



Stubenring 1, 1010 Wien
DVR: 0017001

An das
Bundeskanzleramt

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

AUSKUNFT
Walter Vondruska
Tel: (01) 711 00 DW 866454
Fax: +43 (1) 7158258
Walter.Vondruska@sozialministerium.at

E-Mail Antworten sind bitte unter Anführung
der Geschäftszahl an die E-Mail Adresse
post@sozialministerium.at zu richten.

GZ: BMASK-16010/0055-I/A/4/2017

Wien, 04.04.2017

Betreff: Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017); Stellungnahme des BMASK

Sehr geehrte Damen und Herren!

Das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz dankt unter Bezugnahme auf das Schreiben vom 8. Februar 2017, GZ. BKA-600.883/0003-V/8/2017, für die Übermittlung des Entwurfes eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017) und darf dazu wie folgt Stellung nehmen:

Zu den Artikeln 1 und 2 des Entwurfes eines Bundesvergabegesetzes 2017 (BVergG 2017)

Allgemeines:

Es wird festgehalten, dass im Erwägungsgrund 114 der europäischen Vergaberichtlinie (2014/24/ EU) ausführt wird, dass insbesondere die personenbezogenen Dienstleistungen im Sozial-, Gesundheits- und Bildungsbereich eine begrenzte grenzüberschreitende Dimension haben und dass aufgrund des sensiblen Charakters der Dienstleistungen im übertragenen Wirkungsbereich den Mitgliedstaaten ein weiter Ermessensspielraum eingeräumt werden soll: „Für öffentliche Aufträge zur Erbringung dieser Dienstleistungen sollte daher eine spezifische Regelung festgelegt werden und ein höherer Schwellenwert gelten als der, der für andere Dienstleistungen gilt“.

Die Einhaltung von Grundprinzipien der Transparenz und der Gleichbehandlung werden verlangt und es soll sichergestellt werden, dass die öffentlichen Auftraggeber spezifische Qualitätskriterien für die Auswahl von Dienstleistern anwenden können.

Bei der Umsetzung in nationale Normen sollen sich die Mitgliedstaaten auch die Vereinfachung und die Reduzierung des Verwaltungsaufwands für die öffentlichen AuftraggeberInnen und die WirtschaftsteilnehmerInnen zum Ziel setzen.

Diese Grundprinzipien werden vom Sozialministerium uneingeschränkt geteilt.

Das Bundesvergabegesetz wird zwar neu erlassen, doch enthält der Art. 2 schon jetzt eine Novelle dieses, unter Art. 1 stehenden, neuen Bundesvergabegesetz-Entwurfes. Dies ist unübersichtlich, weshalb die Art. 2-Novelle besser in den zu erlassenden neuen Gesetzesentwurf eingearbeitet und gegebenenfalls unterschiedliche Zeitpunkte für das jeweilige Inkrafttreten festgelegt werden sollten.

Eine Textgegenüberstellung (TGÜ) der Normen des Gesetzentwurfes mit denjenigen des (noch) geltenden BVergG wurde nicht mitversandt. Auch wenn es bei Erlassung neuer Gesetze unüblich ist, die Paragraphen des geltenden denjenigen des zu erlassenden Gesetzes synoptisch gegenüberzustellen, so wäre dies unter den gegebenen Umständen (es handelt sich um einen Gesetzentwurf im Umfang von 236 Seiten samt Anlagen und 384 Paragraphen, der sich in seinen Grundzügen am BVergG 2006 orientiert, wodurch Vergleichbarkeit gegeben ist) doch wünschenswert, um den Aufwand der begutachtenden Stellen zu vermindern. Darüber hinaus sind die Erläuterungen an einigen Stellen sehr knapp ausgefallen, was die Prüfung des Entwurfes zusätzlich erschwert, vor allem aber die Wahrscheinlichkeit eines uneinheitlichen Gesetzesvollzugs erhöht.

Sollte es zu einer Überarbeitung des Gesetzentwurfes kommen, sollte dem neuen Entwurf eine TGÜ angeschlossen werden.

