



1100 Wien, Am Hauptbahnhof 2

**An das
Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst**

**Ballhausplatz 2
1010 Wien**

ÖBB-Holding AG

Dr. Katharina Schelberger
Leiterin Konzernrecht
und Vorstandssekretariat

Tel. +43/1/93000/44090

E-Mail: katharina.schelberger@oebb.at

per E-Mail: v8a@bka.gv.at

**cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at
schienenbahnen@wko.at
rechtspolitik@iv-net.at**

Wien, am 30.03.2017

**Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein
Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017
sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert
werden (GZ: BKA-600.883/0003-V/8/2017)**

Sehr geehrte Damen und Herren,

zu der im Betreff näher bezeichneten Angelegenheit ergeht folgende Stellungnahme des
ÖBB-Konzerns:

Einleitend ist überaus positiv hervorzuheben, dass der Entwurf die auch im Sektorenbereich wichtigen Themen „Förderung des Qualitätswettbewerbs“ und „Verhinderung von Lohn- und Sozialdumping“ im Vergleich zur aktuellen Regelung nicht nur umfassender, sondern vor allem auch wesentlich praxistauglicher umsetzt. Ebenfalls sehr positiv sind die vielfältigen gesetzgeberischen Maßnahmen zur Förderung von Innovationen herauszustreichen.

Leider gibt es aber auch einen überaus negativen Ansatz des Entwurfs zu beanstanden, die unseres Erachtens weder gemeinschafts- noch verfassungsrechtlich gebotene, weitgehende „Angleichung“ der Regeln des Unterschwellenbereichs an jene des Oberschwellenbereichs. Hier ist vielfach ein „Gold-Plating“ zu konstatieren, das weder den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit noch der Verwaltungsökonomie entspricht. Dies beginnt bei der nunmehr einheitlichen Stillhalte- bzw. Anfechtungsfrist von 10 Tagen und gipfelt in einer mit massiver Verwaltungsstrafsanktion bedrohten nationalen Bekanntgabepflicht kleinster vergebener Aufträge ab 50 000 Euro.

**Der verfolgte legistische Ansatz einer Totalrevision und das dadurch bedingte
Außerkräfttreten des BVergG 2006 haben in Bezug auf die Vergabe von
Dienstleistungsaufträgen und -konzessionen im Bereich des öffentlichen
Personenverkehrs weiters folgende Auswirkung:**

Die mit BGBl. I Nr. 15/2010 an mehreren Stellen des BVergG 2006 erfolgte Klarstellung, wonach bei der Vergabe derartiger Dienstleistungsaufträge und -konzessionen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs „die Anwendung von Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unberührt bleibt“ und damit Auftraggebern in diesen Bereichen die Direktvergabe bzw. Inhouse-Vergabe offensteht, würde – offenbar unbeabsichtigt – ersatzlos entfallen.

Eine inhaltliche Abkehr von der für Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr gemäß der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (nachfolgend kurz: „PSO-VO“) eröffneten Direktvergabemöglichkeit ist damit gleichwohl nicht verbunden, da einerseits die PSO-VO unmittelbar anwendbar ist und andererseits der nationale Gesetzgeber von seinem Untersagungsvorbehalt nach Art. 5 Abs. 6 PSO-VO keinen Gebrauch macht. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass nach dem vorliegenden Entwurf das Bundesvergabegesetz 2017 in Umsetzung von Art. 10 lit. j der klassischen Richtlinie 2014/24/EU und Art. 21 lit. g der Sektoren-Richtlinie 2014/25/EU **nicht** für „Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn“ (siehe § 9 Abs. 1 Z 17 bzw. § 178 Abs. 1 Z 17 des Entwurfs) gilt. **Somit werden insb. für Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr gemäß Art. 5 Abs. 6. PSO-VO u.a. die Bestimmungen des BVergG 2017 über die Direktvergabe und die diesbezüglichen Schwellenwerte (u.a. §§ 46, 47, 213, 214) in Zukunft nicht anwendbar sein.**

Da allerdings der nationale Gesetzgeber durch das Außerkrafttreten des BVergG 2006 nun ohnehin gehalten ist, die Rechtsschutzvorgaben des Art. 5 Abs. 7 PSO-VO u.a. für Auftragsvergaben im Eisenbahnbereich sondergesetzlich zu regeln bzw. umzusetzen, sollte dies zum Anlass genommen werden, das gleichberechtigte Bestehen der Direktvergabe als zulässiges Vergabeverfahren für Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr gem. Art. 5 Abs. 6. PSO-VO in dieses Sondergesetz zu überführen. Dabei bietet sich an, auch jene Direktvergabemöglichkeiten in das Sondergesetz mit aufzunehmen, die durch die kürzlich erfolgte Änderung der PSO-VO durch die VO (EU) 2016/2338 ab 03.12.2019 neu hinzukommen werden. Alternativ wird eine diesbezügliche Klarstellung im BVergG 2017 bzw. in dessen Erläuterungen angeregt. In diesem Zusammenhang erinnert der ÖBB-Konzern auch an die Festlegung der Bundesregierung in ihrem Regierungsprogramm für die Legislaturperiode 2013-2018 zu Maßnahmen im Verkehrsbereich, wonach bei VDV-Bestellungen die Nutzung der Direktvergabe prioritär bleibt. Dies bedeutet konsequenterweise auch, die Nutzung derartiger Direktvergabemöglichkeiten gesetzlich zu ermöglichen bzw. allfällige Unklarheiten in Zusammenhang mit dem Außerkrafttreten des BVergG 2006 durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung zu vermeiden.

