

An

Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst  
Ballhausplatz 2  
1010 Wien

per E-Mail: [v8a@bka.gv.at](mailto:v8a@bka.gv.at)  
[begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Wien, am 3. April 2017

**ZI. 13/1 17/27  
BKA-600.883/0003-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)**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Bundesbeschaffung GmbH (BBG) bedankt sich als zentrale Beschaffungsstelle ausdrücklich für die Möglichkeit zum gegenständlichen Entwurf wie folgt Stellung nehmen zu dürfen:

## **§ 2 Begriffsbestimmungen**

Hinsichtlich der Kommunikation zwischen Auftraggeber und Bietern werden diverse Begriffe wie insbesondere „Übermittlung“, „Bereitstellung“ und „Zurverfügungstellung“ verwendet – oft in einer Aufzählung mit „bzw.“. Es ist nicht klar, inwiefern diese Begriffe Synonym verwendet werden oder ob es sich um rechtlich relevante Alternativen handelt und ob sie durch den ganzen Gesetzesstext hindurch jeweils die gleiche Bedeutung haben.

Es wird angeregt das Wording zu vereinheitlichen, auf die Verwendung von „bzw.“ zu verzichten und erforderlichenfalls die relevanten Begriffe und deren Abgrenzung in den Begriffsbestimmungen klar zu definieren.

## **§ 9 Ausgenommene Vergabeverfahren**

Z 20: Ausnahmeregelung unklar. Die bisherige Bedingung dass die zentrale Beschaffungsstelle bei der Beschaffung dieses Gesetz eingehalten haben muss fällt weg. Bedeutet das,

dass ein AG auch Leistungen von der BBG beschaffen darf, die sie gar nicht beschafft hat (Eigenleistung) oder im Extremfall ohne korrektes Vergabeverfahren in die Verzeichnisse aufgenommen wurden?

Z 22: Nebenbeschaffungstätigkeiten sind lt. Begriffsbestimmung in der RL „Tätigkeiten zur Unterstützung von Beschaffungstätigkeiten“. Diese wären nach dem Wortsinn nicht, wie im Entwurf geregelt, unmittelbar zusammen mit Beschaffungstätigkeiten zu erbringen. In den Erl. wird nur auf die enge Auslegung eingegangen und, dass die Beweislast demjenigen obliegt, der sich auf die Bestimmung berufen will. Wie weit im Zusammenhang mit Beschaffungsverfahren die Nebentätigkeiten gehen, ist nicht definiert. Auch die Begriffsbestimmungen des § 2 sind nicht weiter erläutert. Gerade bei den „Nebentätigkeiten“ werden diese in der Begriffsbestimmung nur sehr vage mit „insbesondere“ umschrieben. Eine wörtliche Übernahme des Wortlautes der RL wäre wünschenswert.

Siehe Art 37 Abs 4, derartige öffentliche Dienstleistungsaufträge können auch die Ausübung von Nebenbeschaffungstätigkeiten umfassen.

Der dazu gehörige Erwägungsgrund Nummer 70:

Öffentlichen Auftraggebern sollte es gestattet sein, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag über die Ausübung zentralisierter Beschaffungstätigkeiten an eine zentrale Beschaffungsstelle ohne Anwendung der in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zu vergeben. Ferner sollte es gestattet sein, dass derartige öffentliche Dienstleistungsaufträge auch die Ausübung von Nebenbeschaffungstätigkeiten umfassen. Öffentliche Dienstleistungsaufträge für die Ausübung von Nebenbeschaffungstätigkeiten sollten, wenn sie nicht durch eine zentrale Beschaffungsstelle im Zusammenhang mit deren Ausübung zentraler Beschaffungstätigkeiten für den betreffenden öffentlichen Auftraggeber ausgeführt werden, im Einklang mit dieser Richtlinie vergeben werden. Es sei ebenfalls daran erinnert, dass diese Richtlinie nicht gelten sollte, wenn zentrale Beschaffungstätigkeiten oder Nebenbeschaffungstätigkeiten auf andere Weise als durch einen entgeltlichen Vertrag ausgeführt werden, der eine Beschaffung im Sinne dieser Richtlinie darstellt.

## **§12 Schwellenwerte**

Auf Grund der Formulierung des Abs. 1 Z 1 und 2 geht nicht eindeutig hervor, ob auch für Auftraggeber gemäß Anhang III bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen gemäß An-

hang IV der höhere Schwellenwert von € 750.000,- gilt, oder diese Auftraggeber ab einem Auftragswert von € 135.000,- stets im Oberschwellenbereich ausschreiben müssen. Hier sollte durch den Gesetzgeber eine Klarstellung erfolgen.

### **§§ 15 und 16 Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen**

Die Einfügung des Satzteiles „...sowie bei Lieferaufträgen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes verlängert werden sollen, ...“ in § 15 Abs. 2 und „...sowie bei Dienstleistungsaufträgen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraumes verlängert werden sollen, ...“ in § 16 Abs. 2 hat zur Folge, dass ein Vertrag mit einer sehr kurzen Dauer (z.B. 6 Monate) abgeschlossen werden kann und dieser Vertrag regelt, dass er innerhalb der Vertragsdauer z.B. auf 20 Jahre verlängert werden kann. Rechtlich zulässig könnte man in einem solchen Fall die neue Regelung der Auftragswertberechnung gemäß den Bestimmungen des §§ 15 und 16 Abs. 2 heranziehen. Vom Gesetzgeber sollte eine Klarstellung erfolgen, ob eine solche Vorgehensweise tatsächlich nunmehr rechtlich zulässig sein soll.