Zu § 9 (Ausgenommene Vergabeverfahren)

Zu § 9 Abs. 1 Z 8 (Ausnahme für Rechtsanwaltsdienstleistungen):

§ 9 Abs. 1 Z 8 nimmt die Vertretung eines öffentlichen Auftraggebers durch einen Rechtsanwalt vor Gerichten und Behörden vom BVergG 2017 aus; ebenso die Rechtsberatung durch Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen zur Verfahrensvorbereitung.

Eine für die Auftraggeber schwierige Abwägung ist aber infolge der bestehenden Textierung von § 9 Abs. 1 Z 8 lit. b zweiter Fall gegeben. Ausgenommen vom BVergG 2017 ist nach § 9 Abs. 1 Z 8 lit. b nämlich auch „*die Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen und eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Angele-*

genheit, auf die sich die Beratung bezieht, Gegenstand eines [gerichtlichen oder behördlichen] Verfahrens ... werden wird.“

Zur Beurteilung, ob die beauftragten Beratungsdienstleistungen eines Rechtsanwalts dem BVergG 2017 unterliegen oder nicht, müsste demnach der öffentliche Auftraggeber vor Erteilung dieses Beratungsauftrages zunächst „*Anhaltspunkte dafür prüfen*“ und die Wahrscheinlichkeit einschätzen, ob beispielsweise ein bestimmtes (Vergabe)Verfahren von einer der voraussichtlich beteiligten Parteien (die zu diesem Zeitpunkt dem Auftraggeber aber vielfach noch gar nicht bekannt sein müssen) etwa beim Bundesverwaltungsgericht angefochten werden wird oder könnte. Diese Abwägung könnte sich, wie ausgeführt, im Einzelfall als schwierig herausstellen, was Rechtsunsicherheit fördern könnte.

Die im Anhang XVI lit. H. genannten Dienstleistungen im juristischen Bereich unterliegen gemäß § 151 iVm § 12 Abs. 1 Z 2 bis zu einem Auftragswert von 750.000 € ohnedies in einem vereinfachten Vergaberegime und können infolge erhöhter Subschwellenwerte auch bis zu einem Auftragswert von weniger als 100.000 € im Wege der Direktvergabe und bei weniger als 150.000 € mittels Direktvergabe mit Bekanntmachung vergeben werden.

Die angeführten Vereinfachungen des Vergaberegimes sowie die nicht erkennbaren Motive für eine vollständige Ausnahme der genannten anwaltlichen Dienstleistungen von der Anwendbarkeit des BVergG legen nahe, den zweiten Tatbestand in § 9 Abs. 1 Z 8 lit. b zu streichen.

Zu § 9 Abs.1 Z 18 (Dienstleistungsaufträge über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse):

Der Begriff „*nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*“ wird weder im Gesetz noch in den Erläuterungen definiert.

Dies führt zu Unklarheiten und sollte daher ergänzt werden.

Siehe dazu auch die Anmerkungen zu § 151.

Zu § 10 (Ausgenommene öffentlich – öffentliche Verhältnisse)

Der in § 10 Abs. 1 Z 1 und 3 jeweils unter den lit. b) und c) normierte Text ist nicht geeglückt und sollte daher sprachlich umformuliert werden. Gleiches gilt für § 10 Abs. 3 Z 3.

Zu § 20 Abs. 6 (Grundsätze des Vergabeverfahren)

Zu § 20 Abs. 6 wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

„Im Vergabeverfahren ist auf soziale Aspekte Bedacht zu nehmen. Dabei kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden. Dies kann insbeson-

dere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.“

Begründung:

Die **Berücksichtigung von sozialen Aspekten** ist ein **wesentlicher Lenkungsbestandteil** des Vergaberechts und sollte künftig durch **Einführung einer „Ist“** statt der vorgeschlagenen „**Kann**“ Bestimmung deutlich **als gesellschaftspolitisches Ziel formuliert werden**. Der Verzicht auf das Vergaberecht als zwingendes Lenkungsinstrument auch im sozialen Bereich würde nach Ansicht des Sozialministeriums eine vertane Chance sein.