In Bezug auf Ausschreibungen von Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr gem. Art. 5 Abs. 6. PSO-VO sollte in dieses Sondergesetz aus Sachlichkeitserwägungen zudem eine an § 91 Abs. 6 Z 2 und § 262 Abs. 5 Z 4 des Entwurfs für ein BVergG 2017 orientierte Bestimmung aufgenommen werden, wonach Auftraggeber auch bei derartigen Aufträgen 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 **qualitätsbezogene Aspekte** festzulegen haben und zudem jedenfalls **soziale Aspekte** berücksichtigen müssen. Aus Sicht des ÖBB-Konzern besteht in diesem Punkt keinerlei Grund für eine Differenzierung zwischen Schiene und Straße.

Der ÖBB-Konzern regt weiters an, auch Art. 4 Abs. 5 PSO-VO in das innerstaatliche Recht zu übernehmen und näher auszugestalten: Diese Bestimmung sieht vor, dass Auftraggeber von Dienstleistungsaufträgen und -konzessionen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im Falle eines Betreiberwechsels den neuen Betreiber eines Verkehrsdienstes dazu zu verpflichten können, die vom bisherigen Betreiber für die Erbringung von Verkehrsdiensten bislang eingesetzten Arbeitnehmer zu übernehmen. Als Beispiel für eine derartige Umsetzung in anderen EU-Mitgliedstaaten kann u.a. § 131 Abs. 3 des deutschen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen („GWB“) herangezogen werden. Die als „Soll“-Bestimmung ausgestaltete Anordnung eines Personalübergangs stellt nach den diesbezüglichen Erläuterungen¹ nun den Regelfall dar – nur in besonders atypischen Fallkonstellationen kann davon abgewichen werden – und lautet wie folgt:

*„Öffentliche Auftraggeber, die öffentliche Aufträge im Sinne von Absatz 1 vergeben, **sollen** gemäß Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verlangen, dass bei einem Wechsel des Betreibers der Personenverkehrsleistung der ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die beim bisherigen Betreiber für die Erbringung dieser Verkehrsleistung beschäftigt waren, übernimmt und ihnen die Rechte gewährt, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang gemäß § 613a des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt wäre. Für den Fall, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Übernahme von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne von Satz 1 verlangt, beschränkt sich das Verlangen auf diejenigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die für die Erbringung der übergehenden Verkehrsleistung unmittelbar erforderlich sind. Der öffentliche Auftraggeber soll Regelungen vorsehen, durch die eine missbräuchliche Anpassung tarifvertraglicher Regelungen zu Lasten des neuen Betreibers zwischen der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung und der Übernahme des Betriebes ausgeschlossen wird. Der bisherige Betreiber ist nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, alle hierzu erforderlichen Angaben zu machen.“*

Für den Bereich Straßenpersonenverkehr wird eine diesbezügliche Regelung im BVergG 2017, für den Bereich Eisenbahnverkehr in oben erwähntem Sondergesetz angeregt.

Im Detail nimmt der ÖBB-Konzern zum **Entwurf des Bundesvergabegesetzes 2017** wie folgt Stellung:

§ 2 Z 7:

Der Entwurf enthält lediglich eine Definition des Begriffs „Ausschreibung“, der vielfach im Gesetz verwendete Begriff „Ausschreibungsunterlagen“ hingegen wird nicht definiert. Dies

¹ Siehe <https://www.bundestag.de/blob/476050/3468baa7fb79a8bb781620893b5dd42a/wd-7-128-16-pdf-data.pdf>

führt dazu, dass die Bedeutung vieler Gesetzespassagen unklar bleibt (vgl. unsere Stellungnahme zu den §§ 217 Abs. 12 und 260).

Sollte mit dem Begriff „Ausschreibungsunterlagen“ stets auch der Begriff „Teilnahmeantragsunterlagen“ gemeint sein, würde insbesondere die Bestimmung des § 262 für Teilnahmeantragsunterlagen überschießende Vorgaben enthalten. Diese könnte dahingehend verstanden werden, dass bereits in den Teilnahmeantragsunterlagen die Zuschlagskriterien im Detail (siehe dazu auch die Ausführungen zu § 281 Abs. 2, letzter Satz), technische Spezifikationen und Angaben gem. § 262 Abs. 8 vorzusehen wären. Da bei zweistufigen Verfahren am Beginn der Bewerbungsphase die genauen technischen Spezifikationen sowie das detaillierte Zuschlagssystem idR noch nicht feststehen, wäre hier aus unserer Sicht eine praxistaugliche Regelung über die notwendigen Inhalte der Teilnahmeantragsunterlagen erforderlich.

§ 2 Z 34:

Die Änderung der Subunternehmerdefinition – der Entfall des Wortes „handelsüblich“ – ist aus Gründen der Rechtssicherheit und Praxistauglichkeit sehr zu begrüßen, da der Auftraggeber nunmehr keine zivilrechtliche Einstufung dahingehend vornehmen muss, ob ein Kauf- oder Werklieferungsvertrag vorliegt.

§ 2 Z 47:

In der Begriffsdefinition wird die „zentrale Beschaffungsstelle“ u.a. als ein Auftraggeber gemäß **„Art. 4 Abs. 1 lit. a erster Fall der Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 243“** beschrieben.

In Art 2 Z 12 der Richtlinie 2014/25/EU wird bei der „zentralen Beschaffungsstelle“ hingegen auf „**einen Auftraggeber im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 der vorliegenden Richtlinie oder einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne von Artikel 2 Absatz 1 Nummer 1 der Richtlinie 2014/24/EU**“ abgestellt.

§ 178 Z 20 behandelt schließlich Beschaffungen „*von einer zentralen Beschaffungsstelle gemäß diesem Bundesgesetz oder von einer zentralen Beschaffungsstelle gemäß Art. 2 Z 12 der Richtlinie 2014/25/EU mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder mit Sitz in einer sonstigen Vertragspartei des EWR-Abkommens*“.

