

Bericht

des Verfassungsausschusses

über die Regierungsvorlage (69 der Beilagen): Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018) und ein Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018) erlassen werden sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert wird (Vergaberechtsreformgesetz 2018)

Inhaltliche Schwerpunkte des Legislativpaketes sind die Modernisierung und Adaptierung des rechtlichen Rahmens für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber. Dazu zählen unter anderem die Einführung neuer Vergabeverfahren, die Berücksichtigung neuer Formen der Beschaffung in den Mitgliedstaaten, auch in Form der grenzüberschreitenden gemeinsamen Auftragsvergabe, die Möglichkeit der verstärkten Berücksichtigung ökologischer, sozialer und innovativer Aspekte bei der Durchführung von Vergabeverfahren, die Verpflichtung zur elektronischen Durchführung von Vergabeverfahren und die Berücksichtigung bestimmter Ausnahmen gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes. Mit der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU wird erstmals ein umfassendes Regelungsregime sowohl für Bau- als auch für Dienstleistungskonzessionen geschaffen und der spezifische Vergaberechtsschutz auf sämtliche Konzessionen ausgedehnt.

Die klassische Richtlinie 2014/24/EU und die Sektorenrichtlinie 2014/25/EU sollen – wie bisher – im Bundesvergabegesetz umgesetzt werden. Dabei sollen die Regelungen für die Vergabe von Aufträgen unter größtmöglicher Ausnützung der europarechtlichen Spielräume vereinfacht und flexibilisiert werden.

Darüber hinaus sollen die mit der Bundesvergabegesetz Novelle 2016, BGBl. I Nr. 7/2016, verfolgten Bemühungen mit dem Ziel eines vermehrten Qualitätswettbewerbs bei der Vergabe von Aufträgen und der Bekämpfung von Lohn- und Sozialdumping im Rahmen der Neuerlassung des Bundesvergabegesetzes weiter verstärkt werden.

Die Konzessionsrichtlinie soll in einem eigenen Bundesgesetz über die Vergabe von Konzessionsverträgen umgesetzt werden.

1. Ausgangslage und Zielsetzung

- 1.1 Mit dem am 28. März 2014 publizierten Legislativpaket der Europäischen Union wird das gemeinschaftliche Vergaberecht auf eine neue rechtliche Basis gestellt. Dieses Legislativpaket besteht aus drei Richtlinien (RL 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU), die das bisherige Regelungswerk ablösen. Die Umsetzungsfrist für die genannten Richtlinien ist am 18. April 2016 abgelaufen. Inhaltliche Schwerpunkte des Legislativpaketes sind die Modernisierung und Adaptierung des rechtlichen Rahmens für die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber. Dazu zählen unter anderem die Einführung neuer Vergabeverfahren; die Berücksichtigung neuer Formen der Beschaffung in den Mitgliedstaaten, unter anderem in Form der grenzüberschreitenden gemeinsamen Auftragsvergaben; die Möglichkeit der verstärkten Berücksichtigung ökologischer, sozialer und innovativer Aspekte bei der Durchführung von Vergabeverfahren; die Verpflichtung zur elektronischen Durchführung von Vergabeverfahren und die Berücksichtigung bestimmter Ausnahmen gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH). Die Verordnung 1370/2007 verlangt für die Vergabe der der Verordnung

unterliegenden Dienstleistungen die Einrichtung eines den Vergaberechtsmittelrichtlinien vergleichbaren Rechtsschutzes.

- 1.2. Aufgrund der Vielzahl der erforderlichen Adaptionen wurde einer Totalrevision der Vorzug vor einer Einzelnovellierung gegeben. Ziel der Revision des Gesetzes ist die Anpassung an das neu gestaltete Sekundärrecht auf Unionsebene und die Modernisierung des Vergabewesens in Österreich, unter gleichzeitiger Ausnutzung des größtmöglichen Regelungsfreiraumes zur Reduktion der Transaktionskosten bei Wahrung des Niveaus an Rechtssicherheit.