Wenn im § 20 Abs. 5 darauf Bedacht genommen wird, dass Umweltkriterien zwingend zu berücksichtigen sind, erscheint im Vergleich dazu die „Kann-Bestimmung“ des § 20 Abs. 6 als nicht adäquat.

Zu § 23 (Vorbehaltene Aufträge zugunsten sozialer und beruflicher Integration)

Die Ausweitung der vorbehaltenen Aufträge im Gesetzentwurf auf „*sonstige Unternehmen*“, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von „*sonstigen benachteiligten Personen*“ ist, und die gleichzeitige Senkung des Anteils von behinderten Arbeitnehmern auf nur noch 30 %, gemessen an der Gesamtzahl der Beschäftigten, sowie die Festlegung dieser Mindestquote für sonstige benachteiligte ArbeitnehmerInnen begründen die Besorgnis, dass es den Integrativen Betrieben noch schwerer als bisher gelingen wird, öffentliche Aufträge zu erhalten. Es kann auch nicht nachvollzogen werden, dass einerseits der Hauptzweck eines solchen Unternehmens auf die soziale und berufliche Integration von Menschen gerichtet sein soll, andererseits aber eine Quote von bloß 30 % an der Gesamtzahl der im Unternehmen Beschäftigten genügt, um es für die Anwendung des § 23 zu qualifizieren.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die geltende Rechtslage des § 11 Abs. 7 BEinstG, d.h. die **zwingende Angebotseinholung bei Integrativen Betrieben, nicht in der Formulierung dieses Gesetzesentwurfs Niederschlag gefunden hat**, wenngleich diese Regelung, oder ein Hinweis darauf, thematisch jedenfalls im Bundesvergabegesetz enthalten sein sollte.

Es wird daher vorgeschlagen, nachstehende dem § 11 Abs. 7 des BEinstG entlehnte Bestimmung durch Erweiterung des § 23 BVergG um einen dritten Absatz in das neue BVergG überzuführen:

„Bei Aufträgen im Bereich der Bundesverwaltung, die von Integrativen Betrieben im Sinne des Behinderteneinstellungsgesetzes ausgeführt werden können, sind diese Integrativen Betriebe in jedem Fall zur Angebotslegung einzuladen. Dies gilt auch für Verfahren mit Bekanntmachung.“

Weder Gesetz noch Erläuterungen präzisieren den Begriff der „*sonstigen benachteiligten Personen*“. Eine zumindest beispielhafte Aufzählung von Merkmalen und Eigenschaften, die eine „*benachteiligte Person*“ charakterisieren, wird empfohlen, um den Kreis der dadurch begünstigten Unternehmen abzugrenzen. Ohne eine diesbezügliche Definition könnte es die Konsequenz geben, dass einerseits dieser Paragraph nicht die gewünschte Anwendung findet, oder andererseits Anfechtungsklagen drohen.

Genauso, wie es eine Liste der Integrativen Betriebe gibt, müsste es auch eine **Liste der Einrichtungen, denen man derartige Aufträge erteilen kann**, geben. Während die Integrativen Betriebe auf www.integrative-betriebe.at einen umfassenden Überblick über Produkt- und Dienstleistungspalette anbieten, sodass ein Marktüberblick problemlos möglich ist, ist dies bei den **anderen Genannten nicht der Fall**. Somit wäre ein Marktüberblick wohl nur durch **Aufbau eines entsprechenden Portals realistisch möglich**, welcher angeregt wird. Es ist zu befürchten, dass die bisherigen Erfolge bei der Einbeziehung von Integrativen Betrieben bei der Auftragsvergabe gemäß Maßnahme 160 des Nationalen Aktionsplans Behinderung 2012-2020 künftig durch eine unklare Formulierung des Paragraphen erschwert würden.

Hier **wäre eine Präzisierung anzudenken**, welche zumindest in den erläuternden Bemerkungen eine diesbezügliche Klarstellung beinhaltet.

