



Bundeskanzleramt
Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wien

Austrian Power Grid AG
Wagramer Straße 19
A-1220 Wien, IZO-Tower

Tel +43 [0] 50 320-161
Fax +43 [0] 50 320-167
Mail apg@apg.at
Web www.apg.at

Ihr Zeichen

Ihr Schreiben

Unser Zeichen
USR/

Datum
03.04.2017

08.02.2017

L.USR.17.0024/848958

Betrifft:

Stellungnahme der Austrian Power Grid AG (APG) zum Entwurf des Bundesvergabegesetzes 2017

Sehr geehrte Damen und Herren!

Austrian Power Grid AG (APG) bedankt sich für die Gelegenheit, zum Gesetzesentwurf des Bundesvergabegesetzes 2017 (BVergG 2017) Stellung nehmen zu dürfen. Als Sektorenauftraggeber stehen dabei naturgemäß die Bestimmungen des 3. Teils des Entwurfs im Vordergrund. Im Einzelnen wird wie folgt Stellung genommen:

A. Allgemeines

Aus Sicht von APG ist positiv hervorzuheben, dass man sich im Wesentlichen mit der Umsetzung der Vergaberichtlinie 2014 und der Sektorenrichtlinie 2014 begnügt hat. Das Prinzip „no golden plating“ sollte als Richtschnur herangezogen werden.

Folgende Bestimmungen sind zu begrüßen:

- § 180: Die Möglichkeiten gemeinsamer grenzüberschreitender Auftragsvergaben mehrerer Sektorenauftraggeber wird begrüßt und entspricht der bereits gelebten Vergabepaxis.
- § 184: Die – geringfügig erweiterte – Festschreibung des Prozesses für die Erlangung einer Freistellung stellt einen Transparenzschritt dar.
- § 185: Die Auflistung der Schwellenwerte und die Festschreibung eines Oberschwellenwerts von EUR 1.000.000,-- (exkl. USt.) für besondere Dienstleistungen ist zu begrüßen. Wenngleich kein nationales Thema, ist bereits an dieser Stelle anzumerken, dass bei Bauvorhaben die Diskrepanz des Oberschwellenwerts für Planungsleistungen und für die Ausführungsleistungen dringend auf europäischer Ebene zu diskutieren ist. Angesichts der Rechtsprechung, die eine Zusammenrechnung aller Planungsleistungen fordert, müsste auch der betreffende Oberschwellenwert entsprechend angepasst werden. Beispielsweise ist auf ein Bauvorhaben mit Baukosten gemäß ÖNORM B1801-1 von EUR 5.000.000,-- (exkl. USt.) zu verweisen. Während die Ausführungsleistungen wegen Unterschreitens des betreffenden Oberschwellenwerts von EUR 5.225.000,-- (exkl. USt.) ausschließlich nach den Bestimmungen für den Unterschwellenbereich vergeben werden können, sind die

Member of VERBUND Group

Rechtsform - Aktiengesellschaft
Firmensitz - Wien
FN 177696v - HG Wien
DVR 1010794
UID ATU46061602
EORI ATEOS1000003768

Blatt:	2
Vom:	03.04.2017
An:	Bundeskanzleramt

Planungsleistungen bei Heranziehung eines moderaten Prozentsatzes von 15 % der Baukosten für die Honorierung sämtlicher Planungsleistungen (somit gegenständlich EUR 750.000,- [exkl. USt.]) längst nach Durchführung europaweiter Vergabeverfahren zu beauftragen. Es sind keine sachlichen Gründe für eine derartige Ungleichbehandlung im Rahmen ein und desselben (Bau-)Vorhabens auszumachen.

- § 192: Die Präzisierungen bei der Verordnungsermächtigung für die Schwellenwertanpassung sind zu begrüßen.
- § 249 Abs 2: Positiv werden die neuen Tatbestände der nachteiligen Abreden (Z 3), des „unvermeidlichen“ Interessenskonflikts (Z 6), der Verletzung wesentlicher Anforderungen bei früheren Aufträgen (Z 8) und der versuchten Einflussnahme (Z 10) eingestuft. In der Folge werden jedoch vor allem beim Ausschlussgrund „Verletzung wesentlicher Anforderungen bei früheren Aufträgen“ Präzisierungen eingefordert.
- § 315 Abs 3: Die Erhöhung der maximalen Laufzeit für Rahmenvereinbarungen im Oberschwellenbereich auf 8 Jahre ist als positiv hervorzuheben.