2. Abstimmung mit den Ländern

- 2.1. Aufgrund des Art. 14b Abs. 4 B-VG hat der Bund den Ländern Gelegenheit zu geben, an der Vorbereitung von Gesetzesvorhaben in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens mitzuwirken (vgl. dazu auch die Erläuterungen in AB 1118 BlgNR XXI. GP). Dies erfolgt in Form der bereits seit dem Jahr 2002 eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe. Es fanden daher auch bei der Erstellung des vorliegenden Entwurfes über Einladung des Bundeskanzleramtes bzw. des Bundesministeriums für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz mehrfach Gespräche zwischen Vertretern des Bundes und der Länder statt.
- 2.2. Das Ergebnis dieser Bemühungen stellt der vorliegende Entwurf dar.

3. Regelungstechnik und Inhalt

- 3.1. Der vorliegende Entwurf setzt die Regelungen der RL 2014/24/EU und 2014/25/EU unter Wahrung eigenständiger Wesenszüge des österreichischen Rechtssystems in das innerstaatliche Recht um. Entsprechend dem geltenden Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, ist weiterhin im Oberschwellenbereich eine grundsätzliche Beschränkung der bundesgesetzlichen Regelung auf die Umsetzung von Unionsrecht vorgesehen (Vermeidung von „gold-plating“; vgl. dazu auch das Rundschreiben des Bundeskanzleramtes-Verfassungsdienst [BKA-VD], GZ 600.824/011-V/2/01, Art. 1 § 1 Abs. 1 des Deregulierungsgesetzes 2001, BGBl. I Nr. 151/2001 und § 1 Abs. 4 des Deregulierungsgrundsatzgesetzes, BGBl. I Nr. 45/2017).
- 3.2. Eine derartige Vorgangsweise bringt es mit sich, dass Begriffe, die aus dem Unionsrecht übernommen wurden, nicht nach dem österreichischen Rechtsverständnis, sondern vielmehr „autonom“, dh. unter Berücksichtigung der Ziele des Gemeinsamen Marktes und unter Heranziehung der authentischen Sprachfassungen des jeweiligen Rechtsaktes, ausgelegt werden müssen (siehe dazu etwa schon EuGH Rs C-287/98, *Linster*, Rz 43).
- 3.2.1. Obwohl dies zu Rechtsunsicherheiten führen kann, lehnte sich das BVergG (bereits seit dem ersten Stammgesetz, dem Bundesvergabegesetz, BGBl. Nr. 462/1993) stets eng an den Text der umzusetzenden Richtlinien vor allem aus folgenden Gründen an: Österreich war schon aufgrund des Art. 6 EWRA verpflichtet, EG-Rechtsakte „*im Einklang mit den einschlägigen Entscheidungen*“ auszulegen, „*die der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften vor dem Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Abkommens erlassen hat*“. Seit dem Beitritt zur Europäischen Union ist für Österreich die gesamte einschlägige Judikatur des EuGH unmittelbar von Bedeutung. Die Verwendung einer vom Wortlaut der Unions-Richtlinien abweichenden Terminologie würde jedoch gerade in wichtigen Abgrenzungsfragen dazu führen, dass Aussagen des EuGH zur Interpretation von Richtlinienbegriffen für Österreich entweder häufige Novellierungen des Umsetzungsaktes erforderlich machen würden oder den Gesetzeswortlaut europarechtlich problematisch erscheinen ließen (vgl. dazu § 10 Z 7 und § 175 Z 6 BVergG 2006 und die Judikatur des EuGH zur sog. „in-house“ – Ausnahme, insbesondere Rs C-26/03, *Stadt Halle*, C-231/03, *CONAME*, und C-458/03, *Parking Brixen*). Eine abweichende Terminologie könnte sogar dazu führen, dass der Umsetzungsakt nachträglich als lückenhaft anzusehen wäre, mit der Konsequenz, dass die Richtlinienbestimmungen unmittelbar anzuwenden wären (vgl. dazu VfSlg. 15.311/1998). Im Übrigen hat auch der Verfassungsgerichtshof (VfGH) festgehalten, dass die österreichischen Begriffe im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung auszulegen sind. Ferner hat gerade im Bereich des Vergaberechts der innerstaatliche Gesetzgeber sehr oft keinen Spielraum für die inhaltliche Gestaltung der nationalen Regelung, sodass die Übernahme der unionsrechtlichen Terminologie bzw. Systematik die einzig verbleibende Möglichkeit darstellt (vgl. VfSlg. 18.642/2008, VfGH vom 15. Juni 2016, G 25/2016, VfGH vom 2. Dezember 2016, G 497/2015).
- 3.2.2. Darüber hinaus belegt die bisherige Erfahrung, dass die Europäische Kommission (Kommission) bei der Konformitätsprüfung aus naheliegenden Gründen am Wortlaut des Unionsaktes anknüpft. Für eine an der unionsrechtlichen Terminologie orientierte Umsetzung sprachen und sprechen daher auch Praktikabilitätsabwägungen.