Weiters sollte entsprechend der neuen deutschen Übersetzung der UN-Behindertenrechtskonvention (BGBI. III Nr. 105/2016) und den Zielsetzungen des Nationalen Aktionsplanes Behinderung 2012-2020 **statt „Integration“ der Begriff „Inklusion“ verwendet werden**.

Zu den §§ 48, 89 und 90 (Elektronische Kommunikation; § 48 i. d. F. des Art. 2)

Zentrale Beschaffungsstellen (wie die BBG) müssen bereits ab April 2017, allerdings nur im Oberschwellenbereich, die elektronische Kommunikation zwischen Unternehmen und Beschaffungsstelle vorsehen (§ 48 Abs. 2a). Die zentralen öffentlichen Auftraggeber (wie das BMASK) trifft diese Verpflichtung erst ab 18. Oktober 2018. § 48 Abs. 13 ermächtigt den Bundeskanzler zur Erlassung einer Verordnung, mit welcher eine bestimmte Kommunikationsplattform zur Nutzung durch die Bundesdienststellen sowie die Modalitäten dieser Nutzung festgelegt werden.

Gegen diese Regelung bestehen grundsätzlich keine Bedenken.

Die Verordnungsermächtigung des Bundeskanzlers sollte aber, da eine solche gemeinsame Kommunikationsplattform wegen ihrer Synergieeffekte für das öffentliche Auftragswesen des Bundes für Zwecke der elektronischen Kommunikation wohl ohne Alternativen ist, nach Möglichkeit in eine Verpflichtung umgewandelt werden, der binnen einer gesetzlich zu bestimmenden Frist nachzukommen ist. Diese Frist für die Erlassung der Verordnung sollte so bemessen werden, dass es den öffentlichen Auftraggebern ermöglicht wird, die von ihnen durchzuführenden Vergabeverfahren ab 18. Oktober 2018 über diese Kommunikationsplattform abzuwickeln.

Ferner sollte die durch Verordnung zu bestimmende elektronische Kommunikationsplattform den Erfordernissen des § 48 Abs. 5 (Verbot der Diskriminierung, allgemeine Verfügbarkeit, Kompatibilität mit den allgemein verbreiteten IKT-Erzeugnissen und Verbot von Zugangsbeschränkungen) sowie der §§ 89 und 90 des BVergG 2017 genügen und dies ausdrücklich normiert werden.

Es ist jedenfalls sicherzustellen, dass die elektronische Kommunikation so durchgeführt wird, dass sie **für Menschen mit Sinnesbehinderungen wahrnehmbar ist** (Screenreader etc.). Die **Ergänzung der Wortfolge „müssen allgemein verfügbar und barrierefrei zugänglich sowie ...“ wird angeregt.**

Eine diesbezügliche Ergänzung wird auch im § 89 Abs. 1 sowie im § 161 Abs. 2 angeregt.

Zu § 66 (Bekanntgaben in Österreich)

Die mit § 66 verfolgte Absicht, durch Bekanntgabe aller Aufträge oberhalb des gesetzlichen Schwellenwertes für Direktvergaben (s. § 46 Abs. 2) die Transparenz der Auftragsvergaben im Bereich des Bundes zu stärken, wird begrüßt. Die damit verbundenen Vorteile überwiegen den mit der Verpflichtung zur Bekanntgabe verbundenen zusätzlichen Verwaltungsaufwand.

Zu § 91 (Inhalt der Ausschreibungsunterlage)

Zu § 91 wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

„Bei der Vergabe folgender Leistungen hat der öffentliche Auftraggeber qualitätsbezogene Aspekte im Sinne des § 20 bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, der Eignungskriterien oder der Zuschlagskriterien oder bei der Festlegung der Bedingungen für die Ausführung des Auftrages festzulegen und den Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen:

1. ... bei unmittelbar personenbezogenen besonderen Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialbereich gemäß Anhang XVI, oder
[...]"