### **§ 20 Grundsätze des Vergabeverfahrens und allgemeine Bestimmungen**

Die Grundsätze des Vergabeverfahrens wurden wieder erweitert: Abs 8: Die Konzeption und Durchführung eines Vergabeverfahrens soll nach Möglichkeit so erfolgen, dass kleine und mittlere Unternehmen am Vergabeverfahren teilnehmen können. und Abs 9: Die Konzeption oder Durchführung eines Vergabeverfahrens darf nicht den Zweck verfolgen, das Vergabeverfahren vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes auszunehmen, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbes liegt jedenfalls dann vor, wenn durch die Konzeption oder Durchführung des Vergabeverfahrens bestimmte Unternehmer auf unzulässige Weise bevorzugt oder benachteiligt werden. – Diskriminierung und Splitting war bisher schon verboten. More of the same!

### **§24 Vorherige Erkundung des Marktes**

Vor Einleitung eines Vergabeverfahrens kann ein öffentlicher Auftraggeber zur Vorbereitung vorherige Markterkundungen durchführen und potentiell interessierte Unternehmer über seine Pläne und Anforderungen informieren. Im Rahmen der Markterkundungen kann sich der öffentliche Auftraggeber insbesondere von Dritten beraten lassen. Er kann die solcherart eingeholten Informationen für die Planung und Durchführung des Vergabeverfahrens nutzen, sofern dadurch der Wettbewerb nicht verzerrt oder gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens verstößen wird. Verschärft und „institutionalisiert“ wird dadurch aber die weiterhin bestehende Vorarbeitenproblematik. Weiterführende Ausführungen wären in den Erl. wünschenswert.

## § 25 Vorarbeiten

Gemäß Abs. 2 sollte als Maßstab die Verzerrung und nicht der Ausschluss des Wettbewerbs festgelegt werden, da andernfalls die Regelung des § 25 nicht schlüssig wäre, da die Wortwahl im Abs. 1, 1. Satz („... dass der Wettbewerb durch die Teilnahme dieses Bewerbers oder Bieters nicht verzerrt wird.“) und Abs. 2 letzter Satz („Vor dem Ausschluss ist dem betroffenen Unternehmer die Möglichkeit zu geben, nachzuweisen, dass seine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren konnte“) auf die Verzerrung und nicht auf den Ausschluss des Wettbewerbs abstellt.

Folgende Formulierung wird vorgeschlagen:

„Bewerber, Bieter sowie mit diesen in Verbindung stehende Unternehmen, die im Sinne des Abs. 1 an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren, sind, soweit durch ihre Teilnahme der faire und lautere Wettbewerb unter Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung verzerrt werden würden, von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.“

## § 28 Gesamt- oder Losvergabe

Wesentliche Änderungen: Nunmehr ist es zulässig, dass der AG in der Ausschreibung bei einer Losvergabe festlegt, dass Bieter nur für eine bestimmte Anzahl von Lose bzw. Losgruppen den Zuschlag erhalten kann. Bis auf Abs 4 ist die Bestimmung klar. Durch die Wortwahl im Abs. 4 ist unklar, ob dies auch für Rahmenvereinbarungen gelten soll.

Im Abs. 4 sollte ergänzt werden, dass die Möglichkeit der Einschränkung der Zuschlagserteilung auf einzelne Lose nicht nur für Aufträge (Wortwahl „... den Zuschlag erhalten kann“) sondern auch für den Abschluss von Rahmenvereinbarungen gilt, da kein sachlicher Grund erkennbar ist, warum diese Regelung beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen nicht zur Anwendung kommen sollte.

### **§ 31 Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen**

Grundsätzlich keine wesentlichen Änderungen außer, dass die Innovationspartnerschaft als neues Verfahren erwähnt wird. Bei den Arten der Vergabeverfahren haben sich anscheinend redaktionelle Fehler eingeschlichen. Sowohl in Abs 7 (Rahmenvereinbarung) als auch in Abs 8 (Dynamisches Beschaffungssystem) ist jeweils nur vom Auftraggeber in Einzahl die Rede. Dies steht jedenfalls im Gegensatz zu den Bestimmungen in der RL die immer von der Möglichkeit mehrere öffentliche Auftraggeber ausgeht. Wenn das wirklich so gemeint ist, kann das ein großes Problem für gebündelte Ausschreibungen bedeuten.

Im Abs. 7 sollte, wie auch in Art 33 Abs.1 der RL 2014/24/EU und im bisherigen BVergG 2006 bestimmt ist, festgelegt werden, dass die Rahmenvereinbarung auch zwischen einem oder mehreren Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen abgeschlossen werden kann.

Folgende mögliche Formulierungen werden richtlinienkonform vorgeschlagen:

„Eine Rahmenvereinbarung ist eine Vereinbarung ohne Abnahmeverpflichtung zwischen einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern und einem oder mehreren Unternehmen,...“

Im Abs. 8 sollte, wie auch in der Art 34 der RL 2014/24/EU vorgesehen, immer die Mehrzahl „die öffentlichen Auftraggeber“ verwendet werden, damit klar ist, dass dynamische Beschaffungssysteme von mehreren Auftraggebern gemeinsam abgeschlossen werden können, wie dies auch in der vorerwähnten Bestimmungen der RL 2014/24/EU vorgesehen ist.

### **§ 32 Arten des Wettbewerbes**

Zu Wettbewerben im Unterschwellenbereich (§§ 32 und 46)

Während für die Vergabe von Aufträgen unterhalb der Direktvergabegrenze fast keine formalen Durchführungsbestimmungen zu berücksichtigen sind, gelten bei Wettbewerben die umfangreichen und formalistischen Verfahrensbestimmungen des Oberschwellenbereichs unabhängig vom Auftragswert.

