



PENSIONSVERSICHERUNGSANSTALT

Hauptstelle

Friedrich-Hillegoist-Straße 1
1021 Wien / Österreich
www.pensionsversicherung.at

Telefon: 050303-23010
Telefax: +43(0)50303-23090
Ausland: +43/50303
pva@pensionsversicherung.at



Präs.Zl. 381/17
HGBG/HI/May

**Hauptverband der österreichischen
Sozialversicherungsträger
Kundmannagasse 21
1031 Wien**

21. MRZ. 2017

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2017 – BVergG 2017) erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 (BVergGVS 2012) geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017)

Ihr Mail vom 9. Februar 2017, Zl. REP-44.66/17/0001

Seitens der Pensionsversicherungsanstalt (PVA) wird zum o.a. Entwurf nachstehende Stellungnahme übermittelt:

Allgemeine Anmerkungen zum Gesetzesentwurf:

In den Gesetzesmaterialien finden sich erfreulicher Weise umfangreiche Ausführungen zum 4. Teil des BVergG 2017 (Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht), selbst zu jenen Gesetzesbestimmungen, welche durch das Vergaberechtsreformgesetz inhaltlich keine Änderung erfahren.

Hinsichtlich zahlreicher Bestimmungen der übrigen Teile des Gesetzes werden hingegen entsprechende Erläuterungen vermisst. Hintergrund und Bedeutung der Änderungen und Neuerungen lassen sich erst nach Abgleich mit dem BVergG 2006, den maßgeblichen Richtlinienbestimmungen und den Erwägungsgründen erschließen oder erahnen. Ein Hinweis auf die entsprechenden Regelungen der Richtlinie 2014/24/EU und deren Erwägungsgründe würde die Rechtsanwendung erleichtern.

Ad § 3 BVergG 2017 – Verfahren, die unterschiedlichen Regelungen unterliegen:

Die Anwendung des BVergG 2017 bzw. der maßgeblichen Bestimmungen im Falle „gemischter“ Vergabeverfahren ist gemäß § 3 im Wesentlichen davon abhängig, ob die Leistungsteile objektiv trennbar sind oder nicht. Es stellt sich hierbei die zentrale Frage, unter welchen Gesichtspunkten eine Leistung objektiv trennbar ist.

Im Hinblick auf Erwägungsgrund 11 erster Absatz der dem Gesetzesentwurf zu Grunde liegenden Richtlinie (*„...es sollte daher klargestellt werden, wie öffentliche Auftraggeber festzustellen haben, ob eine Trennung der unterschiedlichen Teile möglich ist.“*) und im Interesse der Rechtssicherheit wird eine Erklärung des Begriffes der objektiven Trennbarkeit in den Erläuterungen unter Anführung von Beispielen (wie etwa „öffentliche Parkhaus“ lt. Erwägungsgrund 11 zweiter Absatz der Richtlinie) angeregt.

In § 3 BVergG 2017 wird das Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionen – BVergGKonz 2017 erwähnt. Das parlamentarische Verfahren zur Erlassung dieses Gesetzes wurde bis dato allerdings noch nicht eingeleitet. Sofern ein gleichzeitiges Inkrafttreten beider Gesetze nicht erfolgt, geht der Verweis in § 3 ins Leere. Leider sind auch den Erläuterungen keine Hinweise darauf zu entnehmen. Im Hinblick auf die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der Richtlinie 2014/23/EU bzw. einzelner Bestimmungen derselben wären entsprechende Ausführungen in den Gesetzesmaterialien wünschenswert.

Ad § 4 BVergG 2017 – Öffentliche Auftraggeber und sonstige zur Anwendung von Bestimmungen dieses Bundesgesetzes verpflichtete Auftraggeber:

Laut den Erläuterungen enthält § 4 unverändert die Regelung des persönlichen Geltungsbereiches. Bei Vergleich mit dem korrespondierenden § 3 BVergG 2006 ist allerdings festzustellen, dass dessen Absätze 4 und 5 zur Gänze fehlen.

Ad §§ 5 bis 8 BVergG 2017 – Auftragsarten:

Auch in diesen Bestimmungen sind Änderungen im Vergleich zur geltenden Regelung zu erkennen, obwohl in den Erläuterungen von inhaltlich unveränderten Regelungen die Rede ist. Insbesondere die Definition der Dienstleistungsaufträge gemäß § 6 ändert sich maßgeblich aufgrund des Entfalls der Unterscheidung zwischen prioritäre und nichtprioritäre Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III und IV des BVergG 2006. Weiters wird der Rechtsanwender über die Gründe für den Entfall der Definition von Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen und die geplante Vorgangsweise im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie 2014/23/EU (mit Ausnahme der Abgrenzungsregelungen des § 3 und eines Hinweises zum 4. Teil – Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht) leider im Unklaren gelassen.