Im Vergleich zu Art 2 Z 12 der Richtlinie 2014/25/EU ist die Regelung in § 2 Z 47 wesentlich strenger, da nach dieser nur öffentliche Auftraggeber zentrale Beschaffungsstellen sein können, nicht jedoch öffentliche Unternehmen und private Sektorenauftraggeber.

§ 2 Z 47 steht auch im Widerspruch zu § 178 Z 20, in dem ohne Einschränkungen auf Art. 2 Z 12 der Richtlinie 2014/25/EU verwiesen wird.

Für die wesentlich strengere Regelung in § 2 Z 47 ist kein sachlicher Grund ersichtlich. Wir lehnen dies als „Gold-Plating“ ab und regen dringend eine Änderung des § 2 Z 47 an, damit u.a. auch alle Auftraggeber gemäß **„Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. Nr. L 94 vom 28.03.2014 S. 243“** die Funktion einer zentralen Beschaffungsstelle übernehmen können.

§ 181:

Dringend angeregt wird eine Klarstellung im Gesetz bezüglich grenzüberschreitender Auftragsvergaben an verbundene bzw. gemeinsame Unternehmen, die ihren Sitz nicht im Inland haben. So wäre aus Gründen der Rechtssicherheit die Einfügung des nachfolgenden, zusätzlichen Absatzes (vor dem bisherigen Abs. 5) sehr zu begrüßen:

„(5) Die Eigenschaft als verbundenes bzw. gemeinsames Unternehmen im Sinne der Abs. 1 bis 4 liegt beim Leistungserbringer auch dann vor, wenn sein Sitz in einem anderen Mitgliedstaat des EU- oder EWR-Raums oder in einem Drittstaat liegt.“

vor § 213:

Eine dem „§ 38 Abs. 3 - Nachfolger“ § 44 Abs. 3 nachgebildete Regelung fehlt nach wie vor im Sektorenbereich. Es wird daher dringend angeregt, eine vergleichbare Bestimmung auch für Sektorenauftraggeber vorzusehen.

§ 213:

Gemäß Abs. 2 soll eine Direktvergabe nur mehr dann zulässig sein, *wenn der geschätzte Auftragswert 60 000 Euro nicht erreicht*. Mangels entsprechender Erläuterungen sind die Gründe für die Reduktion dieses Schwellenwerts (bisher 75 000 Euro bzw. aktuell 100 000 EUR) für uns nicht nachvollziehbar. Wir sprechen uns schon aus Praktikabilitätsgründen eindringlich für eine Beibehaltung der bisherigen Wertgrenze aus.

§ 217 Abs. 12:

Der Entwurf sieht vor, dass Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen, Teilnahmeanträge, Angebote, Dokumente, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung stehen, sowie Auftragsbestätigungen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, einem qualifizierten elektronischen Siegel oder einer Amtssignatur gemäß § 19 Abs. 1 E-GovG zu versehen sind bzw. die Übermittlung so zu erfolgen hat, 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.

Diese Bestimmung ist aus unserer Sicht in mehreren Aspekten unklar.

Zum einen könnte aus der Formulierung geschlossen werden, dass Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen jedenfalls (nicht nur bei einer Übermittlung sondern auch bei einer Bereitstellung) zu signieren bzw. mit einem Siegel zu versehen sind. Dieses Verständnis der Regelung ist uE strikt abzulehnen, da bei einer Bereitstellung von Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen über eine elektronische Kommunikationsplattform ein derartig hoher Sicherheitsstandard nicht erforderlich ist.

Gleichzeitig würde diese Bestimmung eine sachlich nicht gerechtfertigte „Verschärfung“ der bisher geltenden Regelungen (bei einer Zurverfügungstellung von Ausschreibungsunterlagen waren diese **nicht** qualifiziert elektronisch zu signieren, s.u.) darstellen und den administrativen Aufwand (Ausschreibungsunterlagen können sich – je nach Projekt – aus einer Unmenge an Dateien/Dokumenten zusammensetzen, wovon jede/s einzeln zu signieren wäre) erhöhen insb. für Sektorenauftraggeber, zumal sich dieser auch nicht einer relativ einfach zu handhabenden Amtssignatur bedienen kann.

Vielmehr regen wir an, den Gesetzeswortlaut im Sinne der Erläuterungen zum BVergG 2006 anzupassen oder zumindest in die Erläuterungen zum BVergG 2017 eine entsprechende Formulierung aufzunehmen (siehe ErläutRV 1171 BlgNR XXII. GP 51: „*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.*“). Eine generelle Verpflichtung weite Teile der Unterlagen eines Vergabeverfahrens mit einer elektronischen Signatur/einem elektronischen Siegel zu versehen, wird von uns überdies als unverhältnismäßiger bürokratischer Aufwand gesehen. Aus unserer umfangreichen Erfahrung im Zusammenhang mit Beschaffungsvorgängen sind keine Fälle bekannt, in denen eine derartige Vorgangsweise zielführend gewesen wäre.

Da wir regelmäßig mit elektronischen Signaturzertifikaten aus Nicht-EU/EWR-Mitgliedsländern konfrontiert sind, wird von uns ferner eine Präzisierung der Bestimmung dahingehend angeregt, welche Qualität der Übermittlung mit der Qualität einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw. eines qualifizierten elektronischen Siegels vergleichbar ist. Bei Signaturzertifikaten, die beispielsweise aus Serbien stammen, ist eine Prüfung der Vergleichbarkeit mit einer qualifizierten elektronischen Signatur/einem qualifizierten elektronischen Siegel gemäß der VO 910/2014/EU – ohne Vorliegen eines Abkommens über die gegenseitige Anerkennung – für den Sektorenauftraggeber kaum möglich. Auch ist das Verhältnis der beiden Fallgruppen des § 217 Abs. 12 des Entwurfs (getrennt durch das Wort „bzw.“) unklar. Wird eine qualifizierte elektronische Signatur, ein qualifiziertes elektronisches Siegel oder eine Amtssignatur verwendet, könnte aus dem Wortlaut der Regelung geschlossen werden, dass die genannten Unterlagen jedenfalls zu signieren sind (siehe aber die Ausführungen im obigen Absatz). Wird hingegen eine vergleichbare Signatur verwendet, wären die Unterlagen nur zu signieren, wenn eine Übermittlung (und keine Bereitstellung) erfolgt.