Begründung:

Die **klare Formulierung des Bestbieterprinzips** würde die **Gefahr des reinen kostenmäßigen Unterbietens im Sozialbereich (Anhang XVI) hintanhalten** und dafür sorgen, dass neben den deutlich formulierten qualitätsbezogenen Aspekte auch sichergestellt ist, dass, der Logik des Abs. 5 folgend, **das Bestbieterprinzip auch in diesem Bereich zwingend ist.**

Um zu vermeiden, dass in Fällen, bei denen die Leistungsvergabe dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen ist, das Bestangebotsprinzip nur „alibihalber“ an-

gewendet wird, könnte insbesondere für die dem **§ 91 Abs. 5 unterliegenden Leistungen erwogen werden, gesetzlich eine prozentuelle Obergrenze für die Gewichtung des Zuschlagskriteriums Preis festzulegen.**

Zu § 93 (Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen) und zu § 264 Abs. 2

Diese Neuerungen werden begrüßt. Angeregt wird, die bestehende Liste von arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsvorschriften in § 93 Abs. 2 um das Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz zu ergänzen, da es auch Maßnahmen zum Schutz von Lohn- und Sozialdumping enthält.

Zu § 107 (Barrierefreiheit)

In Umsetzung des Artikels 42 (Technische Spezifikationen) der EU-Vergaberichtlinie im „klassischen Bereich“ sowie den damit korrespondierenden Bestimmungen in den EU-Vergaberichtlinien insgesamt ist es notwendig, dass **die nationalen Bestimmungen ausreichend konkretisiert und nicht restriktiv formuliert werden**. Es muss klar zum Ausdruck kommen, dass **im österreichischen Vergaberecht der Aspekt der Barrierefreiheit bzw. Zugänglichkeit obligatorisch in die technischen Spezifikationen aufzunehmen ist und nur ausnahmsweise und in begründeten Fällen davon abgesehen werden darf**.

Diese **Begründung für Ausnahmen** ist entsprechend **dem Konzept der EU-Vergaberichtlinien von Vergabefall zu Vergabefall unterschiedlich vorzunehmen**. Eine allfällige Ausnahme darf nicht auf – wenn auch begründeten – Annahmen des öffentlichen Auftraggebers beruhen, da diese auch falsch sein können (siehe § 107 Abs. 2 Z 1).

Beispiel 1: Ein öffentlicher Auftraggeber, der keinen blinden Mitarbeiter beschäftigt, beschafft IKT-Systeme, die für blinde Mitarbeiter nicht verwendbar sind, weil er davon ausgeht, dass keine Notwendigkeit einer Nutzung durch Menschen mit Behinderung zu erwarten sei.

Beispiel 2: Ein öffentlicher Auftraggeber vergibt einen Auftrag für eine bauliche Anlage, in deren Zusammenhang es keinen Kundenverkehr geben wird und somit vordergründig auch keine Notwendigkeit einer Nutzung durch Menschen mit Behinderung zu erwarten ist. Dabei übersieht er allerdings, dass unter den Mitarbeitern Menschen mit Behinderung sein können und sich mangelnde Vorkehrungen im Bereich Barrierefreiheit negativ auf das Beschäftigungsverhältnis auswirken bzw. eine Diskriminierung nach dem BEinstG darstellen können. Diese Fälle gilt es im Ansatz durch entsprechende gesetzliche Formulierungen zu vermeiden.

In der Vergabepraxis kann es allerdings Fälle geben, bei denen es aus rechtlichen und technischen Gründen **nicht möglich ist**, den **Aspekt der Barrierefreiheit im Zusammenhang mit einer öffentlichen Ausschreibung zu erfüllen**. Diese Fälle **rechtfertigen eine entsprechende Ausnahme und erfordern eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung** (siehe Textierungsvorschlag unten).

Um besser zu verdeutlichen, dass im Zusammenhang mit den technischen Spezifikationen nach dem EU-Vergaberecht der Terminus *technicus* „**Design for All**“ erwähnt wird (siehe englische Fassungen der Vergaberichtlinien) und um Missverständnissen vorzubeugen, sollte im BVergG der Begriff „**Design für Alle**“ bzw. „**Design für alle Nutzer**“ verwendet werden. Der im Begutachtungsentwurf verwendete Begriff „Konzeption für alle Anforderungen“ entspricht nicht den Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien. Jene sprechen in diesem Zusammenhang – auch in der deutschen Fassung – von „**Konzeptionen für alle Nutzer**“. Entsprechend dem EU-Vergaberecht haben bei der Festlegung der technischen Spezifikationen die Aspekte „**Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen**“ und „**Design für Alle**“ gleichwertig nebeneinander zu stehen. Dies sollte im BVergG entsprechend zum Ausdruck kommen.

