



Legislativ- und
Verfassungsdienst

Zahl (Bitte im Antwortschreiben anführen)

2003-BG/33/266-2017

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
Bezug: BKA-600.883/0003-V/8/2017

Datum

28.03.2017

Chiemseehof

Postfach 527 | 5010 Salzburg

Fax +43 662 8042-2165

landeslegistik@salzburg.gv.at

Mag. Thomas Feichtenschlager

Telefon +43 662 8042-2290

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zum im Gegenstand bezeichneten Gesetzentwurf gibt das Amt der Salzburger Landesregierung folgende Stellungnahme bekannt:

A. Zum Bundesvergabegesetz 2017:

1. Allgemeines:

1.1. Durch das geplante Vorhaben soll insbesondere die Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (ABl. Nr L 94 vom 28. März 2014) umgesetzt werden. Die geplante Neureglung für den Bereich der Sozialen Dienstleistungen führt zu einer undifferenzierten Ausdehnung des Anwendungsbereichs des Vergaberechts auf sensible Dienstleistungen, die bislang auf Unionsebene unter Bezugnahme auf deren Besonderheit (Stichwort: „nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“) einem „milderen“ vergaberechtlichen Regime unterstellt waren, dessen Umsetzung im Rahmen des Bundesvergabegesetzes 2007 bereits jedoch als überschießend zu werten war. Durch den Wegfall der Unterscheidung zwischen prioritärer und nicht-prioritärer Dienstleistung wird diese Besserstellung (im Sinn einer Rücksichtnahme auf die Besonderheit der Leistung) weitgehend aufgehoben und nur durch einige wenige abweichende Bestimmungen (erhöhter Schwellenwert und „Rücksichtnahmegebot“ iSd § 151 Abs 2 BVergG 2017) abgemildert. Die Problematik der grundsätzlichen undifferenzierten Anwendbarkeit auf Soziale Dienstleistungen bleibt jedoch unberührt und kann aus der Sicht des Landes Salzburg, das die Bereitstellung bestimmter Betreuungs- und Versorgungsangebote als öffentliche Aufgabe wahrzunehmen und sicherzustellen hat, insbesondere vor dem Hintergrund

www.salzburg.gv.at

Amt der Salzburger Landesregierung | Landesamtsdirektion

Postfach 527 | 5010 Salzburg | Österreich | Telefon +43 662 8042 0* | post@salzburg.gv.at | DVR 0078182

der Rechtsprechung des EuGH (Unzulässigkeit der Vergabe von unbefristeten Dienstleistungsaufträgen) nicht mitgetragen werden.

1.2. Um dies nachvollziehbar darstellen zu können, muss die Besonderheit „Sozialer Dienstleistungen“ etwas ausführlicher dargestellt werden:

1.2.1. Als Träger der Kinder- und Jugendhilfe, der Behindertenhilfe und Sozialhilfe hat das Land Salzburg im Bereich der vollstationären, aber auch teilstationären Versorgung Leistungen sicherzustellen, die nicht nur der Versorgung der Angehörigen des begünstigten Personenkreises, insbesondere im pflegerischen Bereich dienen, sondern vorzugsweise bzw primär auf die Herstellung von Beziehung zwischen Betreuendem und Betreuten zielen. Dies gilt überall dort, wo es vornehmlich um die Entwicklung der Persönlichkeit („gelingende Erziehung“) und die vertrauensvolle Unterstützung im Alltag bei Vorliegen bestimmter Handicaps geht. Eine Verpflichtung zur periodisch wiederkehrenden Ausschreibung von - auch schon vergebenen - Betreuungsleistungen, etwa des Betriebes einer Kinderwohngemeinschaft im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe, würde im Falle eines „Betreiberwechsels“ zwingend willkürliche Beziehungsabbrüche nach sich ziehen. Eine Interessensabwägung zwischen den öffentlichen Interessen „Kindeswohl“ und „fairer Wettbewerb“ müsste jedenfalls für ersteres den Ausschlag geben. Auch ein ernstgenommener Gesundheits- und Verbraucherschutz (hier zugunsten der Begünstigten der Betreuungsleistung), wie ihn auch das EU-Primärrecht (Art 114 iVm Art 36 AEUV) zulässt, müsste eine Einschränkung der Anwendbarkeit des Vergaberechts zumindest für Teilbereichen von Sozialen Dienstleistungen ermöglichen. Dies müsste jedenfalls für alle Dienstleistungen gelten, bei denen eine kontinuierliche Leistungserbringung, die einen möglichst gelingenden Beziehungsaufbau zum wesentlichen Inhalt bzw als Voraussetzung hat, von der öffentlichen Hand „nachgefragt“ wird.

