff der Kinder- und Jugendhilfeleistungen** anzuführen.

Für alle Dienstleistungen, die im Anhang XVII taxativ aufgezählt sind, kommen in Folge nur die in § 151 Abs. 1 BVergG angeführten Bestimmungen zur Anwendung und unterliegen diese besonderen Dienstleistungen somit bei Beachtung der Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz einem vereinfachten Vergaberegime.

In § 151 Abs. 1 werden **jedoch nicht alle Paragraphen** angeführt, die für besondere Dienstleistungen zur Anwendung gelangen, sondern wird dahingehend

auch auf die Bestimmungen „dieses Abschnittes“ verwiesen. Zu diesem Abschnitt zählt auch der § 151 Abs. 5, der wieder auf die Regeln zur Direktvergabe in den §§ 46 und 47 verweist. **Zur besseren Lesbarkeit wird angeregt, alle Paragraphen taxativ anzuführen, die für besondere Dienstleistungen zur Anwendung gelangen sollen.**

In Frage gestellt wird, warum bei der Aufzählung der für besondere Dienstleistung geltenden Normen des Bundesvergabegesetzes 2017 zwar der § 20 Abs. 1 bis 4 sowie 9 angeführt ist, **jedoch Abs. 7** nicht aufscheint, insbesondere da es sich in diesem Fall ja um eine „*Kann-Bestimmung*“ und nicht um eine „*Muss-Bestimmung*“ handelt. Auch die Kinder- und Jugendhilfe unterliegt einer ständigen Weiterentwicklung und ist davon auszugehen, **dass auch bei diesen Vergabeverfahren auf innovative Aspekte Bedacht genommen werden wird.** Somit wird angeregt, auch diesen Absatz in § 151 Abs. 1 aufzunehmen.

Auch auf die Bestimmungen zur Innovationspartnerschaft wird in § 151 Abs. 1 nicht explizit verwiesen. Die Erläuterungen (Seite 6) führen dazu aus, dass keinerlei Verfahrensart bei den besonderen Dienstleistungen angeführt wird, da in diesen Fällen das Vergabeverfahren unter Beachtung der vergaberechtlichen Grundsätze frei gestaltbar ist. Daraus lässt sich schließen, dass auch das Verfahren der Innovationspartnerschaft für besondere Dienstleistungen zur Anwendung gelangen kann.

- *Vertraulichkeit von Unterlagen betreffend ein Vergabeverfahren, Verwertungsrechte (§ 200 Abs 3)*

Gem. § 191 Abs 6 BVergG 2006 ist es (noch) möglich, die Übermittlung von Unterlagen von Auflagen abhängig zu machen. Die sprachliche Neufassung des § 200 Abs 3 des Begutachtungsentwurfes scheint die Reihenfolge umzudrehen: Auflagen sind nur noch möglich, wenn die Unterlagen bereits übermittelt wurden. Da der Richtlinienentwurf (Art 39 Abs 2) dies nicht so festlegt, ersuchen wir um eine Änderung des Entwurfes:

Der Sektorenauftraggeber kann den Teilnehmern eines Vergabeverfahrens Anforderungen vorschreiben, die auf den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen abzielen, die Sektorenauftraggeber den Teilnehmern im Rahmen eines Vergabeverfahrens zur Verfügung stellen, übermitteln bzw. bereitstellen. Dies gilt auch für Bewerber und erfolgreiche Unternehmer im Prüfsystem.

- *Direktvergabe (§ 213):*

Ad Abs 2: Ungeachtet der Werte gemäß Schwellenwertverordnung weisen wir darauf hin, dass der im BVergG vorgegebene geschätzte Auftragswert im Sektor seit der Novelle 2012 **75.000,- Euro** betragen hat (anstatt 60.000,- Euro).

- *Zusätzliche Meldepflichten über statistische Aufstellungen (§§ 360–363)*

Die statistische Verpflichtung des § 360ff **geht weit darüber hinaus** was die EU-Richtlinien verlangen und stellt einen hohen Verwaltungsaufwand dar. Gemäß Art. 83 Abs 3 und Art 85 Abs 2 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 101 Abs 2 der Richtlinie 2014/25/EU wäre **nur alle 3 Jahre** eine Meldung durch die Mitgliedstaaten an die Kommission zu erstatten.

Wie die Mitgliedstaaten zu den Informationen kommen lässt die Richtlinie offen, d.h. die Regelung bleibt dem Staat überlassen.

Die Umsetzung in der vorgeschlagenen Form ist daher überschießend und bedeutet eine weitere Erhöhung des Verwaltungsaufwandes, deren Kosten die Auftraggeber zu tragen haben.

