



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

BUNDESARBEITSKAMMER
PRINZ EUGEN STRASSE 20-22
1040 WIEN
T 01 501 65
www.arbeiterkammer.at
DVR 1048384

Ihr Zeichen	Unser Zeichen	Bearbeiter/in	Tel	Fax	Datum
BKA-	WP-GSt/Ka/Ha	Lena Karasz	501 65 DW 2505	501 65 DW 42505	29.03.2017
600.883/000					
3-V/8/2017					

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)

Die Bundesarbeitskammer (BAK) begrüßt den Entwurf zum Bundesvergabegesetz 2017, in welchem bereits einige ihrer wesentlichen Anregungen berücksichtigt wurden. Aus unserer Sicht müsste das Gesetz zur effektiveren Erreichung sozial- und wirtschaftspolitischer Ziele jedoch in einigen wichtigen Punkten nachgebessert werden.

Kernanliegen der BAK sind die folgenden Punkte:

- 1. Ausweitung des obligatorischen „Bestbieterprinzips“,**
- 2. Stärkung des „Bestbieterprinzips“ durch verpflichtende Berücksichtigung von zusätzlichen Zuschlagskriterien sowie einer Mindestbewertung preisfremder Kriterien,**
- 3. Stärkung der Qualität bei der Vergabe von sozialen und besonderen Dienstleistungsaufträgen,**
- 4. Bekämpfung von Sozialbetrug, Schwarzarbeit sowie von Lohn- und Sozialdumping bei Subunternehmen,**
- 5. Erhöhung der Transparenz durch Meldepflichten an die Baustellendatenbank der Bauarbeiterurlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK),**
- 6. Stärkung der Eignungskriterien,**
- 7. verpflichtender Personalübergang bei Betreiberwechsel sowie**
- 8. effektive Überwachung der Einhaltung des Vergaberechts durch Schaffung eines Vergabeombudsmannes oder durch Einräumung von Parteirechten für gesetzliche Interessenvertretungen.**

Allgemeines

Die EU-Vergaberichtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU, deren Umsetzung in innerstaatliches Recht mit dem Vergaberechtsreformgesetz 2017 erfolgen soll, wurden infolge der Finanz- und Wirtschaftskrise als Instrument zur Erreichung nachhaltigen und integrativen Wachstums verabschiedet. Den Mitgliedstaaten sollte die rechtliche Möglichkeit eröffnet werden, die **öffentliche Beschaffung in stärkerem Maße als politisches Lenkungsinstrument** zu nützen. In Österreich beläuft sich das öffentliche Ausschreibungsvolumen auf etwa 11 % des Bruttoinlandsprodukts und stellt daher einen bedeutenden Hebel zur Verfolgung **sozial- und wirtschaftspolitischer Ziele** dar.

Zielsetzung

Vor diesem Hintergrund sollte aus Sicht der BAK das zentrale Anliegen des neuen Bundesvergabegesetzes vorrangig darin liegen, die Wettbewerbsbedingungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge **gerechter, sozialer und gesamtwirtschaftlich rationaler** zu gestalten. Vor allem aus einer gesamtwirtschaftlichen Betrachtung erscheint es uns essentiell, bei der öffentlichen Auftragsvergabe auch **soziale und ökologische Folgekosten** zu berücksichtigen.

Rechtliche Beurteilung

Zur besseren Übersichtlichkeit werden einzelne Paragraphen zu Themenkreisen zusammengefasst und einer gemeinsamen Bewertung unterzogen:

1. Bestbieterprinzip (§§ 91 Abs 5, 262 Abs 4)

a. Aufnahme von Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen in den Bestbieterkatalog (§ 91 Abs 5)

Die Vergabe von Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen nach Billigstbieterprinzip hat in der Vergangenheit einen starken Verdrängungswettbewerb ausgelöst. Die niedrigsten Angebotspreise können in diesen Branchen, in denen die Personalkosten den höchsten Kostenfaktor darstellen, in der Regel nur jene Bieter legen, die auf Kosten der Beschäftigten möglichst knapp kalkulieren. Diese Praxis führt zu immer härteren Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten sowie zur Zunahme illegaler Praktiken (insbesondere unbezahlte Überstunden, illegale Beschäftigung, etc).