Dazu kommt, dass derartige Leistungen im vollstationären Bereich insbesondere im Bereich der Behindertenhilfe sehr häufig mit großen Infrastrukturinvestitionen verbunden sind, die - infolge der periodisch wiederkehrenden Verpflichtung zur Ausschreibung - jedes Mal von der öffentlichen Hand aufs Neue in voller Höhe zu finanzieren wäre. Dies würde die finanzielle Leistungsfähigkeit der öffentlichen Sozialsysteme ungebührlich und zudem in ökonomisch widersinniger Weise belasten und langfristig generell die Finanzierbarkeit derartiger Leistungen insgesamt in Frage stellen.

1.2.2. Es wird daher angeregt, in die Aufzählung des § 9 („Ausgenommene Vergabeverfahren“) ausdrücklich einen auf derartige Soziale Dienstleistungen bezogenen Ausnahmetatbestand aufzunehmen, zumindest jedoch in den Erläuterungen zu § 9 festzustellen, dass derartige Soziale Dienstleistungen unter den Ausnahmetatbestand des § 9 Abs 1 Z 18 („Dienstleistungsaufträge über nicht wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse) zu subsumieren sind. Die derzeitigen Erläuterungen zu den §§ 9 bis 11 sind jedenfalls zu unspezifisch gehalten und der Verweis auf die Interpretationshoheit des EuGH hinsichtlich der Ausnahmetatbestände ist mangels Erkenntnisgewinn verzichtbar. Statt dessen scheint hier vielmehr eine eindeutige inhaltliche Positionierung des nationalen Gesetzgebers erforderlich.

1.2.3. Ergänzend und unterstützend kann dazu auf die Umsetzung der RL 2014/24/EU in Deutschland verwiesen werden:

§ 130 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) nimmt betreffend die besonderen Dienstleistungen Bezug auf den Anhang XIV (und nicht den Anhang XVI) der Richtlinie 2014/24/EU. Somit sind Soziale Dienstleistungen, wie etwa Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe, im deutschen Gesetz nicht erwähnt. In Deutschland geht man davon aus, dass Aufträge der öffentlichen Träger der Jugendhilfe mit freien Trägern über die Erbringung von Kinder- und Jugendhilfemaßnahmen keine öffentlichen Aufträge darstellen und wegen der besonderen ver-