Entsprechend der neuen deutschen Übersetzung der UN-Behindertenrechtskonvention (BGBl. III Nr. 105/2016) und den aktuellen Verhandlungen für eine EU-Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen (European Accessibility Act) sollte im Sinn der Einheitlichkeit **der Begriff „Barrierefreiheit“** statt dem grundsätzlich synonymen Begriff „**Zugänglichkeit**“ verwendet werden.

Das Sozialministerium ersucht weiters, im Zusammenhang mit dem englischen Begriffspaar „accessibility requirements“ im Deutschen – entsprechend der deutschen Fassung zum Richtlinienvorschlag für einen European Accessibility Act – den **Begriff „Barrierefreiheitsanforderungen“** statt „Zugänglichkeitserfordernisse“ **zu verwenden. Dies dient der Rechtsicherheit**. Die Erläuterungen des Begutachtungsentwurfs verwenden ohnehin den Begriff „**Barrierefreiheitsanforderungen**“.

Die Formulierung „soweit solche Kriterien betroffen sind“ im letzten Halbsatz des § 107 Abs. 1 ist missverständlich und sollte daher gestrichen werden.

Im Zusammenhang mit den Kosten muss auf die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) besondere Rücksicht genommen werden. Sie sichern in Österreich in einem hohen Maß die Arbeitsplätze, insbesondere auch die der Menschen mit Behinderung.

Es wird daher folgende Textierung zu § 107 vorgeschlagen (Änderungen sind als Streichungen bzw. in Fettschrift sichtbar gemacht):

Barrierefreiheit

§ 107 (1) Bei der Beschaffung einer Leistung, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen ist, sind die technischen Spezifikationen so festzulegen, dass **die Barrierefreiheitskriterien für Menschen mit Behinderung oder das Design für alle Nutzer Kriterien der Konzeption für alle Anforderungen einschließlich der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderung** berücksichtigt werden. Bestehen verpflichtende **Zugänglichkeitserfordernisse Barrierefreiheitsanforderungen** aufgrund eines Rechtsaktes der Europäischen Union, so

müssen die technischen Spezifikationen darauf Bezug nehmen. ~~, soweit solche Kriterien betroffen sind.~~

(2) Von der Verpflichtung gemäß Abs. 1 kann in ordnungsgemäß begründeten Fällen abgesehen werden. Dies ist insbesondere der Fall

1. ~~bei Leistungen oder Teilen davon, bei denen der öffentliche Auftraggeber davon ausgehen kann, dass keine Notwendigkeit einer Nutzung durch Menschen mit Behinderung zu erwarten ist wenn Barrierefreiheit aus rechtlichen oder technischen Gründen nicht möglich ist;~~
2. wenn die geschätzten zusätzlichen Kosten, insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen, aufgrund der Berücksichtigung der **Barrierefreiheitskriterien** unverhältnismäßig sind.

Zu § 151 (Besondere Dienstleistungsaufträge)

In § 151 Abs. 1 wäre zu ergänzen, dass auch die Bestimmungen der §§ 20 Abs. 5 bis 8 und 107 anzuwenden sind.

Begründung:

Gerade bei besonderen Dienstleistungen ist der zu **§ 20 Abs. 6 angeführte Lenkungsaspekt des Vergaberechts wichtig und nachhaltig zu verankern**. Dass gerade diese Punkte (soziale Aspekte, genauso wie die Berücksichtigung von in der Regel regional verankerten KMUs, bzw. innovativer Unternehmen ...) keine Berücksichtigung finden sollen, **erscheint aus Sicht des Sozialministeriums unverständlich**. Gerade Dienstleistungen, die an Menschen erbracht werden, brauchen ein hohes Maß an Zugänglichkeit, weshalb der **Verweis auf den § 107 hier wichtig erscheint**.