Vor diesem Hintergrund begrüßt die BAK die gesetzliche Verankerung des obligatorischen Bestbieterprinzips bei der Vergabe von Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen. Diese neue Bestimmung betrachten wir als einen **effektiven Schritt zur Gestaltung eines faireren Wettbewerbs, zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping** und sohin zu einer **Verbesserung der Arbeitsbedingungen für die Beschäftigten** in diesen Branchen.

b. Ausnahmen für Sektorauftraggeber (§ 262 Abs 4)

Für Sektorauftraggeber bestimmt der gegenständliche Entwurf in § 262 Abs 4 eine deutliche Einschränkung des zwingenden Bestbieterprinzips. Dieses soll ua nicht mehr für Bauaufträge ab einer Million Euro zur Anwendung gelangen.

Diese Neuerung werten wir als **deutliche Verschlechterung** gegenüber der BVergG-Novelle 2016 und lehnen sie folglich ab.

Überdies sieht der Entwurf – anders als für klassische Auftraggeber – für Sektorenauftraggeber keine zwingende Anwendung des Bestbieterprinzips bei der Vergabe von Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen vor.

Für diese beiden Ausnahmebestimmungen bei Sektorenauftraggebern besteht aus Sicht der BAK **kein sachlicher Grund**. Deshalb erscheint es inkohärent, das obligatorische Bestbieterprinzip im Sektorenbereich anders zu regeln als im klassischen Bereich. Wir ersuchen daher um eine Übernahme des Wortlauts des § 91 Abs 5 in § 262 Abs 4.

c. Zwingende Berücksichtigung „qualitätsbezogener Aspekte“ (§§ 91 Abs 6, 262 Abs 5)

Wir begrüßen die Bemühungen des gegenständlichen Entwurfs, die öffentliche Beschaffung stärker in die Richtung eines Qualitätswettbewerbes zu rücken. Die Festlegung, dass bei der Vergabe von unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich (§§ 91 Abs 6 Z 1, 262 Abs 5 Z 3) sowie bei der Beschaffung von Lebensmitteln (§§ 91 Abs 6 Z 3, 262 Abs 5 Z 5) nicht preisliche Kriterien im Sinne des § 20 zu berücksichtigen sind, findet daher unsere Zustimmung.

Die BAK vertritt die Ansicht, dass bei der Vergabe von unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich der **Qualität der Leistung eine besondere Bedeutung** zukommt. Wir sprechen uns daher dafür aus, bei diesen Vergabeverfahren zwingend die Berücksichtigung von **echten Qualitätskriterien** zu verankern, so dass bei der Vergabe von unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich **verpflichtend auf die Qualität der Leistung Bedacht zu nehmen** ist (siehe unter 3.).

Als **sehr großen Fortschritt** erachten wir, dass gemäß §§ 91 Abs 6 Z 2, 262 Abs 5 Z 4 des gegenständlichen Entwurfs künftig bei der Vergabe von Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr **jedenfalls soziale Aspekte zu berücksichtigen** sind.

d. Umformulierung von § 20 Abs 6

Der Verweis in §§ 91 Abs 6, 262 Abs 5 auf § 20 stellt klar, dass insbesondere soziale Aspekte (§ 20 Abs 6) berücksichtigt werden können. Folglich halten wir eine konkretisierende Erweiterung von § 20 Abs 6 S 1 für notwendig.

Die BAK schlägt folgenden Wortlaut vor:

§ 20 Abs 6 (neu): „Im Vergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung, älteren Arbeitnehmern und sonstigen am Arbeitsmarkt benachteiligten Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden.“

Die Formulierung „benachteiligte Arbeitnehmer“ entspricht §§ 23, 196 BVergG. In den erläuternden Bemerkungen sollten demonstrativ am Arbeitsmarkt benachteiligte ArbeitnehmerInnen, zB Asyl- und subsidiär Schutzberechtigte, gesundheitlich Beeinträchtigte, etc angeführt werden.

2. Stärkung des Bestbieterprinzips durch verpflichtende Berücksichtigung von zusätzlichen Zuschlagskriterien sowie einer Mindestbewertung preisfremder Kriterien

Wie eine aktuelle Studie des WIFO¹ belegt, werden in Österreich bei der Verwendung des Bestbieterprinzips preisfremde Kriterien deutlich unterdurchschnittlich bewertet. In keinem anderen untersuchten EU-Land wird das Preiskriterium so stark gewichtet wie in Österreich. Bestbieterverfahren werden zu einem hohen Anteil so gestaltet, dass implizit die Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip durchgeführt wird.