- 3.3. Der VfGH hält in ständiger Rechtsprechung (vgl. bereits VfSlg. 16.027/2000) fest, dass es dem Gleichheitssatz widerspricht, das bei der Vergabe öffentlicher Aufträge einzuhaltende Verfahren nur im Oberschwellenbereich in umfassender Weise zu regeln. Das Fehlen von außenwirksamen gesetzlichen Regelungen, durch die unmittelbare subjektive Rechtspositionen auf Einhaltung vergabegesetzlicher Vorschriften eingeräumt würden, könne nicht dadurch substituiert werden, dass die zivilgerichtliche Judikatur ohnehin auch bei Fehlen gesetzlicher Regelungen unter bestimmten Voraussetzungen Ansprüche von Bewerbern und Bietern anerkannt habe. Es liegt daher nach Ansicht des VfGH nicht im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers festzusetzen, in welchen Bereichen er die Garantien eines durchnormierten Vergabeverfahrens gewähren möchte. Das schließt jedoch nach Auffassung des VfGH nicht aus, dass der Gesetzgeber im Unterschwellenbereich vereinfachte Vorschriften vorsehen und so auf ein aufwendiges Vergabeverfahren verzichten kann. Bietern im Unterschwellenbereich aber nicht einmal ein Minimum an gesetzlichen Verfahrensgarantien zu gewährleisten, ist nach Ansicht des VfGH sachlich nicht zu rechtfertigen. Darüber hinaus ist es nach Auffassung des VfGH aber auch verfassungswidrig, einen vergabespezifischen Rechtsschutz nur oberhalb gewisser Schwellenwerte zur Verfügung zu stellen und sich bei wertmäßig kleineren Vergaben mit einem gerichtsförmigen, jedoch vergaberechtlich nicht so effektiven Rechtsschutz zu begnügen.
- 3.3.1. Aus dieser Judikatur des VfGH folgt, dass – falls der Gesetzgeber spezifische vergaberechtliche Regelungen sowohl im materiell-rechtlichen Bereich wie auch im Bereich des Rechtsschutzes einführt (im Oberschwellenbereich ist dies unionsrechtlich geboten) – es verfassungsrechtlich geboten ist, ein, wenn auch zulässigerweise vereinfachtes, vergabespezifisches Regime für den Unterschwellenbereich zur Verfügung zu stellen.
- 3.3.2. Im Unterschwellenbereich gelten nach ständiger Rechtsprechung des EuGH (vgl. dazu etwa Rs C-59/00, *Bent Moustén Vestergaard*, Rz 19 und 21; Rs C-324/98, *Telaustria*, Rz 57 und 60 bis 62 mit Hinweis auf die Rs C-275/98, Rs C-92/00, *HI Hospital*, Rz 45 bis 47) die unionsrechtlichen Grundsätze des AEUV. Der EuGH hält dazu fest, dass die Grundsätze des AEUV und insbesondere das Diskriminierungsverbot eine Verpflichtung zur Transparenz einschließen. Kraft dieser Verpflichtung zur Transparenz muss der Auftraggeber zugunsten potentieller Bieter einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Markt (Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen) dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden. Aus diesen unionsrechtlichen Verpflichtungen resultiert daher bereits ein gewisser Mindeststandard für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich in Bezug auf Veröffentlichungen, Wahl von transparenten Vergabeverfahren, Setzen angemessener Fristen uam. Darüber hinaus sind aber auch grundsätzliche Transparenzregelungen für Leistungsvergaben iWV erforderlich, um den unionsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun.