In diesem Kontext stellt sich in weiterer Folge die Frage, ob gemäß der „neuen“ Definition von Dienstleistungsaufträgen („entgeltliche Verträge, die keine Bau- oder Lieferverträge sind“) nicht auch Dienstleistungs- oder Baukonzessionsverträge im Sinne der Richtlinie 2014/23/EU als Dienstleistungsaufträge im Sinne des BVergG 2017 verstanden werden müssten.

Durch eine gesetzliche Regelung (analog § 9 Abs 1 Z 1 BVergG 2017 betreffend Aufträge im Versicherungs- und Sicherheitsbereich), wonach die Bestimmungen des BVergG 2017 nicht für Konzessionsverträge gemäß BVergGKonz 2017 bzw. der Richtlinie 2014/23/EU (bzw. allenfalls in eingeschränktem Ausmaß) gelten, könnte Rechtssicherheit erzielt werden.

Ad §§ 9 bis 11 BVergG 2017 – Ausnahmen vom Geltungsbereich:

Vom Geltungsbereich des BVergG 2017 ausgenommen sind gemäß § 9 Abs 1 Z 18 Dienstleistungsaufträge über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse.

Gemäß Anhang XVI Punkt C. (in Übereinstimmung mit der Fußnote 1 zu Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU) unterliegen Dienstleistungen dann nicht dem Anwendungsbereich des BVergG 2017 (bzw. der genannten Richtlinie), wenn sie als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert sind.

Lediglich in den Erläuterungen findet sich der Hinweis, dass Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (z.B. Kur- und Rehabilitierungen) als Dienstleistungsaufträge über nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gelten.

Der Gesetzgeber geht sohin scheinbar davon aus, dass Kur- und Rehabilitierungen als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert sind. Erwägungsgrund 114 folgend steht es den Mitgliedstaaten und Behörden auch künftig frei, „*diese Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist, beispielsweise durch die Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen – ohne Beschränkungen oder Festsetzung von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen; Voraussetzung ist hierbei allerdings, dass ein solches System eine ausreichende Bekanntmachung gewährleistet und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt.“*

Erläuterungen zur Begründung der Qualifikation von Kur- und Rehabilitierungen als nicht wirtschaftliche, von allgemeinem Interesse organisierte Dienstleistungen werden leider vermisst.

In den Erwägungsgründen 5 und 6 der dem gegenständlichen Gesetzesentwurf zugrunde liegenden Richtlinie 2014/24/EU wird ua darauf hingewiesen, dass die Mit-

gliedstaaten nicht verpflichtet werden, die Erbringung von sozialen Dienstleistungen durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne der Richtlinie zu organisieren. Dabei werden ua als ein Anwendungsfall die Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung genannt. Zudem wird festgehalten, dass es den Mitgliedstaaten frei steht, gesetzliche soziale Dienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder als nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als eine Mischung davon zu organisieren.

Der Erwägungsgrund 114 der RL 2014/24/EU erwähnt ua als eine Form der Organisation von Dienstleistungen, die nicht mit der Vergabe von öffentlichen Aufträgen verbunden ist, die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen – ohne Beschränkungen oder Festsetzungen von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen, sofern bei einem solchen System die Grundsätze der Transparenz (Bekanntmachung) und Nichtdiskriminierung eingehalten werden.

Vor diesem Hintergrund ist festzustellen, dass mittels der gegenständlichen Bestimmung von dem in der RL 2014/24/EU eingeräumten Regelungsspielraum, nämlich Dienstleistungen von nicht wirtschaftlichem Interesse aus dem Geltungsbereich des BVerG 2017 auszunehmen, Gebrauch gemacht werden soll, jedoch der Wortlaut der Norm selbst keine Aussage dazu trifft, welche Dienstleistungen als nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse gelten bzw. wie sie als solche organisiert werden. Dieser Umstand wiegt umso schwerer, als in den allgemeinen Erläuterungen zum § 9 die ständige Judikatur des EuGH ausgeführt wird, wonach die Ausnahmetatbestände, welche die Anwendung des Unionsrechtes ausschließen, insbesondere im Hinblick auf die dadurch bewirkte Einschränkung der Grundfreiheiten eng auszulegen sind und die Beweislast dafür, dass eine solche Ausnahme vorliegt, bei demjenigen liegt, der sich darauf beruft. Demgemäß ist die Regelungstechnik des Entwurfes mit dem Ziel, die Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herauszunehmen, dieses Vorhaben jedoch nur in einem Satz in den Erläuterungen zu den Ausnahmetatbeständen zu erwähnen, als zu unbestimmt und im Lichte der dort zitierten EuGH Judikatur als auch der vorstehend erwähnten Erwägungsgründe der RL 2014/24/EU, als nicht ausreichend anzusehen. Sollte daher die Normierung eines solchen Ausnahmetatbestandes vom Gesetzgeber gewünscht sein, wird die Aufnahme der beabsichtigten Ausnahme für Dienstleistungen der Sozialversicherung im Rahmen von Dienstleistungen von nicht wirtschaftlichem Interesse in der erforderlichen Determinierung im Gesetzestext selbst empfohlen.