Ferner geht aus dem Entwurf aus unserer Sicht nicht klar hervor, ob auch Teilnahmeantragsunterlagen als Ausschreibungsunterlagen zu verstehen und daher gem. §

217 Abs. 12 des Entwurfs mit einer elektronischen Signatur/einem elektronischen Siegel zu versehen sind (siehe auch unsere Ausführungen zu den §§ 2 Z 7 und 260).

In Bezug auf die Signatur der genannten Unterlagen wird richtigerweise auf die Vollständigkeit, Echtheit und Unverfälschtheit der übermittelten Datensätze Bezug genommen. Im Begutachtungsentwurf wurden jedoch die Begriffe Hauptteil und Verkettung (sicheres Verketteten) nicht aufgenommen. Unserer Erfahrung nach ist die Verkettungslösung jedoch die einzige Möglichkeit die Vollständigkeit eines elektronischen Angebotes, welches aus mehreren Teilen besteht sicher zu stellen. Zur Rechtssicherheit bei der Feststellung eines vollständigen Angebotes sollten daher diese Begriffe sowie der Hinweis auf die Verkettungslösung oder eine Darstellung anderer Mittel zur Sicherstellung der Vollständigkeit aufgenommen werden.

Schließlich ist festzuhalten, dass im Entwurf des BVergG 2017 uE keine ausdrückliche Regelung ersichtlich ist, wonach elektronisch eingereichte Angebote rechtsgültig zu fertigen sind. Für Angebote in Papierform regelt dies § 294 Abs. 1 Z 8 ausdrücklich (vgl. hierzu § 257 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 idF BGBl I 7/2016, der sowohl für Angebote in Papierform als auch für elektronische Angebote gelten).

Da die derzeitige Regelung zusammenfassend somit beträchtlichen Raum für missverständliche Interpretationen bietet, wäre aus unserer Sicht in den genannten Aspekten eine Klarstellung notwendig.

§ 217 Abs. 13:

Wir verkennen nicht die Problematik allzu vieler unterschiedlicher Plattformlösungen und sind gerne bereit Maßnahmen zur Kompatibilität und zur Steigerung der Benutzerfreundlichkeit für Bieter zu unterstützen. Eine Festlegung der Kommunikationsplattform per Verordnung lehnen wir jedoch strikt ab.

§§ 232 und 237

Wie bereits einleitend festgehalten, erscheinen die neuen, enorm ausgeweiteten nationalen Bekanntgabeverpflichtungen – sowohl im Ober- wie im Unterschwellenbereich – äußerst problematisch. Sie stellen ein „Gold-Plating“ dar, verursachen sowohl von der Zahl der zu erfassenden Fälle als auch von der Menge der abgefragten Daten und des damit verbundenen Erhebungsaufwands einen enormen zeitlichen und administrativen Mehraufwand.

Besonders überschießend erachten wir die Meldepflicht gemäß § 237 für alle vergebenen Aufträge über 50.000 Euro.

Die Angabe der Anzahl der Angebote von KMU gemäß der Empfehlung 2003/61/EG führt beim Auftraggeber zu einem extremen Aufwand. Dazu müssen alle Unternehmen, welche Angebote abgegeben haben hinsichtlich ihres Umsatz und der Mitarbeiteranzahl beurteilt werden, auch wenn diese Unternehmen für die Auftragserteilung nicht in Betracht kommen

(weil zB an zehnter Stelle gereiht) und demnach bei der Angebotsprüfung nicht betrachtet werden müssten. Die Beurteilung hinsichtlich Umsatz und Mitarbeiteranzahl muss zudem historisch betrachtet werden, da für eine Zuordnung zu KMU oder nicht die drei Vorjahre berücksichtigt werden müssen. Die Ermittlung der Mitarbeiteranzahl gemäß der Empfehlung 2003/61/EG erfolgt zudem in Jahresarbeitseinheiten. Die dazu erforderlichen Informationen liegen beim Auftraggeber nicht auf und müssen gesondert eingeholt werden, um der statistischen Verpflichtung nachkommen zu können.

Die kaufmännische Tätigkeit und das ursprüngliche Ziel des Vergaberechts, die Sicherstellung einer ökonomischen Beschaffung, tritt hier gegenüber einer ausufernden „Statistikverwaltung“ immer mehr in den Hintergrund.

Es ist zu bedenken, dass heutige Beschaffungsorganisationen großer Auftraggeber, bei denen dank vergaberechtlich weitgehend unproblematischer Direktvergaben der Bereich der Kleinvergaben und praktisch alle Abrufbestellungen auch aus verwaltungsökonomischen Gründen „an die Fläche“ ausgelagert wurden, künftig in dieser Form – alleine schon um Verwaltungsstrafen gemäß § 377 zu vermeiden – nicht aufrecht zu erhalten sind. Negative Auswirkungen auf die Höhe der Transaktionskosten – noch dazu ohne erkennbaren Mehrwert für den Wettbewerb – sind damit vorprogrammiert.