Das ist eine ungerechtfertigte Schlechterstellung von Wettbewerben, die damit unterhalb der Direktvergabegrenze nicht sinnvoll durchgeführt werden können, da der mit der formalen Abwicklung verbundene Aufwand in keiner Relation zum Auftragswert steht. Es ist auch von der Richtlinie nicht vorgegeben, die – ebenso wie bei der Vergabe von Aufträgen – Wettbewerbe lediglich im Oberschwellenbereich regelt.

Durch den Begutachtungsentwurf im Vergleich zum BVergG 2006 wird dieses Problem sogar noch verschärft. Bisher sind Wettbewerbe per definitionem „Auslobungsverfahren“, das heißt es wird das Versprechen irgendeiner Form von Belohnung an die Teilnehmer vorausgesetzt. Im Begutachtungsentwurf kommt das Wort „Auslobung“ jedoch nicht mehr vor. Das würde bedeuten, dass allenfalls sogar Wettbewerbe mit einem Auftragswert von 0 unter das Vergabegesetz und damit auch unter die formalen Bestimmungen des Oberschwellenbereichs fallen.

Angeregt werden daher folgende Änderungen am Begutachtungsentwurf, um für Wettbewerbe – analog zur Direktvergabe – die formellen Verfahrensvorschriften unterhalb der Direktvergabegrenze einzuschränken:

§ 32 Abs. 1 Wettbewerbe können als Ideenwettbewerbe, Realisierungswettbewerbe oder Direktvergaben durchgeführt werden.

§ 32 wird folgender Abs. 8 hinzugefügt:

Werden in einem Verfahren keine Zahlungen an die Teilnehmer vorgesehen, liegt kein Wettbewerb im Sinn dieses Gesetzes vor.

In diesem Zusammenhang wäre in § 46 folgender Abs. 5 hinzugefügt:

Die Bestimmungen der Absätze 1 und 4 gelten sinngemäß auch für Wettbewerbe, sofern der geschätzte Auftragswert des Wettbewerbs die Wertgrenze des Abs. 2 nicht erreicht.

Zumindest die Änderung in § 32 Abs 8 ist zwingend erforderlich um eine Verschlechterung gegenüber der aktuellen Rechtslage zu vermeiden.

Der gewünschte Ansatz, die Wettbewerbe einfach in der Direktvergabe zu inkludieren verhindert insbesondere eine Änderung in der Nummerierung, die sich durch den ganzen Beurachtungsentwurf ziehen würde und daher relativ großen Aufwand verursachen würde.

### **§ 39 Abschluss von Rahmenvereinbarungen und Vergabe von Aufträgen aufgrund einer Rahmenvereinbarung**

§ 39 sieht vor, dass Aufträge auf Grund einer Rahmenvereinbarung vergeben können, sofern eine Rahmenvereinbarung nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens abgeschlossen wurde. § 153 Z 1 schränkt diese Bestimmung ein, indem sie bestimmte Verhandlungsverfahren ausschließt. Dies sollte, um Unklarheiten zu vermeiden, im Gesetz einheitlich geregelt werden.

### **§ 48 Elektronische Kommunikation**

Gemäß Abs. 4 hat der Unternehmer Informationen elektronisch zu übermitteln. Der öffentliche Auftraggeber kann Informationen elektronisch übermitteln oder elektronisch bereitstellen; der Unternehmer ist von der Bereitstellung zu verständigen. Er ist zwar verpflichtend zu verständigen, es ist aber nicht geregelt, wann diese Verständigung zu erfolgen hat. Fristen laufen ab der Abrufmöglichkeit – welche Folgen hat eine nicht erfolgte oder verzögerte Information? Das wäre klarzustellen.

Abs 12: Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen, Teilnahmeanträge, Angebote, Dokumente, die im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung stehen, sowie Auftragsbestätigungen sind mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, einem qualifizierten elektronischen Siegel oder einer Amtssignatur [...] 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.

Es macht wohl einen wesentlichen Unterschied, ob ein Dokument zu signieren ist, oder wie es zu übermitteln ist. Durch das „bzw.“ wird das verwischt. Die Vollständigkeit und Echtheit kann mit dem Hashwert nachgewiesen werden. Ist dann keine Signatur erforderlich? Wünscht der Gesetzgeber, dass jedes Dokument, das im Zusammenhang mit der Angebotsbewertung steht, signiert wird? Dadurch kommt es zu einem organisatorischen und techni-

schen Mehraufwand, sowohl beim Auftraggeber als auch beim Bieter. Folglich bedeutet dies, dass jedes interne Bewertungsdokument und jedes Aufklärungsansuchen an den Bieter qualifiziert zu signieren ist. Diese Verpflichtung trifft auch den Bewerber/Bieter. Jede Aufklärung ist auch qualifiziert zu signieren.

Was bedeutet „mit der Qualität einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw. eines qualifizierten elektronischen Siegels vergleichbar ist“? Ist damit eine fortgeschrittene Signatur gemeint die auf Basis eines qualifizierten Stammzertifikats basiert? Was ist sonst darunter zu verstehen?

Es ist zwar vorgesehen, dass die Auftragsbestätigung zu signieren ist, wie verhält es sich mit Auftragsschreiben, Bestellschreiben oder Schlussbrief? Diese sind in der Aufzählung nicht aufgenommen.

In Abs. 12 wäre in der Wortfolge „...sind mit einer qualifizierten elektronischen Signatur, einem qualifizierten elektronischen Siegel oder einer Amtssignatur gemäß § 19 Abs. 1 des E-Government-Gesetzes – E-GovG, BGBl. I Nr. 10/2004, zu versehen bzw. hat die Übermittlung so zu erfolgen, dass die Vollständigkeit, ...“ das Wortkürzel „bzw.“ durch „oder“ zu ersetzen.