Um dieser Rechtspraxis effektiv entgegenzuwirken und das Bestbieterprinzip zu stärken, regen wir an, bei der Ausschreibung nach Bestbieterprinzip neben dem Preis mindestens zwei Zuschlagskriterien – davon zwingend ein soziales – für die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes heranzuziehen. Diese müssten in weiteren Verordnungen branchenbezogen präzisiert werden.

Zudem schließen wir uns der Feststellung der WIFO-StudienautorInnen an, dass man in der Regel erst ab einer Gewichtung von preisfremden Zuschlagskriterien von ca 30 % von einem „echten Bestbieterprinzip“ sprechen könne, weil erst dann ein Trade-Off zwischen Qualität und Preis möglich sei.

Vor diesem Hintergrund regen wir daher an, dass **preisfremde Zuschlagskriterien in der Bewertung der Angebote mindestens 20 % der zu erreichenden Punkte ausmachen**. Dadurch würde verhindert werden, dass trotz Anwendung des „Bestbieterprinzips“ letztlich der Preis das absolut überwiegende Zuschlagskriterium bildet.

3. Stärkung der Qualität bei der Vergabe von sozialen und besonderen Dienstleistungsaufträgen (§§ 151, 312)

Art 76 Abs 2 der RL 2014/24/EU sieht für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen ausdrücklich die Berücksichtigung von Qualitätskriterien vor. Art 67 Abs 2b RL 2014/24/EU sieht vor, dass die Qualifikation und Erfahrung des Personals als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen ist, wenn dies einen erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann².

Der gegenständliche Entwurf bleibt hinter diesen Vorgaben jedoch zurück. § 151 (§ 312) regelt, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen die Qualität **lediglich** berücksichtigen **kann**.

¹ Werner Hölzl, Michael Böheim, Michael Klien, Eva Pichler (2017): Das öffentliche Beschaffungswesen im Spannungsfeld zwischen Billigst- und Bestbieterprinzip. WIFO Studie, Wien.

² siehe auch ErwGR 94 der RL 2014/24/EU

Die BAK schlägt daher folgende Änderungen vor:

§ 151 Abs 2 (neu): „Der öffentliche Auftraggeber hat bei der Vergabe die Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Leistbarkeit und Verfügbarkeit der Dienstleistungen bzw den Umfang des Leistungsangebotes zu berücksichtigen.“

Dieser Wortlaut sollte auch in § 312 Abs 2 übernommen werden.

§ 91 Abs 6 Z 1 (neu): „(...) bei unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß Anhang XVI, wobei hier jedenfalls die Qualität zu berücksichtigen ist.“

Dieser Wortlaut sollte auch in § 262 Abs 5 Z 3 übernommen werden.

In den Erläuterungen sollte zu § 91 Abs 6 Z 1 ausgeführt werden, dass bei Dienstleistungen gemäß Anhang XVI jedenfalls neben dem Preis die **Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals sowie die Struktur-, Prozess und Ergebnisqualität** zu berücksichtigen sind.

4. Bekämpfung von Sozialbetrug, Schwarzarbeit sowie von Lohn- und Sozialdumping bei Subunternehmen

a. Gesetzliche Beschränkung von Subunternehmerketten

Die verbreitete Praxis, Teile des Gesamtauftrags an Subunternehmen weiterzugeben, bringt in der Realität komplexe Subunternehmerketten hervor, die einen Nährboden für Sozialbetrug, Schwarzarbeit und Lohn- und Sozialdumping bereiten. Häufig werden lange Subunternehmerketten in rein missbräuchlicher Absicht ohne fachliche Rechtfertigung gebildet. Vor allem im Bausektor sind Projekte in der Realität aber selten so komplex, dass zB zehn hintereinander geschaltete Subvergaben erforderlich wären. Nicht sachlich gerechtfertigte Subvergaben lehnt die BAK darüber hinaus auch aufgrund von Sicherheitsüberlegungen, insbesondere bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr, ab. Aus Sicht der BAK muss diese inakzeptable Situation sowohl im Bausektor als auch bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr strikt unterbunden werden.