traglichen Konstellation überhaupt nicht ausgeschrieben werden können, da die Leistungserbringung grundsätzlich in einem Dreieckverhältnis erfolgt. Für Österreich kommt noch dazu, dass die Rechtsverhältnisse im Leistungsdreieck „öffentliche Kinder- und Jugendhilfe (als Kostenträger und Maßnahmenverantwortlicher) - von der Maßnahme betroffener Minderjähriger - private Kinder- und Jugendhilfeeinrichtung als Leistungserbringer“ mit unterschiedlichen Rechtsmodi gestaltet und auch gegen den Willen der Betroffenen gesetzt werden kann. Der Umstand, dass eine private Kinder- und Jugendhilfeeinrichtung überhaupt Leistungen im Rahmen der Jugendhilfe erbringen darf, erfordert eine behördliche Bewilligung. Eine Maßnahme der Kinder- und Jugendhilfe erfordert eine Vereinbarung zwischen Kinder- und Jugendhilfeträger, Obsorgeberechtigten/betroffenen Minderjährigen und Leistungserbringer, den sogenannten Hilfeplan, der eine privatrechtliche Vereinbarung darstellt. Erfolgt die Unterbringung gegen den Willen der Obsorgeberechtigten, so wird die Hilfeplanvereinbarung „flankiert“, allenfalls ersetzt, durch einen entsprechenden Gerichtsbeschluss. Die Abrechnung der Leistungserbringung zwischen privater Kinder- und Jugendhilfeeinrichtung und Kinder- und Jugendhilfeträger erfordert das Vorliegen einer entsprechenden privatrechtlichen Tagsatz- oder Stundensatzvereinbarung. Dies steht der Anwendbarkeit des vergaberechtlichen Regimes grundsätzlich im Weg. Dieses Leistungsdreieck ist mit Modifikationen aber auch im Bereich der Behindertenhilfe oder bei der Erbringung von Pflegeleistungen maßgeblich.

1.3. Für den Bereich der Sozialen Dienstleistungen stellt sich das geplante Vorhaben daher als eine überschießende Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU dar; der Bund wird von Seiten des Landes Salzburg daher ersucht, auf überschießende Umsetzungsregelungen, die europarechtlich nicht zwingend geboten sind, zu verzichten und entsprechende Ausnahmetatbestände zu schaffen.

2. Zu einzelnen Bestimmungen:

Zu § 30 (Verwendung des CPV-Codes):

Der CPV-Code ist, wie bereits nach dem geltenden Recht, für Bekanntmachungen zu verwenden. Es ist geplant, den CPV-Code jedoch zusätzlich für die Beschreibung des Auftragsgegenstandes und für die Erstellung des Vergabevermerkes zu verwenden.

Da ein CPV-Code beim Vergabevermerk keinen Mehrwert für das Verfahren darstellt, sollte davon wieder Abstand genommen werden.

Zu § 39 (Abschluss von Rahmenvereinbarungen):

Rahmenvereinbarungen können nur nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder eines Verhandlungsverfahrens abgeschlossen werden.

Hier würde sich auch die Mitaufnahme der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung anbieten: Bei dieser Verfahrensart wird ebenso wie bei den bereits zugelassenen Verfahren eine Bekanntmachung durchgeführt, bei der jeder Unternehmer innerhalb der Angebotsfrist ein Angebot einreichen kann. Da auch im Verfahren der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung eine öffentliche Bekanntmachung stattfindet, ist auch in diesem Verfahren die Möglichkeit des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung gerechtfertigt.

Zu § 80 (Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den öffentlichen Auftraggeber):

Gemäß dem geplanten Abs 6 haben Unternehmer im Oberschwellenbereich ab dem 18. Oktober 2018 diejenigen Nachweise zu ihrer Eignung nicht mehr vorzulegen, die dem öffentlichen Auf-

traggeber bereits in einem früheren Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorgelegt wurden.

Diese Bestimmung wird abgelehnt: In größeren Organisation, wie es beispielsweise das Land Salzburg darstellt, ist es durchaus üblich, dass eine Verwaltungseinheit, beispielsweise die Bauabteilung, keine Kenntnis von Beschaffungsvorgängen anderer Verwaltungseinheiten hat. Somit hat die eine Verwaltungseinheit keine Kenntnis über die in anderen Verwaltungseinheiten vorgelegten Eignungsnachweise. Durch die im Abs 6 enthaltene Entbindung des Auftragnehmers zur Vorlage von Eignungsnachweisen entsteht den öffentlichen Auftraggebern ein erheblicher Verwaltungsmehraufwand. Umgekehrt muss der Auftragnehmer ohnehin über die Unterlagen verfügen, welche seine Eignung nachzuweisen imstande sind, so dass es für diesen ein Leichtes ist, diese Nachweise auch jeweils verfahrensbezogen vorzulegen.