Zudem ist im Sinne der Rechtssicherheit erforderlich, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen dafür geschaffen werden, dass die Dienstleistungen der Sozialversicherung im Sinne der RL 2014/24/EU als nicht wirtschaftliche von allgemeinem Interesse organisiert werden (können). Ob dies vor dem Hintergrund der vom EuGH dazu ent-

sens unter den Kategorien 85312500-4 – Rehabilitation und 85111400-4 – Rehabilitationsmaßnahmen im Krankenhaus.

Eine dem Punkt C. des Anhangs XVI entsprechende Festlegung, wonach diese Dienstleistungen nicht dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegen, wenn sie als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert sind, ist dem Punkt A. nicht zu entnehmen und würde eine solche wohl auch der Richtlinie 2014/24/EU widersprechen, da sich die in der Fußnote 1 des Anhangs XIV der Richtlinie normierte „Ausnahmeregelung betreffend nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ ausschließlich auf die Gruppe 75300000-9 – Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung bezieht.

Bei Kur- und Rehabilitationsleistungen im Sinne des ASVG handelt es sich zwar sehr wohl um Leistungen der gesetzlichen Sozialversicherung, jedoch sind für die Abgrenzung des Anwendungsbereiches dieses Bundesgesetzes gemäß § 30 BVergG 2017 die jeweils aktuellen Bezeichnungen und Codes des CPV zu verwenden. Im Hinblick darauf, dass zudem die Ausnahmetatbestände, die die Anwendung des Unionsrechts ausschließen, eng auszulegen sind, erscheint in rechtlicher Hinsicht eine Zuordnung von Kur- und Rehabilitationsleistungen unter Punkt A. anstelle von Punkt C. des Anhangs XVI geboten, wodurch jedoch eine Ausnahme dieser Leistungen vom Geltungsbereich des BVergG 2017 bzw. der Richtlinie 2014/24/EU nicht begründet werden könnte.

Im Hinblick auf die Widersprüchlichkeiten bzw. Doppelgleisigkeiten wird schließlich eine Anpassung der CPV-Nomenklatur an die Systeme der Sozialen Sicherheit der einzelnen Mitgliedstaaten angeregt.

Ad § 13 BVergG 2017 – Allgemeine Bestimmungen betreffend die Berechnung des geschätzten Auftragswertes:

Im Hinblick auf die praktische Relevanz der Neuerung des § 13 Abs 4, wonach die Auftragswertschätzung auch auf der Ebene eigenständiger Organisationseinheiten erfolgen kann, wenn die betreffende Einheit selbstständig für ihre Auftragsvergaben oder bestimmte Kategorien von Auftragsvergaben zuständig ist, werden entsprechende Konkretisierungen angeregt. Da sich nähere Ausführungen dazu in der Richtlinie 2014/24/EU finden, würden Erläuterungen in den Gesetzesmaterialen die Rechtsanwendung erleichtern.

Ad § 20 Abs 8 BVergG 2017 – Grundsätze des Vergabeverfahrens:

Gemäß dieser Bestimmung soll die Konzeption und Durchführung eines Vergabeverfahrens nach Möglichkeit so erfolgen, dass kleine und mittlere Unternehmen am Vergabeverfahren teilnehmen können.

winkelten Rechtsprechung (z.B. EuGH Rs C-157/99 Smits und Peebooms) möglich ist, darf dahingestellt bleiben.

Nicht unerwähnt bleiben sollen an dieser Stelle die mit dem Vereinbarungsumsetzungsgesetz 2017, BGBL. I/2017/26, in dessen Artikel 2 erfolgten Änderungen des Bundesgesetzes über Krankenanstalten und Kuranstalten (kurz KAKuG), konkret die Bestimmungen der §§ 3 Abs 2 und 3a Abs 2 KAKuG (jeweils Schlusssätze) bilden. Darin hält der Gesetzgeber (erstmals) im Zusammenhang mit Verfahren zur Erteilung von Errichtungsbewilligungen für stationäre oder ambulante Krankenanstalten fest:

„Sofern ein Vertragsvergabeeverfahren der Sozialversicherung über den verfahrensgerächtlichen Leistungsumfang anhängig ist oder innerhalb von drei Monaten nach Zustellung der Entscheidung über den Bedarf eingeleitet wird, ist Voraussetzung für die Erteilung der Errichtungsbewilligung darüber hinaus auch eine Vertragszusage der Sozialversicherung auf Grund dieses Vertragsvergabeeverfahrens.“

Die Landesgesetzgeber sind gemäß § 65 b Abs 4 KAKuG seit Inkrafttreten mit 18.01.2017 verpflichtet, in den jeweiligen Ausführungsgesetzen binnen 6 Monaten entsprechende Regelungen zu erlassen. Diese Verpflichtung zu erfüllen hätte zur Folge, dass diese dem Geltungsbereich des BVerG 2017 widersprechen könnten bzw. die vorgesehenen Regelungen ins Leere gingen. Bei Unterbleiben von Regelungen in der vorgesehenen Frist müsste der Bund in Kenntnis der Problematik diese Ausführungsbestimmungen selbst erlassen oder die Bestimmungen des KAKuG den Vorgaben des BVerG 2017 entsprechend neu anpassen.