B. Zu den einzelnen Bestimmungen:

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

1. Teil

Zu § 2

Aus Sicht von APG sollten die Begriffe „Teilnahmeantrag“ bzw. „Teilnahmeunterlagen“ in § 2 „Begriffsbestimmungen“ möglichst exakt definiert werden, da im Gesetzestext auf diese Begriffe abgestellt und vor allem der Begriff „Teilnahmeantrag“ mehrfach verwendet wird.

Zu § 3

Im Zusammenhang mit Verfahren, die unterschiedlichen Regelungen unterliegen, wird auf die „objektive Trennbarkeit“ der Leistungsteile sowie auf die Begrifflichkeit „aus sachlichen Gründen gerechtfertigt“ abgestellt. Jedoch werden diese Begriffe weder im Gesetzestext noch in den Erläuterungen definiert bzw. näher ausgeführt. Wir regen daher an, Definitionen oder mögliche Kriterien zur Auslegung und Beurteilung des Vorliegens dieser unbestimmten Gesetzesbegriffe in den Erläuternden Bemerkungen anzuführen.

3. Teil

Zu § 188 Abs 1

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

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

„Bei Leasing, Miete, Pacht oder Ratenkauf ist als geschätzter Auftragswert anzusetzen:

[...]

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

Blatt:	3
Vom:	03.04.2017
An:	Bundeskanzleramt

Zu §§ 188 Abs 5 und 189 Abs 6

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

Beide Bestimmungen sehen vor, dass bei Nicht-Erreichen des Oberschwellenbereichs die Liefer- bzw. Dienstleistungslose nach den Bestimmungen des Unterschwellenbereichs vergeben werden können. Anders als bei Bauaufträgen sind jedoch nicht alleine die *Auftragswerte* der einzelnen Lose für die Wahl des Vergabeverfahrens maßgeblich. Vielmehr werden die zulässigen Direktvergaben auf 40 % des *Gesamtauftragswertes* limitiert. Aus Sicht von APG ist nicht einsichtig, dass bei Bauaufträgen – begrüßenswerter Weise – der Regelungsspielraum im Unterschwellenbereich – die Systematik der betreffenden „großen Losregel“ negierend – gänzlich ausgeschöpft wird und man sich bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die ohnedies in einem engeren Schwellenwertkorsett gefangen sind, wiederum an der jeweiligen „großen Losregel“ orientiert.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Blatt:	4
Vom:	03.04.2017
An:	Bundeskanzleramt

Zu § 189 Abs 4

Bei dieser Bestimmung handelt es sich um die Nachfolgeregelung des § 184 Abs 4 BVergG 2006. Die besagte Formulierung beruht nicht unmittelbar auf einem Richtlinienentwurf; die vorgenommenen Änderungen sind daher nicht aufgrund der SektorenRL 2014 erforderlich. Umso mehr überrascht es, dass mit dem Weglassen der Eigenschaft „gleichartig“ bei der Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Dienstleistungsaufträgen eine erhebliche Änderung des Regelungsinhaltes und ein Abgehen von der sonstigen Systematik der Auftragswertberechnung vorgenommen wird und sich die Erläuternden Bemerkungen hierzu gänzlich verschweigen.

§ 184 Abs 4 BVergG 2006 lautet wie folgt: *„Besteht eine Dienstleistung aus der Erbringung gleichartiger Leistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusetzen.“* Eine korrespondierende Bestimmung existiert für Lieferleistungen in § 183 Abs 3 BVergG 2006. Im Entwurf für ein BVergG 2014 wird in § 188 Abs 3 bei den Lieferleistungen unverändert von gleichartigen Lieferleistungen geschrieben. Im gegenständlichen Entwurf eines § 189 Abs 4 BVergG 2017 soll hingegen für die Dienstleistungen die Gleichartigkeit keinerlei Rolle spielen!?