Die Erl. dazu sind sehr oberflächlich, es wird hauptsächlich auf ein Dokumentationserfordernis hingewiesen. Die elektronische Kommunikation ist nur im Oberschwellenbereich verpflichtend, somit gibt es im USB auch keine elektronische Datenerhebung! Auch Angebote von klassischen AG sind zukünftig nur im OSB verpflichtend elektronisch abzugeben (ab 18. 10. 2018) obwohl lt. Erl. die elektronische Kommunikation zur Effizienz und Transparenz von Vergabeverfahren beitragen soll.

In Abs. 13 sollte der Bundeskanzler nur im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Finanzen durch Verordnung festlegen können, welche Kommunikationsplattform zu nutzen ist. Die Verordnungsermächtigung läuft auf ein staatliches Monopol hinaus und drängt alle Anbieter vom Markt. Die Vereinheitlichung nur auf Basis des jeweiligen Vollziehungsbereiches stellt insbesondere für die BBG ein massives Problem dar, da wir je nach Kundenstruktur mit verschiedenen Ausschreibungen in unterschiedliche Zuständigkeiten fallen. Derzeit haben wir das nur hinsichtlich Publikationsmedien, können aber das Verfahren immer über die gleiche Plattform abwickeln. Bei einer Vorgabe der Plattform könnten wir im jeweiligen Zuständigkeitsbereich ein BBG-System kaum nutzen. Nur mit technischen Standards und Schnittstel-

lenanforderungen (insb. single-sign-on, automatische Datenübernahme, Registeranbindungen) allenfalls entschärfbar.

### **§ 54 Veröffentlichung und Standardisierung von Kerndaten**

Es ist eine Standardisierung des Kerndatenformates vorgesehen, nicht jedoch hinsichtlich eines Metadatenformats, Übermittlungsvorschriften für Metadaten und Inhalte der Metadaten und Regelungen zur Verfügbarkeit dieser Daten sind zwingend erforderlich. Weiters sind auch die Protokolle festzulegen, wie die Kerndaten als open government data bereitzustellen sind. Das ist zu ergänzen.

Gemäß Abs 2 hat das USP (gemeint ist wohl „der Bundesminister für Finanzen hat über das USP.“) Informationen anzubieten. Diese Pflicht des USP gilt nach dem Wortlaut unbeschränkt, obwohl die öffentlichen AG noch nicht verpflichtet sind flächendeckend Kerndaten zur Verfügung zu stellen – die Verpflichtung dazu besteht erst ab 2018. Das USP ist aber uneingeschränkt verpflichtet alle Informationen gem. Anhang VIII zur Verfügung zu stellen. Woher bekommen diese? Das würde bedeuten, dass das USP diese Daten selbständig aufwändig recherchieren müsste. Diese Pflicht kann wohl auch erst ab 2018 gelten oder nur für die (bereits freiwillig) via Kern- und Metadaten veröffentlichten Verfahren. Dann muss aber ein „soweit verfügbar“ eingefügt werden.

Kerndaten und Metadaten der Kerndaten sind zwangsläufig zwei getrennte Datenbestände mit unterschiedlichen Inhalten die an unterschiedlichen Stellen auffindbar sind. Für die Metadaten-Dateien findet sich aber keine Regelung, welche Inhalte notwendig sind, abgesehen von dem Verweis auf die Kerndaten. Es findet sich keine Angaben über die konkrete Ausprägung der Metadaten, welche zum Auffinden der Kerndaten betriebs- und sicherheitstechnisch notwendig sind. Weiters sind auch Angaben zur Verfügbarkeit von data.gv.at zu machen und wie Daten von data.gv.at maschinenlesbar zur Verfügung gestellt werden.

Die Verordnungsermächtigung gem. § 54 (1) BVergG 2017 ist nicht ausreichend, weil diese Ermächtigung nur auf Kerndaten und nicht Metadaten abzielt, und zweitens inhaltlich ebenfalls zu kurz greift: es wird nur das Datenformat, nicht die Inhalte, Übertragungsprotokolle und/oder Übertragungswege zur Regelung per VO freigegeben.

Der Guten Ordnung wird auch noch darauf hingewiesen, dass offensichtlich die Regelungen in diesem Paragraphen nicht für alle Verfahrensarten zur Anwendung kommen. Beispiele:

weise wurde der § 54 für Direktvergaben mit Bekanntmachung (vgl. § 47 (1)) und Wettbewerben (vgl. § 163) ausgenommen. Hier besteht zwar die Verpflichtung für Anhang VIII, aber die Inhalte für Standardisierung, Struktur, Form und zukünftig auch Übertragung und Protokolle sind nicht verbindlich. Das Fehlen einer vereinheitlichten Vorgehensweise für die Datenbereitstellung in Struktur, Form, Übertragung und Protokoll macht die Sammlung extrem kostenaufwändig bzw. unmöglich. Diesem Umstand sollte im Sinne einer sinnvollen Datenqualität Rechnung getragen werden.

Die Anmerkungen gelten sinngemäß auch für den § 223.

### **§ 57 Bekanntmachung einer Vorinformation auf Unionsebene**

Die notwendigen Inhalte der Vorinformation, wie bisher in § 53 Abs 4 BVergG 2006, sind hier nicht mehr geregelt. Eine Ergänzung wäre notwendig.