Weiters darf auf folgenden, sich nach der Systematik des Anhangs XVI und der darin enthaltenen CPV-Nomenklatur ergebenden Widerspruch im Zusammenhang mit der Zuordnung von Kur- und Rehabileistungen unter Punkt C. – Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (CPV-Code 75300000-9) – hingewiesen werden. Unter dieser Gruppe finden sich nämlich zwar nachstehende Klassen bzw. Kategorien

- 75310000-2 – Beihilfen, Unterstützungsleistungen und Zuwendungen
- 75311000-9 – Krankenkassenleistungen
- 75312000-6 – Mutterschaftsbeihilfe
- 75313000-3 – Unterstützung bei Erwerbsunfähigkeit
- 75314000-0 – Arbeitslosenunterstützung
- 75320000-5 – Pensionsregelung für öffentlich Bedienstete
- 75330000-8 – Familienbeihilfen
- 75340000-1 – Kindergeld,

nicht jedoch Kur- und Rehabilitationsleistungen.

Die Dienstleistung der Rehabilitation findet sich allerdings explizit unter dem Punkt A. des Anhangs XVI - 85000000-9 – Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwe-

In diesem Zusammenhang wird zu bedenken gegeben, dass aufgrund der Bestimmungen über die Ermittlung des geschätzten Auftragswerts gemäß §§ 13 f BVergG 2017 im Zusammenhang mit der Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (beispielsweise anhand von Mindestjahresumsätzen gemäß Anhang X) KMUs für die Vergabe von Leistungen oftmals nicht in Betracht kommen, insbesondere wenn eine Vergabe in Losen nicht möglich ist.

§ 13 Abs 4 BVergG 2017 (Auftragswertschätzung auf der Ebene eigenständiger Organisationseinheiten) vermag neue Möglichkeiten in diese Richtung zu eröffnen. Eine weitergehende effektive Förderung von KMUs wäre allenfalls durch die Ermöglichung einer Auftragswertermittlung nach regionalen Gesichtspunkten durch Ausweitung des § 13 BVergG 2017 vorstellbar.

Ad §§ 43 f BVergG 2017 – nur im Unterschwellenbereich zugelassene Vergabeverfahren:

Zur konsequenten Fortführung der mit der BVergG Novelle 2012 intendierten Vereinfachung des Vergaberegimes im Unterschwellenbereich und vor dem Hintergrund der Schwellenwerteverordnung 2012 wird angeregt, die Wertgrenzen für die Zulässigkeit von Verhandlungsverfahren und nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung anzupassen. Seit Inkrafttreten der Schwellenwerteverordnung 2009 ist diesen beiden Verfahrensarten (mit Ausnahme der Möglichkeit der Durchführung von nicht offenen Verfahren bei Bauaufträgen) die Relevanz genommen.

Eine Anhebung auf einen EUR 100.000,00 übersteigenden Wert (EUR 130.000,00) für Liefer- und Dienstleistungsaufträge würde eine ausgewogene Systematik und Anwendung der verschiedenen Verfahrensarten sicherstellen.

Gleichzeitig wird eine Ausweitung des transparenten und in der Praxis bewährten Verfahrens der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung durch Anhebung der Wertgrenzen gemäß § 47 Abs 2 BVergG 2017 (EUR 150.000,00 für Liefer und Dienstleistungsaufträge und EUR 750.000,00 für Bauaufträge) angeregt.

Darüber hinaus würde eine gesetzliche Verankerung der seit vielen Jahren bewährten Direktvergabe bis zum Wert von EUR 100.000,00 die Legitimation der bisherigen Vergabepraxis stärken. Der Judikatur des EuGH könnte dadurch Rechnung getragen werden, dass die Unzulässigkeit von Direktvergaben – auch unterhalb dieses Schwellenwertes – für jene Fälle festgelegt wird, welche ein grenzüberschreitendes Interesse begründen.

Ad § 48 Abs 13 BVergG 2017 – Elektronische Kommunikation:

Zu bedenken gegeben wird, dass viele öffentliche Auftraggeber – wie auch die PVA – bereits elektronische Vergabeplattformen im Einsatz haben. Durch die verpflichtende Verwendung einer bestimmten Kommunikationsplattform wären die Aufwendungen im

Zusammenhang mit der Beschaffung und Implementierung dieser Plattformen – zumindest teilweise – frustriert.