Auch die im Abs 6 eröffnete Möglichkeit, beim öffentlichen Auftraggeber eine Datenbank einzurichten, ist ebenfalls mit Kosten und Verwaltungsaufwand verbunden und wird daher gleichermaßen abgelehnt.

Zu § 89 (Zur-Verfügung-Stellen der Ausschreibungsunterlagen):

Der geplante Abs 4 enthält im Vergleich zum geltenden § 88 Abs 3 eine weitere Verschärfung der Rechtslage: Zukünftig darf Mitarbeitern des öffentlichen Auftraggebers oder der vergebenen Stelle, die an der Durchführung des Vergabeverfahrens beteiligt sind oder Einfluss nehmen können, nicht preisgegeben werden, wer die Ausschreibungsunterlagen abgeholt hat. Dies stellt eine überschießende Regelung dar, welche abgelehnt wird. Die Kenntnis der Namen und der Identität der Bewerber ist für die ausschreibende Stelle (in wenigen Verfahren) erforderlich, um einerseits den Überblick über den potentiellen Bieterkreis zu bewahren und bei Ausschreibungsberichtigungen, -ergänzungen und dergleichen den Überblick zu bewahren, welcher Bewerber über welchen Informationsstand verfügt.

Zu § 133 (Öffnung der Angebote):

Gemäß § 133 hat die Öffnung der Angebote durch eine Kommission, die aus zumindest zwei sachkundigen Vertretern des öffentlichen Auftraggebers besteht, zu erfolgen. Dies entspricht auch der geltenden Rechtslage. Bei der Öffnung der Angebote ist jedoch zwischen einer „konventionellen“ Öffnung (Papier) und einer elektronischen Angebotsöffnung zu differenzieren. Da bei einer elektronischen Angebotsöffnung weder Unterlagen beigefügt noch Unterlagen verloren gehen können und auch sonstige Manipulationen nicht möglich sind, erscheint das Mindestanforderung eines zweiten Kommissionsmitglieds entbehrlich.

Beim Land Salzburg wird bereits seit mehreren Jahren die elektronische Angebotsöffnung vollzogen, wobei in der Praxis das zweite Kommissionsmitglied keinerlei Funktionen erfüllt, sondern lediglich die Öffnung „überwacht“.

Zu § 144 (Stillhaltefrist und Zuschlagserteilung):

Die Stillhaltefrist wird, unabhängig davon, ob es sich um ein Verfahren im Oberschwellenbereich oder ein Verfahren im Unterschwellenbereich handelt, einheitlich mit 10 Tagen festgelegt.

Derzeit besteht im Bereich der Unterschwelle eine Stillhaltefrist von 7 Tagen. Die Verlängerung der Stillhaltefrist auf 10 Tage führt zu einer Verlängerung des Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich. Genau für solche Verfahren ist jedoch eine rasche Zuschlagserteilung erforderlich, da hier oftmals dringend benötigte Maßnahmen, wie beispielsweise Behebungen von

Schäden, mit geringeren Auftragsvolumen vergeben werden sollen. Die Verlängerung der Stillhaltefrist für den Unterschwellenbereich wird daher abgelehnt.

Zu § 360 (Statistische Verpflichtungen):

Die bereits derzeit bestehenden Verpflichtungen im Zusammenhang mit der Statistik werden in zweifacher Richtung erweitert:

Einerseits wird der Termin für die Erfüllung der Meldepflicht vom 31. August des Folgejahres auf den 10. Februar des Folgejahres vorverlegt. Dieser vorverlegte Meldetermin ist für die Landesverwaltungen insofern nicht einzuhalten, weil diese vor der eigentlichen Meldung erst bei den Gemeinden deren Daten einzufordern haben. In der Praxis sind diese Daten bei den Gemeinden mehrfach einzufordern, weshalb der vorverlegte Termin als zu kurzfristig erachtet wird.