### **§ 59 Bekanntmachungen in Österreich**

Gemäß Abs 3 kann der öffentliche Auftraggeber Bekanntmachungen zusätzlich veröffentlichen, indem er die Metadaten der Kerndaten von Vergabeverfahren <https://www.data.gv.at/> zur Verfügung stellt bzw. übermittelt. Wünschenswert wäre es, wenn eine freiwillige Bekanntmachung der Kerndaten/Metadaten von der Pflicht das Publikationsmedium zu nutzen, befreit. Das würde gegebenenfalls die Schnittstellenthematik ersparen.

In § 60 Abs 4 erster Satz sollte es statt „Bekanntmachung“ „Absendung“ heißen.

### **§ 61 Bekanntgaben auf Unionsebene**

Gemäß Abs.4 dürfen abweichend zu Abs. 1 bestimmte Angaben über die Auftragsvergabe oder den Abschluss von Rahmenvereinbarungen dann nicht veröffentlicht werden, wenn deren Bekanntgabe die Vollziehung von Gesetzen behindern,....

Zu weitreichende Veröffentlichungen wären demnach vergaberechtswidrig. Welche Folgen hat das für die Abrufe? Das wäre zu ergänzen.

### **§ 66 Bekanntgaben in Österreich**

Abs 1: Ein öffentlicher Auftraggeber im Vollziehungsbereich des Bundes hat nach Durchführung eines Vergabeverfahrens , dessen Auftragswert oder Wertumfang oder Summe der Preisgelder mindestens 50 000 Euro beträgt, jeden vergebenen Auftrag, jede abgeschlossene Rahmenvereinbarung und das Ergebnis jedes Ideenwettbewerbes bekannt zu geben...

Zu ergänzen wären die Wettbewerbe – die sind nach der Aufzählung weiter unten hier offensichtlich auch mitgemeint sind, aber nicht erwähnt worden. Obwohl der Auftragswert der Direktvergabegrenze entspricht ist dieser Paragraph nicht von der Verordnungsermächtigung des § 19 umfasst. Bei Erhöhung der Direktvergabegrenze bedeutet das daher, dass auch direkt vergebene Aufträge über diesem Schwellenwert bekannt gegeben werden müssen.

Allgemein zu (Ex-post) Bekanntgabe-/ Bekanntmachungs-/ Dokumentations-/ Berichts- und Meldepflichten

Laut den Erläuternden Bemerkungen soll kein gold plating erfolgen. Die im Begutachtungsentwurf vorgesehenen (ex-post) Bekanntgabe-/ Bekanntmachungs-/ Dokumentations-/ Berichts- und Meldepflichten sind in diesem Umfang von den Richtlinien jedoch nicht gefordert und führen zu einem hohen Aufwand für die öffentliche Hand.

Die in den Richtlinien vorgesehenen Verpflichtungen sollten nicht auf den USB ausgedehnt werden. Im Oberschwellenbericht (OSB) sollten nur die in den Richtlinien vorgesehenen Verpflichtungen übernommen werden.

Die im Detail zu übermittelnden Daten sind überbordend. Folgende Daten können entfallen:

- Befugnisse des Auftragnehmers (sind im Gewerberegister erfasst)
- Befugnisse des bei der Ausführung des Auftrages eingesetzten Subunternehmers (sind im Gewerberegister erfasst)
- Auftragssumme des Subunternehmers (wird vom Bieter im Angebot nicht angegeben)
- Kurzbeschreibung des Auftragsgegenstandes beim Subunternehmer (ergibt sich aus den Daten des Auftragnehmers)
- Ausführungszeitraum beim Subunternehmer (ergibt sich aus den Daten des Auftragnehmers)
- Ausführungsbeginn und voraussichtliche Ausführungsdauer beim Subunternehmer (wird vom Bieter im Angebot nicht angegeben)

## **§ 71 Angebotsfrist**

Abs (2): Beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung beträgt die von einem öffentlichen Auftraggeber gemäß Anhang III festzusetzende Angebotsfrist mindestens 25 Tage.

Alle anderen AG können die Angebotsfrist beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung und beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im gegenseitigen Einvernehmen mit den ausgewählten Bewerbern festlegen. Das bedeutet eine Ungleichbehandlung der Auftraggeber und ist absolut nicht nachvollziehbar. Wie sieht die Fristenberechnung dann aus, wenn ein AG gemäß Anhang III im Auftrag für einen AG der nicht in Anhang III genannt ist, ein Verfahren durchführt. Ein elektronischer Fristenrechner muss bei einer zentralen Beschaffungsstelle je nach Auftraggeber andere Fristen zulassen. Dies bedeutet einen nicht nachvollziehbaren Mehraufwand.

## **§ 72. Verlängerung der Angebotsfrist bei Berichtigungen und zusätzlichen Auskünften**

Abs (1) Die gemäß § 71 festgesetzte Angebotsfrist ist bei einer Berichtigung der Bekanntmachung zu verlängern, wenn die Berichtigung für die Erstellung der Angebote wesentlich ist. Die Verlängerung der Frist muss in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der geänderten Information stehen. Jede Veränderung der Angebotsfrist ist allen Bewerbern oder Bieterinnen bekannt zu geben.

Gemäß der Systematik wäre bei einer Berichtigung der AU diese nicht „bekannt zu geben“ sondern zu „übermitteln oder bereitzustellen“.

## **§ 78 Ausschlussgründe**

In Abs 1 Z 1 – sind zusätzliche Ausschlussgründe aufgenommen: Sklaverei, Menschenhandel oder Grenzüberschreitender Prostitutionshandel (§§ 104, 104a und 217 StGB ) - die Paragraphenangaben in der Klammer sollten dem jeweiligen Delikt zugeordnet werden. Diese Delikte haben keine direkte vergaberechtliche Relevanz und könnten entfallen.