Eine Novelle einer Norm begründet im Zuge einer teleologischen Interpretation regelmäßig die (natürlich widerlegbare) Vermutung, dass der Gesetzgeber durch dieselbe eine Veränderung des Regelungsinhaltes herbeiführen wollte. Es ist daher anzunehmen, dass die Vergabekontrolle künftig von einem *umfassenden Dienstleistungsbegriff* im Zusammenhang mit der Zusammenrechnung ausgehen wird und praxisfremde Sichtweisen (noch mehr) um sich greifen. Hat der Wegfall der Eigenschaft „gleichartig“ etwa zur Folge, dass bei einem Bauvorhaben – entsprechend der jüngeren Rechtsprechung – nicht nur die gleichartigen Planungsleistungen sondern auch Dienstleistungen anderer Branchen (z.B. Finanzierung, Rechtsberatung, Projektsteuerung) mitberücksichtigt werden müssen? Eine derartige Sichtweise lässt sich weder aus der einschlägigen Rechtsprechung noch aus dem bisherigen Schrifttum ableiten.

Aufgrund der vorstehenden Ausführungen regt APG an, § 189 Abs 4 BVergG 2014 korrespondierend zu Lieferaufträgen wie folgt zu formulieren:

*„Besteht eine Dienstleistung aus der Beschaffung **gleichartiger** Dienstleistungen in mehreren Losen, für die jeweils ein gesonderter Auftrag vergeben wird, so ist als geschätzter Auftragswert der geschätzte Gesamtwert aller dieser Lose anzusehen.“*

Bei der vorgeschlagenen Formulierung obliegt es – wie bisher – der Vergabekontrolle im Einzelfall und in Ansehung der Ausführungen des Europäischen Gerichtshofs, zu befinden, welche Dienstleistungen gleichartig sind. Klarstellend wird angemerkt, dass die vorgeschlagene Anpassung auch im „klassischen“ Bereich in § 16 Abs 4 BVergG 2017 vorgenommen werden sollte.

Zu § 206 Abs 2

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

Zu § 213 Abs 2

Der Schwellenwert für die Zulässigkeit einer Direktvergabe von EUR 60.000,-- (exkl. USt.) scheint aus dem BGBl I Nr. 17/2006 in die Textierung geraten zu sein. Während an betreffender Stelle im „klassischen“ Bereich bereits der „neue“ Direktvergabewert von EUR 50.000,-- (exkl. USt.)

Blatt:	5
Vom:	03.04.2017
An:	Bundeskanzleramt



verwendet wird, kommt an der konkreten Sektorenstelle noch der alte Wert von EUR 60.000,-- (exkl. USt.) zur Anwendung. Richtig muss es jedenfalls EUR 75.000,-- (exkl. USt.) heißen. Dies korrespondiert auch mit den (derzeitigen) §§ 188 Abs 6 und 189 Abs 6 BVergG 2017.

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

Zu § 217 Abs 12

Die Vorgabe, Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen zu müssen, ist schlicht „überschießend“. Die qualifizierte elektronische Signatur stellt das Pendant zur herkömmlichen händischen Fertigung dar. Streng genommen sind nach der einschlägigen Rechtsprechung der Vergabekontrolle auch keine Teilnahmeanträge zu fertigen, da diese keine verbindliche Leistungszusage beinhalten.

Ein allfälliger Verweis, wonach der bisherige § 204 Abs 4 BVergG 2006 bereits eine vergleichbare Bestimmung enthält, geht ins Leere. In den betreffenden Materialien wird nämlich ausdrücklich festgehalten, dass die Zurverfügungstellung von Ausschreibungsdokumenten nicht als Übermittlung im Sinne des Gesetzes zu verstehen ist und es somit keiner elektronischen Signatur bedarf. Eine betreffende Klarstellung fehlt im Zusammenhang mit dem Entwurf des BVergG 2017.