Um überhaupt die geforderten Informationen zu erhalten, müssen diese im Vergabeverfahren bei den Auftragnehmern abgefragt werden. Hier ergibt sich, ebenso wie bei dem vorgeschlagenen § 81 Abs 6, aber wieder die Problematik, dass die Verarbeitung von Daten mit Inkrafttreten der EU DSGVO strengeren Regeln unterliegt. Zu Details sei auf die Stellungnahme zu § 81 Abs 6 verwiesen.

Die verpflichtende Erhebung und Meldung der Anzahl der Verfahren im Oberschwellenbereich und der Anzahl der KMUs, welche in diesen Verfahren ein Angebot gelegt und den Zuschlag erhalten haben bzw. des Gesamtwertes aller in den Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes fallenden Aufträge und Wettbewerbe im Unterschwellenbereich (§ 360 Abs. 6) stellt neben der Verpflichtung zur Meldung von Daten im Rahmen der WTO-Statistik eine **zusätzliche Belastung** für die öffentlichen AuftraggeberInnen dar. **Es ist ein erhöhter personeller Mehraufwand zu berücksichtigen.**

- *Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmern (§ 363)*

Hier bestehen massive kompetenzrechtliche Bedenken, da es sich um eine Regelung der Vertragsabwicklung handelt, welche dem Kompetenztatbestand Zivilrecht zu subsumieren ist und unter die Privatautonomie fällt.

Dzt. haben die AuftraggeberInnen diesbezügliche Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in zivilrechtlichen Vertragsbedingungen der Ausschreibungsunterlagen völlig autonom regeln können.

Eine Zustimmungsfiktion analog der Bestimmung nach § 83 Abs. 5 BVergG 2006 wäre für die öffentlichen AuftraggeberInnen praxisnah, da § 363 von einer unverzüglichen Mitteilungsverpflichtung einer allfälligen Ablehnung und der Zustimmung ausgeht, was bei schuldhaftem Unterbleiben zu finanziellen Nachteilen der AuftraggeberInnen führt.

Vorschlag: *„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.“*

Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit (§ 366):

In Abs 2 Z.3 ist von der Änderung des „Umfang“ des Vertrags die Rede, in Abs 3 Z.1 von der „Änderung der Auftragssumme“, in Abs 3 Z 2 vom „Wert“ der Änderung, ebenso in Abs 3 Z 4. **Wenn mit diesen unterschiedlichen**

Bezeichnungen unterschiedliche Sachverhalte geregelt werden sollen, so wäre eine Begriffsbestimmung hilfreich. Sollte aber immer der Vertragsumfang gemeint sein (diesen Begriff verwendet auch die B2110), so sollte dieser auch einheitlich verwendet werden.

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

In Abs 3 Z 3 ist von „Überprüfungsklauseln“ die Rede. Diese Formulierung ist in Österreich ungebräuchlich, eventuell erhellt die englische Formulierung „*Review clauses*“, was damit gemeint sein könnte. Veränderlichen Bedingungen könnten Preisgleitklauseln sein, können auch Mengenänderungsklauseln wie die 20%-Klausel in der B2110 sein, können aber auch sg Eventualpositionen sein. Sind das aber auch Änderungsklauseln wie z.B. in der B2110/2118 unter Kap. 7 geregelt? Oder sind diese in der Praxis äußerst wichtigen Regelungen unter die Fälle des Abs 3 Z 5 und 6 einzuordnen? Eine Klarstellung wäre hier hilfreich.

In Abs 3 Z 5 findet sich (zugegebenermaßen ebenso wie in der Richtlinie) eine unsinnige Regelung. lit.a spricht von einer Unmöglichkeit und lit.b verlangt kumulativ (!) erhebliche Schwierigkeiten oder beträchtliche Zusatzkosten. Hier sollte statt einem „und“ ein „**oder**“ am Ende der lit. a stehen.

- *Meldepflichten bei Bauaufträgen (§ 368):*

Die Intention des Bundesgesetzgebers wird grundsätzlich begrüßt. Eine schleichende Aufgabenerweiterung und Aufgabenverlagerung an die öffentlichen AuftraggeberInnen **ohne finanziellen Ausgleich der Kosten ist jedoch abzulehnen.**