Z 4 der öffentliche Auftraggeber über hinreichend plausible Anhaltspunkte dafür verfügt, dass der Unternehmer mit anderen Unternehmern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige

Abreden getroffen hat: Diese unklare Festlegung wird wortident aus der Richtlinie entnommen. Ebenso "auf geeignete Weise nachgewiesen wurde". Eine klarere Begriffsbestimmung im BVergG wäre wünschenswert.

Zusätzliche Ausschlussgründe: Z 7 - ein Interessenkonflikt, Z 10 - schwerwiegende Täuschung und Z 11 - Versuch, Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen: sind aus Praxissicht sehr zu begrüßen, da bisher unzureichend geregelt. Problem: viele unbestimmte Gesetzesbegriffe werden aus der RL unverändert übernommen. Unverständlicher Regelungsinhalt in Z 11 lit c: fahrlässig irreführende Informationen - gilt dem Wortlaut nach nicht für vorsätzliche Irreführung, die viel schwerer wiegt. Auch den Erl. sind dazu keinen weiteren Ausführungen zu entnehmen.

Abs 3: Komplexe Regelung mit Ausnahmen von den Ausnahmen. Eine klärende Ausführung in den Erl. wäre hilfreich.

Abs 5: "aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses": sehr unklare Regelung. Die RL nennt Impfstoffe und Notfallausrüstung, die Erläuterungen enthalten diesen Hinweis nicht, stattdessen die kryptische Formulierung, dass bei der Anwendung des Hauptstückes über die Eignung "insbesondere auch die einschlägige Judikatur des Europäischen Gerichtshofes (vgl. etwa Rs 27 bis 29/86, 31/87, C-103/88, C-272/91, C-76/81, C-71/92, C-389/92, C-5/97, C-176/98 und C-94/99) zu beachten" sei. Diesbezüglich wäre hier ebenso eine Klärung in den Erl. notwendig.

## § 80 Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den öffentlichen Auftraggeber

Es wird nicht übersehen, dass die in § 80 vorgesehene Verwendung der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung gemäß Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 vorgeschrieben ist, weshalb auch die Umsetzung in nationales Recht zwingend ist. Diese Eigenerklärung ist jedoch unnötig komplex, überbürokratisch und wenig praxistauglich. § 80 sieht eine für den öffentlichen Auftraggeber gebührenfreie Datenbank zum Zwecke der Eignungsprüfung vor. Ob das in der Kompetenz des Bundesgesetzgebers liegt, diese Form der Quasi-Enteignung für den ANKÖ vorzuschreiben, ist höchst fraglich, aber vom Wortlaut her so festgelegt. Art 59 der RL, der den Zugang zu einer gebührenfreien nationalen Datenbank regelt, meint hingegen wohl eine vom Staat zur Verfügung gestellte Datenbank.

§ 80 Abs 3: [...]Bei der Vergabe von Aufträgen und beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen im Oberschwellenbereich hat der öffentliche Auftraggeber vor Zuschlagserteilung bzw. vor Abschluss der Rahmenvereinbarung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger bzw. von der bzw. den Parteien der Rahmenvereinbarung jedenfalls zu verlangen. Trotz EEE müssen weiterhin im OSB Nachweise verlangt werden! Eine Entlastung von Verwaltungsaufwand ist trotz Hinweis in den Erl. nicht erkennbar und könnte durch den Entfall der zusätzlichen Nachweisführung herbeigeführt werden.

Begrüßt wird die Regelung des § 80 Abs. 6, wonach im Oberschwellenbereich jene Nachweise nicht vorgelegt werden müssen, die dem öffentlichen Auftraggeber bereits in einem früheren Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorgelegt wurden und geeignet sind, die Eignung nachzuweisen. Das führt zu Vereinfachungen in der Praxis.

Gemäß Abs. 7 hat der öffentliche Auftraggeber zur Überprüfung, ob ein vorgelegter Nachweis seiner Art nach dem geforderten Nachweis entspricht, auf die Online-Datenbank e-Certis zurückzugreifen. Abgesehen davon, dass unklar ist, was mit dem Begriff "zurückgreifen" gemeint ist, ist die Datenbank e-Certis minder funktional, von geringem Informationsgehalt und enthält nach eigenen Angaben rechtlich nicht verbindliche Informationen – "not a service of legal advice". Der Zugang ist schwer auffindbar, und unter <https://ec.europa.eu/ecertis> oder <https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/ecertis/> langsam und funktioniert manchmal gar nicht. Wiewohl der Wortlaut Art 61 Abs 2 RL 2014/24/EU entspricht, wird angemerkt, dass er unklar ist.

## **§ 82 Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit**

Neben der seit der Novelle 2015 bestehenden Verpflichtung zur Abfrage gemäß Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz – LSD-BG, das in der Praxis seitens der WGKK durchaus Mühe macht und nennenswerte Zeit in Anspruch nimmt, wurde nunmehr ein wiederum neuer Prüfvorgang eingeführt, nämlich die Abfrage aus der Insolvenzdatei. Die Eignungsprüfung wird damit erneut aufwändiger und komplexer.

## **§ 83 Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit**

Abs 2: "sonstige Maßnahmen getroffen hat, die geeignet sind, das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw. Verfehlungen zu verhindern": Dieser unklare Ge-

setzeswortlaut wäre zumindest in den Erl. näher auszuführen. Die Regelungen in Abs 2 Z 1 und 2 sind offen und unklar. Wann z.B. eine "aktive Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden" ausreicht und wann nicht, kann im Einzelfall „willkürlich“ von den nachprüfenden Gerichten zu entscheiden sein (vergaberechtliche "Einzelfallbetrachtung").