Weiters wird das angestrebte Ziel der Homogenität der Abwicklung von Vergabeverfahren durch eine Festlegung unterschiedlicher Plattformen in den einzelnen Bundesländern gerade nicht erreicht. Die Frage nach der Zulässigkeit der Festlegung bestimmter Kommunikationsplattformen nach europarechtlichen Gesichtspunkten (v.a. in vergabe- und wettbewerbsrechtlicher Hinsicht) darf dahingestellt bleiben.

Ad § 66 Abs 1 BVergG 2017 – Bekanntgaben in Österreich:

Der Wert von EUR 50.000,00 scheint sich an der Direktvergabegrenze gemäß § 46 Abs 2 BVergG 2017 zu orientieren, und ist daher für den Zeitraum der Geltung der Schwellenwerteverordnung 2012, welche eine Direktvergabegrenze von EUR 100.000,00 vorsieht, nicht stimmig.

Vor allem ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die im vorliegenden Entwurf vorgesehene verpflichtende Bekanntgabe von vergebenen Aufträgen ab EUR 50.000,00 einen enormen und kostenwirksamen Anstieg des Verwaltungsaufwandes im öffentlichen Auftragswesen bewirken würde.

Ad § 67 BVergG – Berechnung der Fristen:

Im Sinne einer rechtsanwenderfreundlichen Gestaltung wird um Übernahme der in den Erläuterungen angeführten Fristenberechnungsregelungen in den Gesetzestext – analog § 56 BVergG 2006 – ersucht. Ein Hinweis in den Erläuterungen auf jene Bestimmungen, welche sich im Vergleich zur geltenden Rechtslage ändern, wäre weiters hilfreich.

Ad § 78 BVergG 2017 – Ausschlussgründe:

§ 78 Abs 1 Z 9:

Der Richtlinientext nimmt Bezug auf „einen früheren öffentlichen Auftrag“, einen früheren Auftrag mit einem Auftraggeber oder einen früheren Konzessionsvertrag, während sich § 78 nur auf einen früheren Auftrag oder einen früheren Konzessionsvertrag bezieht. Dies lässt darauf schließen, dass Mängel bei der Erfüllung von Aufträgen von Relevanz sind, unabhängig davon, ob es sich um öffentliche Aufträge handelt oder nicht. Weiters könnte angenommen werden, dass keine Auftraggeberidentität geben sein muss. Jegliches „erhebliche“ einmalige Fehlverhalten eines Unternehmens könnte somit theoretisch zu einem dauerhaften Ausschluss von allen öffentlichen Aufträgen führen, was sehr streng erscheint.

Gleichzeitig darf jedoch angemerkt werden, dass diese Bestimmung grundsätzlich begrüßt wird, insbesondere im Hinblick auf eigene „negative Erfahrungen“ eines öffentlichen Auftraggebers.

Zu Abs 1 Z 11 lit. c wird angemerkt, dass der Nachweis der Fahrlässigkeit einer irreführenden Information schwer zu erbringen sein wird. Darüber hinaus stellt sich die Frage, in wie weit die Begriffe „Irreführung“ (unter der Annahme, dass es sich hierbei um eine bewusst gesetzte Handlung handelt) und „fahrlässig“ einander ausschließen.

Zudem ist festzustellen, dass die Ausschlussgründe der Z 11 laut dem Wortlaut der Richtlinie (Art. 57 Abs. 4) den Auftraggeber zum Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren ermächtigen, jedoch nicht verpflichten. Der Gesetzestext schränkt den von der Richtlinie eingeräumten Ermessensspielraum sohin ein.

Problematisch wird die Festlegung einer Verpflichtung anstelle eines Ermessens vor allem im Hinblick auf die Frage der Nachweisbarkeit eines (bloßen) Versuches der in lit. a bis c angeführten Handlungen gesehen.

Zu Abs 4 Z 3 ist zu hinterfragen, welcher weitere Anwendungsbereich für einen anderen als die in den Z 1 und 2 angeführten Ausschlussgründe besteht. Ein Beispiel in den Erläuterungen würde eine rechtsrichtige Anwendung dieser Bestimmung erleichtern.

Ad § 86 BVergG 2017 – Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer:

Im Lichte der Judikatur des EuGH (v.a. C-324/14, *Partner Apelski Dariusz*) kann nicht nachvollzogen werden, weshalb sich der zweite Satz dieser Bestimmung nur auf die berufliche Befähigung gemäß Anhang XI, und insbesondere weiters nur auf dessen Abs 2 Z 4 und Abs. 3 Z 5 bezieht. Dass sich ein Unternehmer nur auf die Kapazitäten jener Unternehmer stützen kann, welche die diesen Kapazitäten entsprechende Leistung tatsächlich erbringen werden, sollte beispielsweise auch für den Nachweis von Referenzen und dergleichen gelten.