Im Hinblick auf den im § 368 normierten Umfang der Datenerfassung durch die öffentlichen AuftraggeberInnen (ua. Namen, Anschrift, Befugnisse des Auftragnehmers sowie Auftragssumme, Kurzbeschreibung des Auftragsgegenstandes, Ausführungsort und voraussichtlicher Ausführungsbeginn sowie voraussichtliche Ausführungsdauer des Bauauftrages sowie alle Subunternehmer und Subsubunternehmer) ist von einem nicht außer Acht zu lassenden Personalaufwand für die Datenerfassung auszugehen. Mit der verpflichtenden Meldung dieser Daten bei Bauaufträgen bzw. der Vergabe eines Loses eines Bauauftrages, dessen Auftragssumme € 100.000,-- (somit Preis mit Umsatzsteuer) übersteigt, sind auch kleine Bauvorhaben mit geringem Volumen und mitunter kurzer Dauer der Arbeiten, welche in der formfreien Direktvergabe vergeben werden können, betroffen. Dieser Schwellenwert erscheint jedenfalls als zu niedrig angesetzt, zumal vergleichbare Bestimmungen in Bezug auf Meldepflichten (beispielsweise § 6 BauKG) auf (größere) Baustellen mit einer voraussichtlichen Dauer der Arbeiten von mehr als 30 Arbeitstagen und auf denen mehr als 20 Arbeitnehmer gleichzeitig beschäftigt werden, oder deren Umfang 500 Personentage übersteigt, abstellen.

Insbesondere erscheint die Meldung der Befugnisse eines Unternehmens oder eines Subunternehmens überschießend, da diese bereits in anderen öffentlich zugänglichen Registern hinterlegt sind. Wir geben auch zu bedenken, dass einzelne Unternehmen über zig verschiedene Befugnisse verfügen. Würde ein großes Bauunternehmen nur ein einziges Elektrotechnikunternehmen als

Subunternehmer benennen, wären schon über 50 Befugnisse an die Baustellendatenbank zu melden.

Auch besteht derzeit nur im Oberschwellenbereich (für EU- weite Vergaben) eine Verpflichtung zur Bekanntgabe von vergebenen Aufträgen. Diese Grenze sollte in § 368 jedenfalls berücksichtigt werden.

Auch ist unklar, **welches Zeitfenster die Formulierung** „unmittelbar nach Zuschlagserteilung“ für die AuftraggeberInnen eröffnet.

Hannes: Gerhard wollte unmittelbar, weil es eben gerade unsicher ist....Es sollte im Gesetz klar gestellt werden, dass eine solche Mitteilungspflicht frühestens 6 Wochen nach der Zuschlagserteilung bestehen kann, da es diesbezüglich noch Fristen für das Stellen von Feststellungsanträgen an die zuständige Rechtschutzinstanz gibt.

Im Gesetzentwurf steht, dass die AuftraggeberInnen diese Daten elektronisch mittels Webanwendung einzutragen haben. Es geht nicht hervor, **in welcher Form** diese Datenerfassung erfolgen soll; angeregt wird jedenfalls für den Fall, dass die Verpflichtung der AuftraggeberInnen bestehen bleibt, **eine elektronische Lösung mit definierten Schnittstellen, welche die Datenübertragung erleichtert und für die Auftraggeber kostenlos seitens der BUAK zur Verfügung gestellt wird.**

Des weiteren wird angemerkt, dass insbesondere das in Österreich erfolgreiche Rettungsverbundsystem durch den Vorschlag negativ betroffen sein wird; hier wird ersucht eine Lösung zu erarbeiten, die ein sozialisieren der Verluste und ein privatisieren der Gewinne verhindert.

Zu den Erläuterungen:

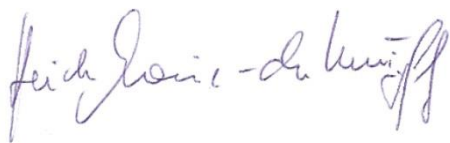
- *Pkt. 6 – umzusetzende bzw. zu berücksichtigende EU-Rechtsvorschriften:*
In Pkt. 6.6 wäre die „**PSO**“-**Verordnung** in der **aktuellen Fassung** der
Verordnung (EU) 2016/2338, ABl. Nr. L 354 vom 23.12.2016, S. 22, zu zitieren.

Abschließend wird festgehalten, dass **der Entwurf für eine Umsetzung der
RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe noch nicht vorliegt**. Es
wird ersucht, für diesen – sobald er vor- liegt – auch ausreichend Zeit für die
Begutachtung einzuplanen.

Es darf daher nochmals um Berücksichtigung der angeführten, kommunalrechtlich
relevanten Novellierung ersucht werden und bedanken wir uns bereits jetzt für das
von Ihnen gezeigte Engagement zum Wohle unserer Städte und Gemeinden.

Abschließend darf angemerkt werden, dass eine Ausfertigung dieser
Stellungnahme gleichzeitig ebenfalls an die Adresse
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at übermittelt wurde.

Mit freundlichen Grüßen



MMag.^a Heidrun Maier-de Kruijff
Geschäftsführerin



OSR Mag. Dr. Thomas Weninger, MLS
Generalsekretär