Die jeweils in Absatz 3 enthaltene Ausnahme für „geschäftlich sensible Daten“ ist insbesondere für im Wettbewerb stehenden Sektorenauftraggeber unzureichend: Die vom Gesetzgeber gewünschte Möglichkeit zur Datenauswertung durch jedermann erzeugt nicht nur einen „gläsernen Auftraggeber“ sondern einen „gläsernen Unternehmer“ dessen strategische Geschäftsziele – durch seine damit zusammenhängenden externen Beauftragungen – nunmehr für jeden Konkurrenten frühzeitig einsehbar und auswertbar werden. Dieser Wettbewerbsnachteil darf Sektorenauftraggebern zur Chancengleichheit daher grundsätzlich nicht auferlegt werden und müssen die Meldepflichten auf den EU-rechtlich geforderten Umfang reduziert werden.

Trotz der mehr als umfangreichen Liste an „Kerndaten“ gemäß Anhang VIII fehlt übrigens eine Aufzählung der Metadaten, wie z.B. der „Verfahrensnummer“, die jeden Geschäftsfall für den Auftraggeber eindeutig zuordenbar machen würde.

Das zeitlich verzögerte Inkrafttreten am 18.10.2018 ändert nichts an der grundsätzlichen Problematik dieser Bestimmungen.

§ 249 Abs. 1, letzter Satz:

Die bereits von Industriellenvereinigung und Wirtschaftskammer Österreich deponierte Kritik an der vorgeschlagenen Regelung ist unseres Erachtens berechtigt. Zur Vermeidung eines großen administrativen Mehraufwands – sowohl auf Bieter- als auch auf Auftraggeberseite – sollte die Regelung dahingehend präzisiert werden, dass sie sich nur auf Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder (und nicht auch auf Prokuristen) bezieht.

§ 250:

Da diese (unveränderte) Bestimmung in Bezug auf zweistufige Verfahren immer wieder Unklarheiten verursacht, wird dringend um eine klarstellende Regelung (Relevanz des Endes der Teilnahmeantragsfrist aus Gründen des Vertrauensschutzes und der Gleichbehandlung der Bewerber) ersucht.

§§ 252 bis 255:

Unseres Erachtens ist die Formulierung des § 253 Abs. 2 als abschließender Katalog abzulehnen und sollte die Bestimmung als beispielshafte Aufzählung möglicher Nachweise wie folgt formuliert sein:

Nachweise gemäß Absatz 1 können insbesondere sein:...

Aus unserer Sicht ist im Übrigen die Regelung des § 253 Abs. 1 und 2 zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit dahingehend unklar, ob der Sektorenauftraggeber nun alle in Abs. 2 Z 1 bis 4 genannten Nachweise festlegen muss, oder es sich hierbei um einen Katalog handelt, aus dem der Sektorenauftraggeber je nach den Erfordernissen des konkreten Vergabeverfahrens einzelne oder alle Nachweise auswählen kann. Insbesondere bei kleinen Vergaben im Unterschwellenbereich erscheint es überschießend, jedenfalls alle in § 253 Abs. 2 genannte Nachweise verlangen zu müssen. Steht aufgrund der vorgelegten Unterlagen, eigener Erkundigungen des Sektorenauftraggebers oder allgemein bekannten Umständen die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers in Zweifel, so hat der Sektorenauftraggeber ohnehin weitere Nachforschungen anzustellen bzw. ergänzende Nachweise zu verlangen. Ob für die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit alle in § 253 Abs. 2 genannten Nachweise erforderlich sind oder im Einzelfall von bestimmten Nachweisen abgesehen werden kann, sollte in der Dispositionsfreiheit des Sektorenauftraggebers bleiben. Aus diesem Grund erscheint die Regelungssystematik des derzeit geltenden § 72 Abs. 2 BVergG 2006 idF BGBl I 7/2016 („Der Nachweis kann für Ausschlussgründe...“) praxisgerechter (vgl. auch die Formulierung der §§ 252 Abs. 1, 255 Abs. 1 und 3 des Entwurfs). Schließlich soll auch nicht unerwähnt bleiben, dass ohnehin nicht alle Ausschlussgründe des § 249 Abs. 2 des Entwurfs durch vorab festgelegte Nachweise geprüft werden können.

§§ 254 Abs. 3 und 83 Abs. 3:

In diesen Bestimmungen wird festgelegt, dass der Auftraggeber bei der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit einen strenger Maßstab anzulegen hat, wenn in den Abfragen herauskommt, dass mehr als zwei rechtskräftige Bestrafungen vorliegen. Dabei wird jedoch überhaupt nicht nach der Größe des anbietenden Unternehmens differenziert. Ein Unternehmen mit 5 Arbeitnehmern wird hier gleich behandelt, wie eines mit 5000 Arbeitnehmern. Dies kann insbesondere aufgrund der schwerwiegenden Folgen (Ausschluss von allen künftigen Vergabeverfahren des Auftraggebers für bis zu fünf Jahre) nicht zulässig sein und auch nicht im Interesse von Auftraggebern und Wirtschaft liegen.

Wir schlagen daher vor, ähnlich wie bei der gewerberechtlichen Prüfung der Zuverlässigkeit von Personenkraftverkehrsunternehmen über das Verkehrsunternehmensregister, die Anzahl der Verstöße zur Anzahl der beschäftigten Arbeitnehmer in ein Verhältnis zu setzen.

§ 260:

Hier zeigen sich die Folgen des bereits in Zusammenhang mit den §§ 2 Z 7 und 217 Abs. 12 monierten Fehlens einer gesetzlichen Definition des Begriffs „Ausschreibungsunterlagen“ besonders deutlich:

Versteht man den Begriff „Ausschreibungsunterlagen“ nämlich umfassend (als Teilnahmeantrags- und Ausschreibungsunterlagen), so dürfte – angesichts der Pflicht zur *„kostenlosen, direkten, uneingeschränkten und vollständigen Zurverfügungstellung, sobald die jeweilige Bekanntmachung erstmalig verfügbar ist“* – ein zweistufiges Verfahren immer erst dann gestartet werden, wenn sämtliche Unterlagen fertig ausgearbeitet sind. Aktuell wird hingegen aus zeitökonomischen Gründen die Teilnahmeantragsfrist meist noch zur Finalisierung der „eigentlichen“ Ausschreibungsunterlagen genutzt. Diese Praxis muss unbedingt weiterhin zulässig bleiben: Der Gesetzgeber sollte daher unbedingt klarstellen, dass im Zeitpunkt der Bekanntmachung eines zweistufigen Verfahrens ausschließlich die Teilnahmeantragsunterlagen zur Verfügung gestellt werden müssen.