### **§ 87 Normen für Qualitätssicherung und Umweltmanagement**

Abs 2: unklare Regelung: der Auftraggeber hat in bestimmten Fällen auf das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) der Union "Bezug zu nehmen" (Art 62 der Richtlinie). Was damit gemeint ist, wird auch in den Erl. nicht näher ausgeführt. Das wäre festzulegen.

### **§ 89 Zur-Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen**

Gem. Abs 1 sind die Ausschreibungsunterlagen ausschließlich auf elektronischem Weg kostenlos, direkt, uneingeschränkt und vollständig zur Verfügung zu stellen. Das muss so verstanden werden, dass Systeme der Registrierung von Marktteilnehmern, eine Userverwaltung sowie kostenpflichtige Abo-Systeme und andere Services für die Marktteilnehmer unzulässig sein werden. Plattformen die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung stellen, gewähren somit keinen direkten Zugang zu den Unterlagen und sind somit zur Weiterleitung der Unterlagen nicht befugt. Darauf wäre ergänzend in den Erl. hinzuweisen.

§ 89 Abs 4 darf die Identität der Unternehmer, denen die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden, Mitarbeitern des öffentlichen Auftraggebers, der vergebenden Stelle oder eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens nehmen können, und anderen Unternehmern nicht preisgegeben werden. Auch diese Regelung schränkt bestehende Services und praxiserprobte Abläufe ein und wird zu Komplikationen in den Abläufen führen. Diese Bestimmung erscheint überschließend und zudem nicht in der RL gedeckt.

### **§91 Inhalt der Ausschreibungsunterlagen**

Während gemäß § 91 Abs 5 das Bestangebotsprinzip bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen, oder wenn es sich um eine Auftragsvergabe im Wege eines wettbewerblichen Dialoges handelt, oder im Wege einer Innovationspartnerschaft handelt, das Bestangebotsprinzip zwingend vorgegeben ist, ist es das bei unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß Anhang XVI, bei Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr gemäß dem Öffentlichen Personen-nah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 - ÖPNRV-G 1999, BGBl. I Nr. 204/1999 und bei der Beschaffung von Lebensmitteln nicht, sondern kann die Qualität in diesem Fällen bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungskriterien oder bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrages festgelegt werden. Die Unterscheidung wird bei öffentlichen Auftraggebern in der Praxis zu Problemen führen.

§ 94 Abs 2: Der Entfall der Berücksichtigung von Zuschlagskriterien bei der Wahl des Angebotes mit dem niedrigsten Preis ist zu begrüßen, weil diese Regelung keinen Anwendungsbereich hatte.

### **§ 95 Besondere Bestimmungen betreffend die Energieeffizienz bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich**

Abs 2: die Verpflichtung, wonach Auftraggeber gem. Anhang III Anforderungen an die von Dienstleistern verwendete Waren aufzustellen hat, gilt für neue Waren, die von Dienstleistern ausschließlich oder teilweise zur Erbringung der betreffenden Dienstleistungen erworben werden, war schon bisher völlig praxisfremd. Nach der RL (Erwägungsgrund 97) sollte die Prüfung lediglich gestattet sein, aber nicht zwingend. Diese überschießende Regelung widerspricht dem Verbot des „golden-platings“ und benachteiligt ungerechtfertigt AG gem. Anhang III im Vergleich mit allen anderen AG. In der Praxis ist die Bestimmung kaum durchführbar.

### **§ 98 Subunternehmerleistungen**

Die Regelung des Abs 4 Z 2, wonach Subunternehmer eingeschränkt werden können, ist in der Sache zu begrüßen. Wann dies durch den Auftragsgegenstand (nicht durch andere

Gründe) sachlich gerechtfertigt und angemessen ist, ist indessen völlig unklar und ist wiederum ein Punkt für eine Einzelfallentscheidung eines nachprüfenden Gerichts, die für den Auftraggeber nicht vorherzusehen ist.

### **§ 105 Erstellung eines Leistungsverzeichnisses**

Gemäß Abs 3 ist auf geeignete Leitlinien, wie ÖNORMen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen "Bedacht zu nehmen". Was der Gesetzgeber damit - insbesondere im Hinblick auf die Regelung im BVergG 2006, wonach diese Quellen "heranzuziehen" sind - vorschreibt, ist unklar. AG können wohl davon ausgehen, dass der Gesetzgeber von einer verpflichtenden Verwendung von Leitlinien abgegangen ist. Das wäre auch klar zu regeln.

### **§ 107 Barrierefreiheit**

Gemäß Abs 2 kann von der Verpflichtung gemäß Abs. 1 in ordnungsgemäß begründeten Fällen abgesehen werden. Das lässt sich nach dem Wortlaut eher als die Form der Begründung, als deren sachliche Rechtfertigung betreffend auslegen. Die RL verwendet abweichen davon den Begriff "hinreichend". Diese macht - auch im Zusammenhang mit den angeführten Beispielen, deutlich mehr Sinn. Wann die geschätzten zusätzlichen Kosten aufgrund der Berücksichtigung der Kriterien unverhältnismäßig sind, ist jedoch wiederum völlig unklar und bedarf einer näheren Spezifizierung.

### **§ 108 Gütezeichen**

Die Gütezeichenregelung in § 108 des Entwurfs lässt die von der Rechtsprechung in den letzten Jahren weitestgehend "wegjudizierte" Verwendung von Gütezeichen zu, wie sie in der Praxis ständig Verwendung findet. Die Aufzählung der Protagonisten in Z 3 ist in der Richtlinienvorgabe, anders als im Gesetzestext, beispielhaft und sollte so in das Gesetz aufgenommen werden.