Ad 89 Abs 4 BVergG 2017 – Zur-Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen:

Weshalb die Identität der Unternehmer, denen die Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestellt werden, selbst Mitarbeitern des öffentlichen Auftraggebers, der vergebenden Stelle oder eines im Namen des öffentlichen Auftraggebers handelnden Beschaffungsdienstleisters, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind, nicht preisgegeben werden darf, ist nicht nachvollziehbar, zumal sich eine entsprechende Bestimmung in der Richtlinie 2104/24/EU nicht findet.

Im Hinblick auf die nicht differenzierte Anwendbarkeit dieser Bestimmung auf alle Arten von Vergabeverfahren (mit Ausnahme von Direktvergaben), darf darauf hingewiesen werden, dass die Anwendung dieser Regelung in nicht offenen und Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung schlicht unmöglich ist.

Ad § 91 BVergG 2017 – Inhalt der Ausschreibungsunterlagen:

Dass Alternativangebote nunmehr auch bei Anwendung des Billigstangebotsprinzips zulässig sind, wird grundsätzlich begrüßt, obwohl die praktische Relevanz von Alter-

nativangeboten aufgrund der Schwierigkeit der Festlegung von Mindestanforderungen im Hinblick auf deren Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung weiterhin begrenzt sein wird.

Zu § 91 Abs 9 BVergG 2017 darf angemerkt werden, dass bei elektronischen Angeboten Rechenfehler aus technischen Gründen nicht (mehr) auftreten, sodass dieser Bestimmung mit der vollelektronischen Abwicklung von Vergabeverfahren der praktische Anwendungsbereich fehlt.

Ad § 92 Abs 4 BVergG 2017 – Berechnung von Lebenszykluskosten:

Der Verweis auf Anhang XII geht ins Leere, da darin keine Modelle der Lebenszykluskostenberechnung ausgewiesen sind.

Ad § 133 Abs 4 BVergG 2017 – Öffnung der Angebote:

Der Entfall der verpflichtenden Angebotsöffnung unter Bieterbeteiligung ist zu begrüßen, da die Erfahrung gemacht wurde, dass das Interesse der Bieter, an der Angebotsöffnung teilzunehmen, bei elektronisch abgewickelten Vergabeverfahren tendenziell abnimmt.

In der Praxis wird von den Bietern derzeit im Übrigen in der Regel lediglich eine Gegeüberstellung der verlesenen Preise, nicht jedoch des gesamten Öffnungsprotokolls gewünscht.

§ 114 Abs 2 BVergG 2017 – Ablauf des Verhandlungsverfahrens:

Hinsichtlich des letzten Satzes des Abs 6 wird aus Gründen der Rechtssicherheit um Konkretisierung ersucht, wie viele Angebote in der Schlussphase noch vorliegen müssen, damit ein „echter Wettbewerb“ gewährleistet wird.

Ad § 151 BVergG 2017 – Besondere Dienstleistungsaufträge:

Mit dieser Bestimmung und dem nachfolgenden § 152 BVerG 2017 wird die in den Artikeln 74 bis 77 sowie dem zugehörigen Anhang XIV der RL 2014/24/EU geregelte Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen umgesetzt. Positiv im Unterschied zum derzeitig geltenden Verweis im § 6 BVerG 2006 auf die Anhänge III und IV fällt auf, dass der Entwurf in Aufgabe der Unterteilung in prioritäre bzw. nicht prioritäre Dienstleistungen durch den Anhang XVI (Auflistung von CPV-Codes) konkret jene Dienstleistungen festlegt, für deren Vergabe das BVerG 2017 nur bezogen auf die im Absatz 1 genannten Bestimmungen anwendbar ist, wodurch die Subsumtion von Tatbeständen für den Rechtsanwender erleichtert wird.

Im Unterschied zum derzeitig noch geltenden BVerG 2006 werden jedoch wesentlich mehr Bestimmungen aus dem Entwurf, insbesondere hinsichtlich der Eignung der Unternehmer und die Ausschreibung selbst betreffend, für die Vergabe von besonderen Dienstleistungsaufträgen für anwendbar erklärt. Diese Regelungsfülle kann aus den Vorgaben der vorstehend genannten Artikel der Richtlinie RL 2014/24/EU nicht

entnommen werden (es werden dort lediglich die Veröffentlichung der Bekanntmachungen und Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen geregelt), in den erläuterten Bemerkungen selbst wird darauf verwiesen, dass die Richtlinie kein bestimmtes Verfahren sondern nur rudimentäre Regelungen vorsieht und die in der Richtlinie eingeräumte freie Verfahrensgestaltung – unter Beachtung primärrechtlicher Vorgaben – so weit wie möglich auch innerstaatlich zur Geltung kommen soll.

Auch ist festzuhalten, dass der Entwurf – wie auch das BVerG 2006 – entgegen den Vorgaben der RL 2014/24/EU das für den Oberschwellenbereich (die RL 2014/24/EU sieht dazu einen neuen Schwellenwert gemäß Artikel 4 lit d in Höhe von EUR 750.000,00 vor) vorgesehene Regime im Wesentlichen auch für den Unterschwellenbereich für anwendbar erklärt. Als Ausgleich dazu werden im Absatz 5 der Norm höhere Schwellenwerte für eine Direktvergabe bzw. Direktvergabe mit Bekanntmachung vorgesehen.