Anhang XVI, welcher die besonderen Dienstleistungsaufträge durch Verknüpfung mit dem Klassifikationssystem des *Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge* (kurz: *CPV*) taxativ aufzählt, wirft einige Fragen auf:

Zunächst wäre es wünschenswert, die unter lit. B des Anhangs XVI aufgeführten und mit *CPV-Code 75000000-6* klassifizierten **Dienstleistungen der** (öffentlichen Verwaltung, Verteidigung und) **Sozialversicherung** von den in lit. C des Anhangs XVI eingereihten **Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung** (*CPV-Code 75300000-9*) abzugrenzen. Dazu kommt noch, dass Letztere gemäß einem Zusatz zu Anhang XVI lit. C dann nicht dem Anwendungsbereich des BVergG 2017 unterliegen, wenn sie als *nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse* organisiert werden, während bei Ersteren eine solche Ausnahmeregelung im Anhang XVI nicht angeführt ist.

Die Vergabe von „*nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*“ ist allerdings schon gemäß § 9 Abs. 1 Z 18 vom Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes ausgenommen. Die nochmalige Erwähnung dieser Ausnahme im Anhang XVI unter lit. C wäre daher genau genommen nur dann nicht entbehrlich, wenn damit ein über die Klarstellung hinausgehender (d.h., nicht nur ein deklarativer) Zweck verfolgt wird.

„*Nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*“ sind aber nicht nur im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung denkbar: So sind etwa die mit dem *CPV-Code 75241100-8* klassifizierten Dienstleistungen der Polizei dem Anhang XVI lit. K. zugeordnet, ohne dass ausdrücklich bestimmt wird, dass die unter lit. K aufgezählten „*nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*“ nicht dem Anwendungsbereich des Bundesvergabegesetzes unterliegen, obwohl der von der Europäischen Kommission am 29.4.2013 veröffentlichte „*Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse*“ die „*Tätigkeiten der ... Polizei*“ als Beispiel für nichtwirtschaftliche Tätigkeiten aufzählt (vgl. Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen vom 29.4.2013, SWD(2013) 53 final/2, S. 34).

Unter diesen Umständen müsste aber die im Anhang XVI lit. C (Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung) vorgesehene Ausnahme vom Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes für „*nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*“ (s. § 9 Abs. 1 Z 18) eigentlich für alle litterae (Abschnitte) dieses Anhangs gelten, ist aber nur in lit. C angeführt.

Dies wäre zu überprüfen und gegebenenfalls zu erläutern. **Zusätzlich sollte in die Erläuterungen ein Hinweis aufgenommen werden, mit welchen Merkmalen der Begriff der „*nichtwirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse*“ definiert werden soll.** Der oben zitierte Leitfaden der Kommission vom 29.4.2013 könnte dafür Anhaltspunkte liefern.

Der im Anhang XVI unter Buchstabe A (Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen) unter Punkt 87 sowie der auf Seite 215 (Dienstleistungsaufträge, die gemäß den §§ 152 Abs. 1 oder 313 Abs. 1 partizipatorischen Organisationen vorbehalten werden können) unter Punkt 94 verwendete Begriff „Behindertenfürsorgeleistungen“ ist in seiner paternalistischen Diktion nicht mehr zeitgemäß. Der Begriff sollte durch den Begriff „Unterstützungsleistungen für Menschen mit Behinderung“ oder zumindest durch den Begriff „Behindertenhilfeleistungen“ ersetzt werden.