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

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

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

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

Zu § 232 Abs 1

Die Bekanntgabe jedes vergebenen Auftrags, jeder abgeschlossenen Rahmenvereinbarung und jedes Ergebnisses eines Ideenwettbewerbs im Oberschwellenbereich an <https://www.data.gv.at/> und an das Amt für Veröffentlichungen stellt eine Verdopplung des Aufwands dar und läuft somit

Blatt:	6
Vom:	03.04.2017
An:	Bundeskanzleramt

einem der Ziele der SektorenRL 2014, nämlich der Verwaltungsvereinfachung, zuwider. Es wird angeregt, dass bei einer Bekanntgabe an <https://www.data.gv.at/> von dortiger Stelle sodann die Bekanntmachung des vergebenen Auftrags an das Amt für Veröffentlichungen erfolgt. Der Aufwand der (Sektoren-)Auftraggeber wird dann zumindest nicht erhöht. Überdies wird um verständliche Präzisierung ersucht, was unter den „Metadaten der Kerndaten von Vergabeverfahren“ tatsächlich gemeint ist?

Zu §§ 249 Abs 1 und 367 Z 1 iVm 377 Abs 2

§ 249 Abs 1 legt fest, dass Auftraggeber dazu verpflichtet sind Unternehmer jederzeit von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er davon Kenntnis erlangt, dass der Unternehmer rechtskräftig wegen einer der in § 249 Abs 1 genannten Straftatbestände verurteilt wurde. Auch wenn der Gesetzestext auf die Kenntnis des Auftraggebers von einer Verurteilung abstellt, ist damit zwangsläufig ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab anzunehmen, welcher einen zusätzlichen Prüfaufwand notwendig macht. In Anbetracht des ohnehin – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung – bestehenden Interesses des Auftraggebers Geschäftsbeziehungen nur mit zuverlässigen und nicht einschlägig vorbestraften Auftragnehmern zu unterhalten, erscheint diese Bestimmung nicht sachgerecht und „überbordend“. Diese mangelnde Praxistauglichkeit der Bestimmung zeigt sich umso mehr, wenn man bedenkt, dass es nach dem vorliegenden Entwurf nicht ausreichend sein soll, „nur“ Strafregisterauszüge von Geschäftsführern/Vorständen einzuholen, sondern auch von sämtlichen Personen, die „Mitglieder im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan“ sind oder die „darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse“ haben. Es scheint notwendig, zu erläutern, welche Personen genau unter diesen Begrifflichkeiten zu verstehen sind. Vor allem die Unklarheit, ob sich diese Bestimmung auch auf Prokuristen beziehen könnte, sollte in den Erläuterungen geklärt werden. Aus Sicht von APG ist die Kontrolle einer Vielzahl von Strafregisterauszügen von Prokuristen unverhältnismäßig, da sich die Erteilung einer Prokura in einem Unternehmen schnell ändern kann und damit ein erheblicher administrativer Mehraufwand verbunden ist. Im Gesetzeswortlaut des Abs 1 heißt es: „...*Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium dieses Wirtschaftsteilnehmers ist oder **darin** Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat.*“ „**Darin**“ bezieht sich gemäß unserer Einschätzung auf das Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsgremium, worin der Prokurist eben genau nicht Vertretungsbefugnis hat – diese hat er nur nach außen.

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

Dazu im Einzelnen:

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

Zudem ist die Strafdrohung bei einem Verstoß gegen die Verpflichtung zur Kündigung eines Vertrages gemäß § 367 mit einer Höhe von bis zu 30% der Auftragssumme völlig unverhältnismäßig und nicht gerechtfertigt. Diese Höhe der Strafdrohung steht auch in keinem

Blatt:	7
Vom:	03.04.2017
An:	Bundeskanzleramt



angemessenen Verhältnis zur Geldbuße gemäß § 356 (bisher § 334). Zumal auch ein Verwaltungsstrafverfahren gegenüber dem vertretungsbefugte Organ des Auftraggebers eingeleitet würde und die Verwaltungsstrafe von diesem persönlich zu bezahlen wäre. Daher halten wir es für notwendig den § 377 Abs 2 gänzlich zu streichen.

Zu § 249 Abs 2 Z 8

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

Weiters wird eine Klarstellung bzw Konkretisierung der Wortfolge „oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben“ zumindest in den Erläuternden Bemerkungen gefordert. Was versteht man unter vergleichbaren Sanktionen, die zu einem Ausschluss gemäß § 249 berechtigen? Welcher Interpretationsmaßstab wird an die „Vergleichbarkeit“ angelegt?