Begründet wird dies in den Erläuterungen mit der Rechtsprechung des VfGH bzw. EuGH zum Unterschwellenbereich. Laut VfGH widerspricht das Fehlen jeglicher Regelungen (kein Minimum an Verfahrensgarantien) dem Gleichheitsgrundsatz, der VfGH schließt jedoch nicht die Zulässigkeit von vereinfachten Verfahren in diesem Bereich aus. Nach Ansicht des EuGH sind auch in diesem Bereich die unionsrechtlichen Grundsätze des Arbeitsvertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) einzuhalten. Schon aus dieser Darstellung wäre ein Abgehen von der Regelungsdichte des Oberschwellenregimes für den Unterschwellenbereich begründbar (z.B. mittels sinngemäßer Beibehaltung der im § 141 Abs 2 BVerG 2006 aufgenommenen Formulierung) und nicht noch weitere Regelungen wie die im Absatz 5 vorgesehenen neuen Schwellenwerte für eine Direktvergabe, einzuführen. Verfahrensgarantien werden durch die vorgesehene Veröffentlichung der Bekanntmachungen auch in diesem Bereich ohnehin gewährleistet.

Wie bereits in der Stellungnahme zu § 43 f BVergG angeführt, wird somit eine Vereinfachung des Vergaberegimes im Unterschwellenbereich angeregt. Da der Schwellenwert für Vergaben dieser Leistungen bei EUR 750.000,00 liegt, ist eine Anhebung der in § 151 Abs 5 angeführten Wertgrenzen für Direktvergaben mit und ohne vorheriger Bekanntmachung oder ein gänzlicher Entfall dieser Schwellenwerte vorstellbar. Hierzu darf begründend auf die EB zu §§ 151 und 152 verwiesen werden, wonach EG 114 der Richtlinie 2014/24/EU ausführt, dass bestimmte Dienstleistungskategorien aufgrund ihrer Natur nach lediglich eine begrenzte grenzüberschreitende Dimension hätten und dies insbesondere für die sogenannten personenbezogenen Dienstleistungen gelte. Solche Dienstleistungen mit einem unter dem genannten Schwellenwert liegenden Auftragswert wären in der Regel für Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten nicht von Interesse, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte vorlägen, die das Gegenteil vermuten ließen, wie etwa eine Finanzierung grenzüberschreitender Projekte durch die Union.

Vor diesem Hintergrund wird die Prüfung des Vorliegens grenzüberschreitender Interessen im konkreten Einzelfall zweckmäßig sein. Die Festlegung von Schwellenwerten für Direktvergaben erscheint daher nicht erforderlich.

§ 363 BVerG 2017 – Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmern:

Der Entfall der Zustimmungsfiktion gemäß § 83 Abs 5 BVerG 2006 im Falle der nicht erfolgten Ablehnung des Subunternehmers binnen 3 Wochen ist sehr zu begrüßen, da die bisherige Bestimmung auch die Zustimmung zu nicht geeigneten, v.a. beruflich unzuverlässigen oder unbefugten Subunternehmern impliziert hatte.

Ad § 364 BVerG 2017:

§ 364 BVerG 2017 fehlt; auf § 363 folgt unmittelbar § 365.

§ 366 BVerG 2017 – Änderung von Verträgen während ihrer Laufzeit:

Bei Vergleich der Bestimmung des § 152 Abs 1 („Bei Vergabe der auf einer Rahmenvereinbarung beruhenden öffentlichen Aufträge dürfen die Parteien keinesfalls substantielle Änderungen an den Bedingungen der Rahmenvereinbarung vornehmen“) mit § 155 Abs 1 des vorliegenden Entwurfs ist festzustellen, dass die Wortfolge „keinesfalls substantielle ...“ durch „keine wesentliche Änderungen“ ersetzt werden soll.

In Zusammenschau mit § 366 des Entwurfs stellt sich die Frage, ob sich § 152 Abs 1 auf wesentliche Änderungen gemäß § 366 bezieht. Eine Klarstellung durch Verweis auf § 366 wird im Interesse der Rechtssicherheit empfohlen.

Zu § 366 Abs 3 Z 5 wird zu bedenken gegeben, dass die aus dem Richtlinientext übernommene Formulierung „... ein Wechsel des Auftragnehmers a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen *nicht erfolgen kann* und b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre...“ widersprüchlich ist.