Weiters wird angemerkt, dass der im Abs. 2 verwendete Begriff „Bewerbungsfrist“ (mit Ausnahme des spiegelbildlichen § 89) an keiner anderen Stelle des Gesetzes verwendet wird. Sonst wird immer von der „Teilnahmeantragsfrist“ gesprochen.

§§ 262 und 91:

Die gewählte Form der Neuregelung ist überaus positiv zu beurteilen, denn sie trägt dem berechtigten Wunsch nach einem echtem „Qualitätswettbewerb“ und der Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping – insbesondere auch bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr – umfassend Rechnung. Gleichzeitig erscheinen die neuen Bestimmungen aber auch wesentlich stimmiger und praxistauglicher als die Vorgängerregelungen.

Am Ende des § 262 Abs. 3 ist lediglich auf ein redaktionelles Versehen hinzuweisen: Analog zu § 91 Abs. 4 ist nämlich noch der Satzteil *„oder anhand von bekanntgegebenen Zuschlagskriterien“* zu ergänzen.

§ 268:

Zu Abs. 2 wird angeregt, Beispiele für sachliche Gründe analog zu den Erläuterungen zur Novelle 2016 auch in den gegenständlichen Erläuterungen anzuführen: *„Als ein derartiger Grund könnte etwa die zu erwartende Anzahl der bekanntzugebenden Subunternehmer*

angeführt werden (zB weil es sich um eine besonders kleinteilige Leistung mit einer Vielzahl von Gewerken handelt, oder bei Gefahr der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Falle der Mehrfachnennung von Subunternehmern in sogenannten „engen“ Märkten.)“

Die nunmehr vorgesehene Möglichkeit des Sektorenauftraggebers in Abs. 4 Z 2 den Rückgriff auf Subunternehmer in der Ausschreibung im Einzelfall zu beschränken, sofern dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist, ist zu begrüßen. Im Sinne einer Präzisierung bzw. Richtschnur, wann derartige Beschränkungen sachlich gerechtfertigt und angemessen sein können, wäre es aus unserer Sicht wünschenswert, nähere Erläuterungen oder Beispiele in die erläuternden Bemerkungen (ähnlich den ErläutRV 776 BlgNR XXV. GP 9 zur Einschränkung der Offenlegungspflicht der Bieter auf die wesentlichen Subunternehmer) aufzunehmen.

§ 281:

Das kategorische Verbot über vom Sektorenauftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte Mindestanforderungen zu verhandeln bzw. diese während des Verfahrens zu ändern – das Gesetz unterstellt hier offenbar mittels unwiderlegbarer [aber unzutreffender] Vermutung, dass dies in jedem Fall eine Änderung des Bieterkreises bewirkt – erscheint insbesondere (zeit-)ökonomisch kontraproduktiv, schließlich liegt der große Vorteil des Verhandlungsverfahren gerade in Möglichkeit ursprünglich nicht erkannte „Kostentreiber“ zu eliminieren. Selbstverständlich muss der Entfall einer konkreten (den Bieterkreis nicht verändernden) Mindestanforderung dazu führen, dass alle ursprünglich zur zweiten Verfahrensstufe zugelassenen Bieter hiervon informiert und zur Teilnahme auf Basis der geänderten Bedingungen eingeladen werden. Der Widerruf und Neustart des Verfahrens stellt in derartigen Konstellationen demgegenüber schon aus Zeitgründen eine äußerst schlechte Alternative dar. Die im Entwurf vorgesehene Regelung (bei der unklar bleibt, ob auch im Zuge des Verfahrens festgelegte – also erst nachträglich Teil der Ausschreibungsunterlagen werdende – Mindestanforderungen vom absoluten(?) Änderungsverbot erfasst sind) zwingt Auftraggeber dazu, Mindestanforderungen vorerst nur im minimalen Ausmaß bzw. so spät wie möglich festzulegen. Ein ökonomisches, zielgerichtetes Vorgehen wird auf diese Weise sicher nicht gefördert.

Es erscheint sogar unklar, ob (zumindest) eine Konkretisierung der Mindestanforderungen im laufenden Verfahren möglich ist. Sollte selbst dies unzulässig sein, so wird dem Verhandlungsverfahren absolut jede Flexibilität genommen, die es bislang so positiv vom nicht offenen bzw. offenen Verfahren unterschieden hat.

Weiters legt die Formulierung des § 281 Abs. 1, letzter Satz („Die bereitgestellten Informationen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen **Teilnahmeantrag** stellt.“) den Schluss nahe, dass bereits zu Beginn der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb völlig praxisfern die Zuschlagskriterien sowie die Mindestanforderungen unveränderlich(?) feststehen müssen.

Der Bestimmung des § 281 Abs. 1 und 2 liegt somit scheinbar die Vermutung zugrunde, dass schon zu Beginn der ersten Stufe des Verhandlungsverfahrens die Vergleichbarkeit der erst in Stufe zwei einzuholenden Angebote sicherzustellen ist. Damit wird nicht nur – ohne erkennbare Rechtfertigung – ein flexibles, ökonomisches Vorgehen verhindert, sondern auch das Verhandlungsverfahren als solches in Frage gestellt. Sind die Mindestanforderungen unveränderlich, so müssen bereits die Erstangebote vergleichbar sein und wäre der Spielraum des Verhandelbaren auf den Preis beschränkt.