Konkret schlägt die BAK vor, die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer ab Zuschlagserteilung auf ein Glied zu beschränken. Undurchsichtige und schwer kontrollierbare Subunternehmerketten könnten dadurch jedenfalls vermieden werden. Damit würde zudem sowohl die Kontrolle für die Auftraggeber, als auch für die befassten Behörden wesentlich erleichtert werden.

Wir weisen darauf hin, dass eine Beschränkung der Subunternehmerketten auf ein Glied ab Zuschlagserteilung unionsrechtlich jedenfalls zulässig ist und in anderen EU-Mitgliedsstaaten bereits gesetzlich verankert wurde.

b. Einführung einer Generalunternehmerhaftung (§ 364 neu)

Bestehende Bestimmungen zur Auftraggeberhaftung für Arbeitsentgelte, wie insbesondere §§ 9 und 10 des Lohn- und Sozialdumpingbekämpfungsgesetzes (LSD-BG), erfassen nur die Auftraggeber der säumigen ArbeitgeberInnen. Eine darüber hinausgehende Haftung der Auftragnehmer bzw des Generalunternehmers hätte eine hohe generalpräventive Wirkung. Diese hätte zur Folge, dass die Auftragnehmer im eigenen Interesse auf die Seriosität der Subunternehmer und auf die Transparenz bei der Durchführung des Auftrages achten würden.

Die BAK schlägt eine Textierung wie folgt vor:

§ 364 (neu): „Der Auftragnehmer haftet, sofern der Auftrag oder Teile des Auftrages in unzulässiger Weise an Subunternehmer weitergegeben werden, nach § 1357 ABGB als Bürge und Zahler für Ansprüche auf das gesetzliche, durch Verordnung festgelegte oder kollektivvertragliche Entgelt aller von Subunternehmern zur Ausführung des Auftrages eingesetzten Arbeitnehmer, das diesen während ihrer Tätigkeit im Rahmen der vereinbarten Leistungserbringung gebührt.“

c. Entfall der Zustimmungsfiktion (§ 363)

Die BAK begrüßt ausdrücklich den Entfall der Zustimmungsfiktion in § 363. Die Neuerung, dass künftig, der Auftraggeber eine Zustimmung oder Ablehnung unverzüglich mitzuteilen hat und Schweigen nicht nach Ablauf einer Frist als Zustimmung zu werten ist, wird die Transparenz im Rahmen der Auftragsausführung erhöhen und eine Ausweitung der Haftungsbestimmung nach § 10 LSD-BG bedeuten.

d. Überarbeitung von § 98 Abs 2

Im Kontext der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping bei Subunternehmern ersuchen wir um eine Überarbeitung von § 98 Abs 2. Diese Bestimmung ermöglicht Auftraggebern, aus sachlichen Gründen die Offenlegungspflicht des Bieters auf wesentliche Subunternehmer einzuschränken.

Die Einschränkung der Offenlegungspflicht lehnen wir entschieden ab, weil gerade bei kleinteiligen Leistungen mit einer Vielzahl von Gewerken Lohndumping, Sozialbetrug und Schwarzarbeit besonders häufig anzutreffen ist. Nimmt man diese Subunternehmer aus und beschränkt die Offenlegungspflicht auf die „wesentlichen Subunternehmer“, untergräbt man den Zweck der Regelung. Diese Ausnahme sollte daher gestrichen werden. Überdies weisen wir darauf hin, dass die Formulierung „sachliche Gründe“ zu viel Interpretationsfreiraum bietet.

e. Einführung einer Regelung für Arbeitskräfteüberlasser (§ 98 Abs 6 neu)

Besonders im Baubereich erfolgt die Zuziehung von weiteren Unternehmen neben der Subvergabe über einen Werkvertrag häufig durch eine Arbeitskräfteüberlassung. Die gegenständlichen Bestimmungen sollten daher auch die Beziehung von Arbeitskräfteüberlassern erfassen. Anderenfalls wäre die Regelung nur beschränkt wirksam.