Die Wortfolge „dass der Wechsel des Auftragnehmers aus technischen oder wirtschaftlichen Gründen nicht erfolgen kann“, lässt bei wörtlicher Interpretation und isolierter Betrachtung (unter Außerachtlassung der lit. b) auf eine Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch einen anderen Auftragnehmer im Sinne eines ausschließlichen Rechts oder eines nicht vorhandenen Wettbewerbs aus technischen Gründen schließen. Da es sich in diesen Fällen jedoch um Tatbestandsvoraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß Art. 32 der Richtlinie handelt, wird hierorts davon ausgegangen, dass § 366 Abs 3 Z 5 lit a) weiter im Sinne von „in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht zweckmäßig“ zu verstehen ist. Auf diese Interpretation lässt auch EG 108 der Richtlinie 2014/24/EU schließen, der wie folgt lautet:

„...in solchen Fällen kann eine Änderung des ursprünglichen Auftrags ohne neues Vergabeverfahren gerechtfertigt sein, insbesondere, wenn die zusätzlichen Lieferungen entweder als Teilersatz oder zur Erweiterung bestehender Dienstleistungen, Lieferungen oder Einrichtungen bestimmt sind und ein Wechsel des Lieferanten dazu führen würde, dass der öffentliche Auftraggeber Material-, Bau- oder Dienstleistungen mit unterschiedlichen technischen Merkmalen erwerben müsste und dies eine Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung mit sich bringen würde.“

Im Interesse der Rechtssicherheit und einer Erleichterung der Rechtsanwendung wird eine Anpassung der gesetzlichen Bestimmung vorgeschlagen, wobei bereits der Ersatz des Wortes „und“ durch „oder“ wie folgt, begleitet von einem Hinweis auf den EG 108 in den Gesetzesmaterialien, ausreichend erscheint:

- a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann ~~und-oder~~
- b) mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre.

§ 367 BVergG 2017 – Verpflichtung zur Kündigung von Verträgen:

Die Verpflichtung zur Kündigung eines Vertrages sollte nicht an das objektive Vorliegen der genannten Tatbestandsvoraussetzung geknüpft werden, sondern an die Kenntnis (oder zumindest an das Kennen müssen) des Auftraggebers über deren Vorliegen, zumal mit einer unterlassenen Kündigung durch den Auftraggeber gemäß § 377 eine Verwaltungsübertretung begangen wird, die mit einer Geldstrafe von bis zu 30 % der Auftragssumme geknüpft ist!

Weiters erschließt sich auch aus den Erläuterungen nicht, ob unter Kündigung eine Auflösung des Vertrages bzw. ein Vertragsrücktritt aus wichtigem Grund zu verstehen ist oder eine ordentliche Kündigung unter Einhaltung der vertraglich vorgesehenen Termine und Fristen.

Zur Durchsetzbarkeit dieser Bestimmung erscheint es zweckmäßig, dem Auftraggeber ein entsprechendes Recht zur sofortigen Beendigung der Verträge in den vorgesehenen Fällen einzuräumen, unabhängig davon, ob die Vertragsbestimmungen dies vorsehen.

Ad § 368 BVergG 2017 – Meldepflichten bei Bauaufträgen:

Die vermehrten Meldepflichten, wie auch der vorgeschlagene § 368, führen zu einer erheblichen und kostenwirksamen Erhöhung des Verwaltungsaufwandes im Zusammenhang mit der Vergabe von Leistungen. Hinsichtlich Rahmenvereinbarungen sollte die Meldepflicht jedenfalls auf den Abschluss der Rahmenvereinbarung (und nicht auch auf die Erteilung jedes Einzelauftrags) eingeschränkt werden. Zur Vermeidung

von Doppel- und Mehrgleisigkeiten wird weiters vorgeschlagen, diese Meldepflichten auf Vergaben im Oberschwellenbereich einzuschränken. Zudem könnte sich die Meldung auf die Bekanntmachung des vergebenen Auftrags beschränken, ein gesonderter Eintragen aller in § 368 geforderten Daten ist mit vorhandenen Personalkapazitäten nicht zu bewerkstelligen

Ad § 372 BVergG 2017 – Rücktrittsrecht des Auftraggebers vom Vertrag:

Die Überschrift betitelt mit Rücktrittsrecht, der Wortlaut der Bestimmung spricht hingegen von einem Kündigungsrecht. Dies ist umso mehr verwirrend, als § 339 BVergG 2006 ebenfalls ein Rücktrittsrecht einräumt. Die Änderung auf die Terminologie „Kündigung“ lässt darauf schließen, dass sich die rechtliche Qualität der neuen Bestimmung (Kündigung) von jener der „alten Regelung“ unterscheidet. Laut den Erläuterungen sei diese Bestimmung im Wesentlichen unverändert. Eine Klarstellung wird angeregt.

Ad § 378 BVergG 2017 – Inkrafttretens-, Außerkrafttretens- und Übergangsbestimmungen:

Ungeachtet der bereits verstrichenen Umsetzungsfrist wird ersucht, dem Rechtsanwender eine angemessene Vorlaufzeit zwischen Kundmachung und Inkrafttreten der Bestimmungen des BVergG 2017 einzuräumen, um die gesetzeskonforme Abwicklung von Vergabeverfahren sicherzustellen.