### **§ 110 Vertragsbestimmungen**

Abs 1 Z 13 führt zusätzliche vergabefremde Kriterien ein, indem Bedingungen insbesondere wirtschaftlichen, innovationsbezogenen, sozialen (wie zB frauen-, behinderten-, sozial- und beschäftigungspolitische Belange) oder ökologischen Inhaltes, die während der Erbringung der Leistungen zu erfüllen sind. Was bedeuten soll, dass diese Bedingungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, ist unklar. Das Wording entspricht zwar dem der Legaldefinition des Begriffs "Zuschlagskriterium", die Bedeutung im Unterschied zum früheren "mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien" erschließt sich nicht gleich, sondern erst durch die Definition, dass sich die Kriterien in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen beziehen. Dies schließt Faktoren ein, die mit dem bestimmten Prozess der Herstellung oder der Bereitstellung der zu erbringenden Leistung oder des Handels damit oder einem bestimmten Prozess in Bezug auf ein anderes Stadium des Lebenszyklus zusammenhängen, auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

§ 110 Abs 2: Unklare Begrifflichkeit "Bedacht zu nehmen".

### **§ 124 Interessensbestätigung im Fall einer Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation**

Interessensbestätigung im Fall einer Bekanntmachung im Wege einer Vorinformation - gilt gemäß RL nur für "subzentrale" öffentliche Auftraggeber gem. Art 2 Abs 1 Z 3, ds. alle öffentlichen Auftraggeber, die keine zentralen Regierungsbehörden/oberste Bundesbehörden sind (alle lokalen und regionalen AG). Sie sollen die Bekanntmachungen ihrer Ausschreibungen zum Teil einfacher und mit weniger Detailinformationen (und zwar als "Vorinformationen") veröffentlichen dürfen. Das steht so im Gesetzeswortlaut nicht. Gemäß Art 48 RL nur für das nicht offene und das Verhandlungsverfahren vorgesehen. Unklar, ob auch ausgegliederte Rechtsträger, die zu 100% im Eigentum des Bundes stehen, gemeint sind.

Anzumerken ist generell, dass zahlreiche Bestimmungen höchst auslegungsbedürftig und unklar sind, die aber im Wesentlichen auf sprachliche Regelungen in der Richtlinie zurückzuführen sind.

### **§ 151 Besondere Dienstleistungsaufträge**

Durch die Bestimmung erfolgt die Umsetzung der Art 74 bis 77 der RL

Durch die Festlegung in Abs. 6, welche ausschließlich regelt, wie bei der Erteilung des Zuschlages vorzugehen ist, ist vollkommen unklar, ob besondere Dienstleistungen auch auf Basis von Rahmenvereinbarungen oder, sofern die Voraussetzungen vorliegen, auf Basis von dynamischen Beschaffungssystemen vergeben werden dürfen. Da die RL 2014/24/EU den Mitgliedstaaten die Regelung der Verfahrenswahl offen lässt, würde unionsrechtlich nichts dagegen sprechen, diese beiden Verfahren zulässig zu erklären. Somit sollten diese beiden Verfahren in die Bestimmung des § 151 aufgenommen werden und geregelt werden, welche Bestimmungen zum Abschluss dieser Verfahren zur Anwendung kommen, z.B. durch einen Verweis auf die relevanten Bestimmungen zur Rahmenvereinbarung und dynamischen Beschaffungssystem im Gesetz.

### **§ 154 Abschluss von Rahmenvereinbarungen**

Abs 5: Die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung darf vier Jahre nicht überschreiten. Sofern dies ausnahmsweise, insbesondere aufgrund des Gegenstandes der Rahmenvereinbarung, sachlich gerechtfertigt werden kann, darf eine längere Laufzeit vorgesehen werden.

Die Anpassung der Dauer einer Rahmenvereinbarung an die RL wird sehr begrüßt. In den Erl. gibt es keinen Hinweis auf die sachliche Rechtfertigung. Es wird nur der Gesetzestext wiederholt: „Die standardmäßige Laufzeit von Rahmenvereinbarungen darf, sofern dies ausnahmsweise nicht sachlich gerechtfertigt werden kann, vier Jahre nicht überschreiten.“ Eine Konkretisierung wäre hilfreich und notwendig oder wird anderenfalls erst durch die Jud. erfolgen.

### **Zu Anhang VI Teil D Z13**

es ist im Detail festzulegen, wie welche Felder auszufüllen sind.

z.B.: Wann ist bei einer Bekanntgabe das höchste und niedrigste Angebot und wann ist der Auftragswert zu nennen.

### **Zu Anhang VIII**

Eine Änderung der Kerndaten ist mit derselben Nachricht gem. Angang VIII bereitzustellen, wie die Originalnachricht. Aufgrund der Struktur der Kerndatenfelder aus Anhang VII ist nicht eindeutig ableitbar welcher bereitgestellte Kerndatensatz zu welcher bereitgestellten Originalnachricht gehört. Das Kerndatenfeld: „Angabe des Zeitpunktes der letzten Änderung der Ausschreibung (TT/MM/JJJJ, hh:mm)“ ist für eine eindeutige Zuordnung zu wenig. Es wird dringend empfohlen für sämtliche Kerndateninformationen eine eindeutige unverwechselbare Referenz die der AG selbst vergibt zum Verfahren herzustellen. (zB GZ des Verfahrens beim AG). Weiters wird empfohlen, dass Änderungen von Kerndatenfeldern bei der erneuten Meldung mit einer eindeutigen Versionsnummer gekennzeichnet sind.

Um Berücksichtigung der oben angeführten Punkte wird ersucht.

Mit freundlichen Grüßen

Mag. Wolfgang Pointner  
Leiter Rechtsabteilung  
(elektronisch gefertigt)