Andererseits wird auch der Umfang der Meldeverpflichtung erweitert. So sollen nunmehr auch die Anzahl der kleinen oder mittleren Unternehmer (KMU), welche ein Angebot abgegeben haben, erfasst werden. Dies stellt einen Mehraufwand für den Auftraggeber dar, welcher nicht zu rechtfertigen ist. Insbesondere müssten Erhebungen bei Bietern durchgeführt werden, obwohl diese für eine Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht kommen.

Die Erweiterung der statistischen Verpflichtungen wird daher wegen des erhöhten Verwaltungsaufwandes abgelehnt.

Zu § 364:

Diese Bestimmung fehlt sowohl im Inhaltsverzeichnis als auch im Gesetzestext.

Zu § 368 (Meldepflichten bei Bauaufträgen):

Gemäß dem geplanten Abs 1 hat der Auftraggeber eine Verpflichtung zur Einmeldung von Bauaufträgen mit einer Auftragssumme von mehr als 100.000 Euro in die Baustellendatenbank der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse. Dabei sind Daten des Auftragnehmers und von dessen Subunternehmer einzutragen.

Gemäß dem geplanten Abs 2 hat der Auftraggeber weitergehende Meldepflichten, die offenbar auch für Bauaufträge mit einer Auftragssumme von weniger als 100.000 Euro gelten und hauptsächlich die Subunternehmer der Auftragnehmer betreffen.

Abs 2 stellt einen unverhältnismäßigen Verwaltungsaufwand für den Auftraggeber dar, weshalb diese Regelung abgelehnt wird.

B. Zu den in den Artikeln 2 und 3 enthaltenen Änderungen besteht kein Einwand.

Diese Stellungnahme wird der Verbindungsstelle der Bundesländer, den anderen Ämtern der Landesregierungen, dem Präsidium des Nationalrates und dem Präsidium des Bundesrates ue zur Verfügung gestellt.

Mit freundlichen Grüßen
Für die Landesregierung
DDr. Sebastian Huber, MBA
Landesamtsdirektor

Amtssigniert. Informationen zur Prüfung der elektronischen Signatur oder des elektronischen Siegels finden Sie unter www.salzburg.gv.at/amtssignatur

Ergeht an:

1. Bundeskanzleramt, Ballhausplatz 2, 1014 Wien, E-Mail
2. Amt der Burgenländischen Landesregierung, E-Mail: CC
3. Amt der Kärntner Landesregierung, E-Mail: CC
4. Amt der Oberösterreichischen Landesregierung, E-Mail: CC
5. Amt der Niederösterreichischen Landesregierung, E-Mail: CC
6. Amt der Steiermärkischen Landesregierung, E-Mail: CC
7. Amt der Tiroler Landesregierung, E-Mail: CC
8. Amt der Vorarlberger Landesregierung, E-Mail: CC
9. Amt der Wiener Landesregierung , Magistratsdirektion der Stadt Wien, Geschäftsbereich Recht - Gruppe Verfassungsdienst und EU-Angelegenheiten, E-Mail: CC
10. Verbindungsstelle der Bundesländer beim Amt der NÖ Landesregierung, Schenkenstraße 4, 1010 Wien, E-Mail: CC
11. Parlamentsdirektion - Abteilung L 1.6 Parlamentarische Dokumentation, Archiv und Statistik, E-Mail: CC
12. Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst, E-Mail: CC
13. Institut für Föderalismus, E-Mail: CC
14. Abteilung 3 Soziales, Fanny-v.-Lehnert-Straße 1, Postfach 527, 5020 Salzburg, zu do Zl 203-0/943/30-2017, Intern
15. Abteilung 6 Infrastruktur und Verkehr, Michael-Pacher-Straße 36, Postfach 527, 5020 Salzburg, zu do Zl 206-6/21/202-2017, Intern