Die BAK schlägt daher eine Textierung wie folgt vor:

§ 98 Abs 6 (neu): „Die Absätze 1 bis 5 sind auf Arbeitskräfteüberlasser sinngemäß anzuwenden.“

5. Erhöhung der Transparenz durch Meldepflichten an die BUAKE – Baustellendatenbank (§ 368)

Die BAK begrüßt nachdrücklich die neu geschaffene Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber zur Übermittlung der in § 31a des Bauarbeiterurlaubs- und Abfertigungsgesetz (BUAG) angeführten Daten. Diese Bestimmung verbessert die Transparenz wesentlich, die erstmalig durch das BUAG geschaffen wurde. Die geplante vollständige Erfassung der Auftragnehmer und aller Subauftragnehmer von öffentlichen Aufträgen samt Auftragssumme, Auftragsgegenstand, Ausführungsort, -beginn und -dauer ermöglicht den Baustellenkontrollorganen eine effektive Vorausplanung und Vorbereitung auf die Prüfeinsätze. Für ArbeitnehmerInnen ergibt sich der Vorteil, dass sie etwaige Entgeltansprüche – ohne aufwendiges oder unter Umständen erfolgloses Erhebungsverfahren – direkt beim, nach LSD-BG haftenden Auftraggeber, geltend machen könnten.

Bedauerlich erscheint uns lediglich, dass die Meldepflicht erst ab einer Auftragssumme von € 100.000 besteht, da (wie bereits unter 4. d. angeführt) gerade bei kleinteiligen Leistungen Lohn- und Sozialdumping, Sozialbetrug und Schwarzarbeit besonders häufig anzutreffen ist.

Einsichtsrechte der Kammern für Arbeiter und Angestellte in die BUAKE

Da die Kammern für Arbeiter und Angestellte gesetzlich zur Übernahme der Verfahren von ArbeitnehmerInnen zur Durchsetzung ihrer Ansprüche gegenüber deren ArbeitgeberInnen verpflichtet sind, erachten wir eine Verknüpfung der Datenmeldepflicht der Auftraggeber mit einem Datenauskunftsrecht der Arbeiterkammern für erforderlich. Damit könnten die Ansprüche der ArbeitnehmerInnen zielgerichteter geltend gemacht und folglich Lohndumping effektiver hintangehalten werden.

6. Stärkung der Eignungskriterien

a. Ausbau der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit

Die Erfahrungen der letzten Jahre und Jahrzehnte zeigen, dass vorrangig im Bausektor immer wieder einzelne Auftragnehmer den Anforderungen der öffentlichen Aufträge nicht gewachsen sind. Insbesondere bei Großprojekten im Bausektor verursachen Auftragnehmer mit niedriger Leistungsfähigkeit durch Insolvenzen in der Phase der Auftragsausführung enorme Folgekosten für die öffentliche Hand.

Die BAK bedauert daher, dass der vorliegende Entwurf keine Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit enthält. Wir weisen darauf hin, dass Art 58 Abs 3 der Richtlinie 2014/24/EU bzw Art 80 Abs 2 in Verbindung mit Art 58 Abs 3 der Richtlinie 2014/24/EU vorsieht, dass öffentliche Auftraggeber einen bestimmten

Mindestjahresumsatz sowie ein bestimmtes Verhältnis zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten als Eignungsvoraussetzung vorsehen können. Dies sollte aus unserer Sicht zum Anlass genommen werden, gesetzlich einen zwingenden Mindestumsatz des Bieters in dem vom Auftrag abgedeckten Bereich vorzusehen.

Konkret schlagen wir eine Ergänzung in Anhang X wie folgt vor:

„Im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber den Nachweis zu verlangen, dass der Mindestjahresumsatz in dem vom Auftrag abgedeckten Bereich das Zweifache des geschätzten Auftragswertes beträgt.“

b. Ausschlussgründe, Nachweis und Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit (§§ 78, 82, 83)

Die BAK begrüßt ausdrücklich die Ausweitung der Ausschlussgründe in § 78 Abs 1 sowie die Einführung strengerer Kriterien zur Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit in § 83 Abs 2, da es vor allem mit Hilfe von effektiven Sanktionen möglich ist, vergaberechtliche Vorschriften zur Durchsetzung zu verhelfen. Darüber hinaus möchte die BAK folgende Nachbesserungen anregen:

Ergänzung in § 83 Abs 3 zur Erhöhung der Wirksamkeit von § 82 Abs 3:

Gemäß § 82 Abs 3 hat der Auftraggeber eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des BMF gemäß § 28b AusIBG und eine Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung (LSDB) gemäß § 35 LSD-BG einzuholen, ob den in Betracht kommenden Bieter bzw Subunternehmer eine rechtskräftige Bestrafung gemäß § 28 Abs 1 Z 1 AusIBG oder gemäß den §§ 28 oder 29 LSD-BG zuzurechnen ist.