Zu § 260 Abs 1

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

Losgelöst von den exemplarisch angeführten Unklarheiten wird seitens APG eine allfällige Vorgabe, in zweistufigen Vergabeverfahren bereits mit der Bekanntmachung die Ausschreibungsunterlagen offenzulegen, abgelehnt. Zumeist sind in den Ausschreibungsunterlagen vertrauliche Pläne, Skizzen, Vertragsmuster und Detailunterlagen enthalten, welche jedenfalls nicht für die breite Öffentlichkeit bestimmt sind. Insbesondere für APG als Betreiberin von kritischer Infrastruktur (Übertragungsnetz) ist es aus sicherheitstechnischen Gründen nicht möglich zB vertrauliche Pläne von Umspannwerken für alle potenziell interessierten Bieter zur Verfügung zu stellen. Eine solche Verpflichtung würde im Falle von APG ein erhebliches Sicherheitsrisiko bedeuten. Auch vertrauliche Detailinformationen, Daten und Geschäftsgeheimnisse sind vielfach Bestandteile von Ausschreibungsunterlagen, welche jedenfalls erst nach Abschluss von Vertraulichkeitsvereinbarungen mit Bietern herausgegeben werden können. Solche Informationen können keinesfalls einem breiten Bieterkries ohne vorherige Prüfung der Eignung übermittelt werden. Auch im Zusammenhang mit dem „neuen“ Vergabeverfahren der „Innovationspartnerschaft“ ist diese Bestimmung äußerst kritisch zu betrachten, da hier bereits ab Beginn des Verfahrens „intellectual property rights“ von Relevanz sein können.

Die Veröffentlichung von detaillierten Ausschreibungsunterlagen zum Zeitpunkt der Bekanntmachung würde weiters zu einer erheblichen Verzögerung von Beschaffungsvorgängen führen, da in der Praxis oft wesentliche Bestandteile der detaillierten Ausschreibungsunterlagen erst nach dem Zeitpunkt der Bekanntmachung erarbeitet werden. Eine aussagekräftige Umschreibung des Ausschreibungsgegenstands in den Teilnahmeunterlagen mit Bekanntgabe allfälliger Muss-Anforderungen ist – wie bisher – völlig ausreichend. Der SektorenRL 2014 lässt sich keine Grundlage für eine weitergehende Offenlegung entnehmen.

Blatt:	8
Vom:	03.04.2017
An:	Bundeskanzleramt

Zu § 260 Abs 4

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

Aber auch bei einstufigen Vergabeverfahren ist ein Mehrwert dieser Bestimmung nicht auszumachen. Es wird daher angeregt, den § 260 Abs 4 BVergG 2017 gänzlich zu streichen.

Zu § 262 Abs 3

Der letzte Satz dieses Absatzes ist nicht vollständig.

Zu den §§ 266 und 267

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

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

Zu § 278 Abs 5

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

Zu § 281

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

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

Zu § 309

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

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

Blatt:	9
Vom:	03.04.2017
An:	Bundeskanzleramt

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

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

Zu § 360

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

Zu § 364

Es wird drauf hingewiesen, dass § 364 im Gesetzesentwurf zu Gänze fehlt.

Zu § 363 Abs 1

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

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

Zu § 368

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

Zahlreiche geforderte Informationen können zudem öffentlich zugänglichen Registern entnommen werden. Dies gilt etwa für die geforderten Befugnisse des Auftragnehmers und

Blatt:	10
Vom:	03.04.2017
An:	Bundeskanzleramt

allfälliger Subunternehmer. Wäre es im Sinne einer Vermeidung zusätzlicher Aufwände nicht ungleich sinnvoller, eine elektronische Verknüpfung zwischen der Baustellendatenbank und beispielsweise dem GewerbeInformationsSystem Austria zu schaffen?

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

Wir ersuchen um Berücksichtigung der angeführten Punkte.

Mit freundlichen Grüßen



Austrian Power Grid AG

ppa Peter Leitner