Unverständlich erscheint die Streichung des bisherigen § 254 Abs. 5 (*„An den bekannt gegebenen Zuschlagskriterien darf, sofern in den Ausschreibungsunterlagen nicht anderes festgelegt wurde, während des Verhandlungsverfahrens keine Änderung vorgenommen werden.“*). Diese Bestimmung hat nämlich durchaus ihre Berechtigung und ist gerade im Fall der seitens des Gesetzgebers sonst positiv geförderten „innovativer Beschaffungen“ ein notwendiges, unverzichtbares Instrument.

Die „Zielrichtung“ der in Abs. 2, Satz 2, formulierten Verhandlungspflicht erscheint unklar. Diese Bestimmung erfordert daher in jedem Fall noch eine Erläuterung in den Gesetzesmaterialien.

In Abs. 5 ist zudem der Satzteil *„oder gemäß Abs. 6 nicht weiter berücksichtigt werden“* unklar. Vom Sinn der Regelung her müsste das Wort *„nicht“* hier gestrichen werden.

§ 298 Abs. 5, 2. Satz:

Der neu eingefügte Satz *„Über die Öffnung der Angebote ist ein Protokoll zu verfassen, das die wesentlichen Angaben zu den einzelnen Angeboten zu enthalten hat und das auf Verlangen eines Bieters diesem zu übermitteln bzw. bereitzustellen ist.“* kann jedenfalls für Verhandlungsverfahren keine Anwendung finden und sollte daher gestrichen werden.

§ 360:

Der Gesetzeswortlaut geht in einem nicht akzeptablen Ausmaß über die Umsetzung des Artikels 101 der Richtlinie 2014/25/EU hinaus und führt damit zu einer enormen administrativen Mehrbelastung der Sektorenauftraggeber. Er beruht zudem auf der wenig schmeichelhaften Vermutung/Prognose, dass die betroffenen Auftraggeber die ihnen im Oberschwellenbereich auferlegten Bekanntmachungspflichten nicht ordnungsgemäß erfüllen werden.

Die Richtlinie fordert nämlich ausschließlich – und lediglich alle drei Jahre – einen statistischen Bericht über die Beschaffungen im Unterschwellenbereich. Nur dann, wenn die Meldungen über vergebene Aufträge im Oberschwellenbereich nicht in der vorgeschriebenen Qualität und Vollständigkeit vorliegen sollten, muss der betroffene Mitgliedstaat auf Anforderung der Kommission *„innerhalb einer angemessenen Frist“* die *„fehlenden statistischen Informationen“* nachliefern.

Wir fordern daher eindringlich, dass sich der Gesetzgeber bei der Umsetzung unmittelbar am Richtlinienwortlaut orientiert und von einem „Gold-Plating“ Abstand nimmt.

§ 366:

Zunächst ist allgemein darauf hinzuweisen, dass Art. 89 der Richtlinie 2014/25/EU nicht von Änderungen von „Verträgen“ sondern – wie auch die Judikatur des EuGH – stets von „Auftragsänderungen“ spricht. Aus unserer Sicht ist somit in den §§ 366, 367 des Entwurfes der zivilrechtliche Begriff „Vertrag“ jeweils durch den vergaberechtlichen Begriff „Auftrag“ zu ersetzen (siehe auch § 132 dGWB). Diese Unterscheidung ist insbesondere im Hinblick auf die einschlägige Judikatur des EuGH und die Zulassung der Änderungsklausel gem. ÖNORM B 2110/2118 relevant, da nicht jede zivilrechtliche Vertragsänderung eine Auftragsänderung (Stichwort: innerhalb des Leistungsziels) darstellt; und schon gar nicht eine wesentliche Auftragsänderung (erhebliche Unterscheidung vom ursprünglichen Auftrag). Nach unserer Überzeugung sind bei richtigem Verständnis des Art. 89 der Richtlinie 2014/25/EU somit nur jene Vertragsänderungen unter diese Bestimmung zu subsumieren, die eine „Auftragsänderung“ darstellen. Der Auftrag wird dann geändert, wenn die Vertragsänderung nicht dem ursprünglich vereinbarten Leistungsziel entspricht.

Zu § 366 Abs. 1 zweiter Satz des Entwurfes ist darauf hinzuweisen, dass die Definition der Wesentlichkeit durch den Begriff „erheblicher Unterschied“ aus unserer Sicht keinen inhaltlichen Mehrwert bietet. Aus der italienischen Sprachfassung geht hervor, dass der Richtlinien gesetzgeber keinen Unterschied zwischen den Begriffen „wesentlich“ und „erheblich“ setzen wollte (der italienische Text verwendet nur den Begriff „sostanziale“ bzw. „sostanzialmente“). Sowohl aus der italienischen als auch aus der englischen und der französischen Sprachfassung der Richtlinie ergibt sich vielmehr ein Verständnis der Wesentlichkeitsschwelle im Sinne einer Änderung des Auftragscharakters bzw. der Natur des Auftrags (vgl. „quando muta sostanzialmente la natura“, „materially different in character“ sowie „sensiblement différent par nature“). Also nur, wenn sich die Natur bzw. der Charakter des ursprünglichen Auftrages erheblich ändert, ist eine Auftragsänderung wesentlich.