Die Wirksamkeit dieser an sich sehr sinnvollen Maßnahmen ist aber in der Praxis leider äußerst gering, da gravierende bzw wiederholte schwere rechtskräftig nachgewiesene Verstöße in einer relativ kurzen Zeitspanne vorliegen müssen. Selbst dann kann jedoch die Zuverlässigkeit durch Maßnahmen zur künftigen Hintanhaltung derartiger Vergehen glaubhaft gemacht werden (§ 83 Abs 2). Das zuletzt angeführte Erfordernis ist vor allem mit dem Makel behaftet, dass in weiterer Folge keine Überprüfungen erfolgen, ob die von den ArbeitgeberInnen vorgebrachten Maßnahmen auch tatsächlich umgesetzt werden.

Die BAK möchte anregen, diesem Makel wie folgt Abhilfe zu verschaffen: **Jene Unternehmen, die geeignete Kontrollmaßnahmen gemäß § 83 Abs 2 getroffen haben, sollten den zuständigen Kontrollbehörden (Finanzpolizei, Gebietskrankenkasse, BUAK) gemeldet werden.** Folglich könnten die befugten Behörden zielgerichtet stichprobenartige Kontrollen nach dem AusIBG bzw LSD-BG in den betreffenden Unternehmen durchführen. Damit könnte einerseits überprüft werden, ob die vorgebrachten Maßnahmen auch tatsächlich wirken. Andererseits hätte die verpflichtende Meldung auch präventive Wirkung. Es kann davon ausgegangen werden, dass Auftragnehmer, größere Bemühungen unternehmen würden, angegebene Maßnahmen wirklich umzusetzen, wenn sie mit Kontrollen rechnen müssten.

Darüber hinaus sollte in den Erläuterungen eine Klarstellung erfolgen, dass der bloße Austausch des Geschäftsführers nicht als effektive Maßnahme im Sinne des § 83 Abs 2 Z 3 gilt.

7. Betriebsübergang im Bereich des öffentlichen Straßenpersonenverkehrs

Die steigende Anzahl an öffentlichen Ausschreibungen führt zu häufigeren Betreiberwechseln, die für die betroffenen ArbeitnehmerInnen erhebliche Nachteile und Unsicherheiten bergen. Zwar besteht für neue Betreiber durchaus ein Anreiz, bestehende ArbeitnehmerInnen zu übernehmen (um beispielsweise deren Erfahrung zu nutzen), allerdings kann unter den derzeit gegebenen Bedingungen vor allem im Bereich des Straßenpersonenverkehrs, wo kein Betriebsübergang nach Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) geltend gemacht werden kann, Druck auf die ArbeitnehmerInnen ausgeübt werden. Dies kann dazu führen, dass sich ArbeitnehmerInnen gezwungen sehen, zu schlechteren Bedingungen den/die ArbeitgeberIn zu wechseln (zB fehlende Anerkennung von Vordienstzeiten; Verlust der 6. Urlaubswoche uä).

Um dem entgegenzuwirken, sollte bei einem Betreiberwechsel durch eine Ausschreibung von Straßenpersonenverkehren nach dem Kraftfahrliniengesetz immer ein verpflichtender Personalübergang angeordnet werden, der für die betroffenen ArbeitnehmerInnen allerdings freiwillig bleiben muss.

8. Effektive Überwachung der Einhaltung des Vergaberechts durch Schaffung eines Vergabeombudsmannes oder durch Einräumung von Parteirechten für gesetzliche Interessenvertretungen

Gemäß Art 83 der RL 2014/24/EU haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Anwendung der Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe überwacht wird. Diese Überwachung kann „**von einer oder mehreren Behörden, Stellen oder Strukturen erbracht werden**“. Die Richtlinie spricht von „**Überwachungsbehörden oder -strukturen**“ und ist sohin weiter gefasst als bloßer Rechtsschutz.