Zu § 152 (Partizipatorischen Organisationen vorbehaltene Dienstleistungsaufträge)

Die Feststellung (durch öff. Auftraggeber) und die Geltendmachung von Vorbehaltstrechten durch sog. „*partizipatorische Organisationen*“ könnte sich in der Praxis deshalb als nicht ganz einfach erweisen, weil die neue EU-Vergaberichtlinie den Begriff „*partizipatorisch*“ gar nicht und der vorliegende Entwurf teilweise „*idem per idem*“, also gleichsam durch sich selbst, definiert. Laut Gesetzeswortlaut sind „*partizipatorische Organisationen*“ Rechtsträger, deren „... Gewinnausschüttungen ... auf partizipatorischen Überlegungen“ und deren „Management- oder Eigentümer-struktur“ ... „auf partizipatorischen Grundsätzen“ [beruht].“

Der Begriff der auf partizipatorischen Grundsätzen beruhenden Management- oder Eigentümerstruktur könnte eventuell als Beteiligung von Dienstnehmern oder sogar von Begünstigten und Nutzern der gemeinnützigen Dienstleistungen an Entscheidungsprozessen des betreffenden Unternehmens verstanden werden, die auch in die Willensbildung auf höheren Managementebenen eingreift.

Die Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage bieten diesbezüglich kaum Unterstützung.

Ohne eine genauere Regelung des Begriffs „*partizipatorisch*“ ist jedenfalls zu befürchten, dass öffentliche Auftraggeber diesen Begriff uneinheitlich auslegen, mit zahlreichen Bieteranfragen samt darauf folgenden Nachprüfungsverfahren konfrontiert werden und erst nach Ablauf einer gewissen Zeit auf dem Boden einer gefestigten Rechtsprechung rechts sichere Entscheidungen treffen können.

Zu § 368 (Meldepflichten bei Bauaufträgen)

Diese Bestimmung wird aus Sicht des BUAG begrüßt. Die Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungs kasse (BUAK) ist bereits derzeit zum Zwecke des Erfassens und der erleichterten Kontrolle von Baustellen ermächtigt, die freiwillig von Auftraggebern i.S.d. BVergG 2006 zu Baustellen gemeldeten, in § 31a Abs. 1 Z 2 lit. a bis d BUAG näher bezeichneten Daten zu verarbeiten. Aufgrund der Freiwilligkeit ist eine vollständige Erfassung der Baustellen von Auftraggebern i.S.d. BVergG nicht gewährleistet. Die Schaffung der Meldepflicht in § 368 BVergG 2017 i.d.F. des Entwurfs dient somit zur Sicherstellung der vom Staat der BUAK übertragenen Kontrollaufgaben in diesem Bereich.

Zu hinterfragen ist jedoch der Umstand, dass die Verpflichtung zur Meldung erst bei Übersteigen einer Auftragssumme in Höhe von 100.000 € eintritt. Diese Voraussetzung soll nach den erläuternden Bemerkungen sowohl bei Erteilung des Zuschlages eines Bauauftrages als auch bei der Vergabe eines Loses eines Bauauftrages gelten. Dies sollte klarer im Gesetzestext zum Ausdruck kommen.

Weiters stellt sich die Frage, wieso der Unternehmensgegenstand des Auftragnehmers als auch der Subunternehmer nicht zu melden ist.

Des Weiteren wäre klarzustellen, dass unter Subunternehmer auch eine Subunternehmerkette zu subsumieren ist und dass die Vorschrift für sämtliche Bauaufträge gilt, d.h. sowohl im Ober- als auch im Unterschwellenbereich.

Zu Artikel 3 (Änderung des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012):**Zu den §§ 60 bis 62 (nicht Gegenstand des Entwurfs)**

Das BVergGVS 2012 nimmt in den §§ 60 bis 62 auf Bestimmungen des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) zur Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping Bezug. Dazu wären – wie im Entwurf im Artikel 1 für die entsprechenden Bestimmungen vorgesehen – Vorschläge für Änderungen vorzusehen, in denen auf die entsprechenden Bestimmungen des Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetzes (LSD-BG) Bezug genommen wird.

Zu § 75 (nicht Gegenstand des Entwurfs)

Es sollte angedacht werden, einen Vorschlag für eine Änderung des § 75 Abs. 2 entsprechend dem § 93 Abs. 2 und § 264 Abs. 2 BVergG 2017 vorzusehen.

Mit freundlichen Grüßen

Für den Bundesminister:

Dr. ⁱⁿ Brigitte Zarfl

Elektronisch gefertigt.