Ob sich der Charakter bzw. die Natur des ursprünglichen Auftrags erheblich ändert, bestimmt sich nach unserem Verständnis nach den Kriterien des § 366 Abs. 1 iVm Abs. 2 des Entwurfs (vgl. EuGH presstext). Durch die Verwendung der Worte „unbeschadet“ und „in jedem Fall“ in Abs. 3 ist ferner das Verhältnis bzw. die Rangordnung zwischen Abs. 3 und den Abs. 1 und 2 in höchstem Maße unklar, wenngleich dies durch die Richtlinienbestimmung angelegt ist. Ist nun Abs. 1 iVm Abs. 2 in jedem Fall zu prüfen (arg: „jedenfalls“) oder ist dieser bei einem Anwendungsfall des Abs. 3 nicht einschlägig (arg: „unbeschadet des Abs. 3“)?

Wir schlagen daher die nachstehende Formulierung des Abs. 2 vor:

*„Unbeschadet des Abs. 3 ist eine Änderung als wesentliche Änderung **im Sinne des Abs. 1** anzusehen, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist: [...]“*

In Abs. 2 Z 3 ist vorgesehen, dass auch eine erhebliche Verringerung des Vertragsumfangs jedenfalls eine wesentliche Vertragsänderung darstellt. Dies ist überschießend, geht erheblich

über Art. 89 der Richtlinie 2014/25/EU hinaus und ist als „Gold-Plating“ entschieden abzulehnen. Speziell bei Großaufträgen könnte dies relativ rasch zu problematischen Situationen führen, deren vergaberechtskonforme Bereinigung höchst unklar erscheint.

Zu Abs. 3 Z 2 wird von uns angeregt statt des Begriffes der „Überprüfungsklausel“ einen in der österreichischen Rechtssprache gebräuchlichen Begriff, wie „Vertragsänderungsklausel“, zu verwenden.

Weiters halten wir zu § 366 Abs. 3 Z 2 des Entwurfes fest, dass die Vertragsanpassungsklausel im Punkt 7 der ÖNORM B 2110 bzw. B 2118 aus unserer Sicht eine klare, präzise und eindeutig formulierte Änderungsklausel darstellt, da sie Änderungen des zivilrechtlichen Vertrages unter klar definierten Vorgaben (bei Leistungsänderungen des AG bzw. bei Leistungsstörungen innerhalb des Leistungsziels) erlaubt. Die Angabe des Umfangs ist die Begrenzung mit dem Leistungsziel; die Angabe zur Art ist Leistungsänderung bzw. Leistungsstörung. Jede dieser Vertragsanpassungen ist dahingehend begrenzt, dass sie nicht die den Gesamtcharakter des ursprünglichen Auftrags verändert. Sollte in den §§ 366, 367 am zivilrechtlichen Begriff des „Vertrages“ bzw. der „Vertragsänderung“ festgehalten werden (siehe dazu die Ausführungen im ersten Absatz zu § 366), wird daher empfohlen, dass der Gesetzgeber im BVergG oder zumindest in dessen Erläuterungen explizit festhält, dass eine vom Österreichischen Normungsinstitut (ASI) von dem zuständigen Expertenkomitee für Verdingungswesen verabschiedete Vertragsanpassungsklausel in einer Werkvertragsnorm diesen Bestimmtheitskriterien des BVergG entspricht.

§ 367:

Die Pflicht zur Kündigung des Vertrages bei der Verwirklichung eines Ausschlussgrundes gemäß § 249 Abs. 1 berücksichtigt nicht die Möglichkeit der „Selbstheilung“ während des Vergabeverfahrens durch das Unternehmen gemäß § 254 Abs. 1 bzw. die Möglichkeit bei Vorliegen der Voraussetzungen gemäß § 249 Abs. 4 bis 6 das Unternehmen dennoch zuzulassen. Mit der Pflicht zur Kündigung wird nach Auftragserteilung die Möglichkeit der Selbstheilung nicht mehr zugestanden. Dies kann insbesondere bei Bauleistungen zu unsachgemäßen und unverhältnismäßigen Folgen führen.

§ 368:

Die Meldeverpflichtung in die Baustellendatenbank, wie von § 368 Abs. 1 des Entwurfs vorgesehen, ist aus unserer Sicht überschießend. Insbesondere die tatsächliche Auftragssumme des Subunternehmers kann nur der Bieter selbst kennen; der Auftraggeber kann, wenngleich teilweise sehr aufwendig, lediglich jenen Anteil des Angebotspreises ermitteln, der auf die Leistungen eines Subunternehmers entfällt. Weiters stellt sich zu dieser Angabe die Frage, wie damit Lohn- und Sozialdumping vermieden werden kann.

Die Angabe des Ausführungsbeginns sowie der Ausführungsdauer ist für den Auftraggeber nicht möglich, da die zeitliche Abwicklung des Auftrages in der Dispositionsfreiheit des Auftragnehmers bzw. auch dessen Subunternehmers liegt. Zusammenfassend sprechen wir

uns daher mit Nachdruck gegen die vorgesehene überschießende Meldeverpflichtung in die Baustellendatenbank für den Auftraggeber aus, da dies zu einer Steigerung der Transaktionskosten in der öffentlichen Beschaffung ohne echten Mehrwert für die Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping führt.

§ 377:

Die massive Ausweitung der Strafbestimmungen führt zu einer „Kriminalisierung“ der Einkaufstätigkeit. Die Strafdrohungen erscheinen – ganz besonders bei den vorgeschriebenen „Massenbekanntgaben“ von Kleinstvergaben (Bekanntgabe vergebener Aufträge über minimale Eurobeträge, die aufgrund einer Rahmenvereinbarung vergeben werden, die selbst nur knapp die € 50.000-Grenze überschreitet) – schlichtweg unverhältnismäßig. Es wird daher angeregt, die aktuell geltende Strafbestimmung unverändert beizubehalten.

Um Berücksichtigung dieser Stellungnahme wird gebeten.

Mit freundlichen Grüßen
Für die ÖBB-Holding AG:

Dr. Katharina Schelberger e.h.
Leiterin Konzernrecht & Vorstandssekretariat