Die BAK erachtet die Konstituierung einer unabhängigen Kontrollinstanz zur Sicherstellung der korrekten Anwendung der Vorschriften für die öffentliche Beschaffung als überaus wichtig. Wir bedauern folglich, dass der gegenständliche Entwurf nicht die Einrichtung einer „**Überwachungsbehörde oder -struktur**“ im Sinne des Art 83 der Richtlinie 2014/24/EU vorsieht.

Als sinnvolle Umsetzung von Art 83 der RL hielten wir die **Schaffung eines unabhängigen Vergabeombudsmannes als Kontrollinstanz für die korrekte Anwendung der Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe**. Dem Vergabeombudsmann sollte Akteneinsicht gewährt sowie die Möglichkeit (öffentlich bekannt zu machende) Empfehlungen abzugeben, eingeräumt werden. Weiters sollte er mit der Befugnis ausgestattet werden, entsprechend Art 72 der Richtlinie 2014/24/EU bei einer unzulässigen

Vertragsänderung (zB bei unterlassener Sanktionierung von Verstößen gegen Lohn- und Sozialrecht) einen Antrag auf Nichtigkeit der Vergabe bzw auf die Verhängung von Geldbußen zu stellen. Bei Kenntnisnahme von Tatsachen, die den Verdacht auf eine begangene Straftat wecken, sollte er zur Erstattung einer Strafanzeige bei der (Korruptions-) Staatsanwaltschaft verpflichtet werden.

Sollte aus Kostengründen die Schaffung eines Vergabeombudsmannes auf Ablehnung stoßen, möchten wir darauf hinweisen, dass eine effektive Überwachung der Einhaltung des Vergaberechts auch durch Einräumung von Parteirechten für gesetzliche Interessenvertretungen erreicht werden könnte. Es kann davon ausgegangen werden, dass Auftragnehmer - bei Verankerung einer Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen - sich verstärkt um gesetzeskonforme Ausschreibungen bemühen würden. Überdies weisen wir darauf hin, dass die Einräumung von Parteirechten für gesetzliche Interessenvertretungen **keinerlei Kosten für die öffentliche Hand** verursachen würde.

Alternativ zur Einrichtung eines Vergabeombudsmannes schlägt die BAK daher die Verankerung von Parteirechten für gesetzliche Interessenvertretungen vor.

9. Sonstiger Änderungs- bzw Klarstellungsbedarf im BVergG:

a. Einsatz von Krankenwagen als Ausnahmetatbestand (§ 9 Abs 1 Z 16)

Zur Wahrung des in Österreich üblichen Verbundsystems aus Rettung- und Krankentransport, ersucht die BAK um eine Klarstellung in § 9 Abs Z 16, dass jene qualifizierten Krankentransporte, die aufgrund ärztlicher Anordnung des Einsatzes von Sanitätern bedürfen, jedenfalls Dienstleistungsaufträge sind, die von der Anwendung des BVergG 2017 ausgenommen sind, sofern sie von nicht gewinnorientierten Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden. Wir weisen darauf hin, dass dieses Verbundsystem die bestmögliche und qualitative höchstwertige Versorgung der Bevölkerung garantiert.

b. Klarstellung zu Dienstleistungsaufträgen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (§ 9 Abs 1 Z 18 BVergG)

Gemäß § 9 Abs 1 Z 18 sind „Dienstleistungsaufträge über nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ vom Geltungsbereich des BVergG 2017 ausgenommen.

In den Erläuterungen findet sich der Verweis: „Gesondert hingewiesen wird auf § 9 Abs 1 Z 18; Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (wie zB Kur- und Rehaleistungen) sind im Sinne dieser Bestimmung vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes ausgenommen.“

Sozialversicherungsträger üben, wenn sie zur Sicherstellung des gesetzlich vorgegebenen Sachleistungssystems mit den Leistungserbringern privatrechtliche Verträge abschließen, keine wirtschaftliche Tätigkeit aus (OGH 16 ok 5/04, zuletzt 4 Ob 93/09v).

Vor diesem Hintergrund ersucht die BAK, Dienstleistungen, die im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung erbracht werden, ausdrücklich vom Anwendungsbereich des Vergaberechts auszunehmen.

Die BAK schlägt eine Textierung wie folgt vor:

§ 9 Abs 1 Z 18 (neu): „Dienstleistungsaufträge über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, insbesondere Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung,“

c. Vorbehaltene Aufträge zugunsten sozialer und beruflicher Integration (§§ 23, 196)

§ 23 ermöglicht nunmehr öffentlichen Auftraggebern, den TeilnehmerInnenkreis der Anbieter bei der Ausschreibung nicht nur auf geschützte Werkstätten mit Menschen mit Behinderung zu beschränken, sondern sieht diese Möglichkeit auch für Unternehmen, deren Ziel die soziale und berufliche Integration von benachteiligten Menschen ist, vor. Dies wird von der BAK ausdrücklich als wichtige arbeitsmarktpolitische Erweiterung begrüßt. Die BAK schlägt daher vor, in den Erläuterungen zu dieser Bestimmung, Asyl- und subsidiär Schutzberechtigte als Zugehörige zur Gruppe der benachteiligten Personen aufzunehmen.

d. Barrierefreiheit (§§ 107, 275)

Die BAK begrüßt, dass bei der öffentlichen Beschaffung einer Leistung, die technischen Spezifikationen so festzulegen sind, dass sie auch Menschen mit Behinderung zugänglich sind. Abs 2 Z 1 bestimmt, dass von diesem Grundsatz abgesehen werden kann, wenn keine Notwendigkeit einer Nutzung durch Menschen mit Behinderung zu erwarten ist.

Die BAK spricht sich dafür aus, statt an die Notwendigkeit einer Nutzung auf die **Erwartbarkeit einer Nutzung** durch Menschen mit Behinderung abzustellen.

Zudem halten wir es für wichtig, zu Z 2 in die Erläuterungen Anhaltspunkte einzufügen, die klarstellen, in welchen Fällen zusätzliche Kosten als unverhältnismäßig zu qualifizieren sind. Sinnvoll wäre aus unserer Sicht eine Unverhältnismäßigkeitsprüfung unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers und der Auswirkungen einer Benachteiligung auf die Interessen von Menschen mit Behinderungen.

e. Rechtsschutz aufgrund des Entfalls von § 141 Abs 3 (alt)

Aufgrund des Entfalls des § 141 Abs 3 (alt) bedarf es für Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene oder per Untergrundbahn einer Absicherung des Rechtsweges zum Bundesverwaltungsgericht. Es muss im Sinne der Rechtsstaatlichkeit gewährleistet sein, dass Bieter Vergaben in diesem Bereich durch unabhängige Gerichte überprüfen lassen können.

f. Partizipatorischen Organisationen vorbehaltene Dienstleistungsaufträge (§§ 152, 313)

§ 152 sieht vor, dass partizipatorischen Unternehmen bestimmte Dienstleistungsaufträge vorbehalten werden können. Die BAK begrüßt grundsätzlich die Einführung eines „Gemeinnützigkeitsvorbehalts“. Wir weisen jedoch darauf hin, dass der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung eine neue Begriffsdefinition einführt, die in Österreich nicht gebräuchlich ist. Um Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, schlägt die BAK vor, den Begriff „partizipatorische Unternehmen“ durch „gemeinnützige Unternehmen“ zu ersetzen.

Eine weitere Rechtsunsicherheit wird durch die Abs 3 und 4 geschaffen. Abs 3 legt fest, dass die Laufzeit der Aufträge drei Jahre nicht überschreiten darf, während Abs 4 bestimmt, dass die Organisation, die den Auftrag erhalten soll, in den letzten drei Jahren keinen Auftrag über die gleichen Dienstleistungen gemäß diesem Paragraphen erhalten hat. Der Gesetzestext lässt mehrere Interpretationen dieser beiden Absätze zu. Die BAK ersucht zwecks Vermeidung von Rechtsunsicherheiten um eine Klarstellung in den Erläuterungen, dass **Kettenverträge nach diesem Sonderregime zulässig** sind.

Die BAK ersucht um Berücksichtigung der vorgelegten Änderungsvorschläge.

VP Johann Kalliauer
iV des Präsidenten
FdRdA

Maria Kubitschek
iV des Direktors
FdRdA