- 3.4. Im Sinne der Transparenz und Übersichtlichkeit der Vorschriften, die für die Vergabe öffentlicher Aufträge einschlägig sind und aufgrund der unter Punkt 3.3. erwähnten Rechtsprechung des VfGH und des EuGH, beinhaltet das BVergG 2018 selbst – wie bereits bisher – sämtliche in diesem Zusammenhang relevanten Regelungen sowohl für den Oberschwellen- wie auch für den Unterschwellenbereich.
- 3.5. Im Lichte der Ergebnisse der im Jahre 2003 erfolgten Evaluierung des BVergG 2002 (vgl. dazu die Aussendung des Bundeskanzleramtes vom 25. April 2003, GZ 600.883/029-V/A/8/2003) und der daraus folgenden Neustrukturierung im Rahmen des BVergG 2006 (vgl. dazu die Ausführungen in 1171 BlgNR XXII. GP 5ff.) und angesichts der Überlegung, dass sich die diesbezüglichen Grundlagen nicht seitdem geändert haben, wird die bisherige Struktur und Regelungstechnik des Gesetzes (insbesondere die tunliche Vermeidung von Verweisketten) beibehalten.
- 3.6. Die Anhänge wurden den Richtlinien entsprechend gestaltet und zT sprachlich neu gefasst. Darüber hinaus wurde in Anhang III die Liste der zentralen öffentlichen Auftraggeber (nicht: zentrale Beschaffungsstellen um eine Verwechslung mit den unionsrechtlich definierten zentralen Beschaffungsstellen im Sinne der Richtlinien zu vermeiden) in ihrer derzeit aktuellen Version in das BVergG 2018 aufgenommen.
- 3.7. Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 regelt die Vergabe von „öffentlichen Dienstleistungsaufträgen“ im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs. Unter den Begriff der „öffentlichen Dienstleistungsaufträge“ gemäß der Verordnung sind aus vergaberechtlicher Sicht sowohl die Vergabe von (öffentlichen) Dienstleistungsaufträgen wie auch die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen zu subsumieren. Abweichend von den Regelungen der Vergaberichtlinien und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH erlaubt die Verordnung in

einem sehr weitgehenden Umfang eine unmittelbare Vergabe dieser Leistungen. Ferner sind im Vergleich zur Rechtsprechung des EuGH betreffend die (quasi) in-house Ausnahme (vgl. dazu insbesondere Rs C-107/98, *Teckal*, und die darauf basierende Judikaturlinie sowie etwa Art. 12 der RL 2014/24/EU) die Anforderungen der Verordnung an den „internen Betreiber“ wesentlich gelockert. Für die der Verordnung unterliegenden Dienstleistungsaufträge (im vergaberechtlichen Sinn) ist ein den Vergaberechtsmittelrichtlinien vergleichbares Rechtsschutzsystem von den Mitgliedstaaten bereit zu stellen. Vor diesem Hintergrund sollen die einschlägigen Vergaben unter uneingeschränkter Beibehaltung der durch die Verordnung zulässigen unmittelbaren Vergaben dem Rechtsschutzsystem des BVergG 2018 unterstellt werden.

- 3.8. Aufgrund der Vielzahl der neu zu fassenden Bestimmungen und zur Wahrung der Übersichtlichkeit sieht der vorliegende Entwurf eine Neuerlassung des BVergG anstatt einer Einzelnovellierung vor.
- 3.9. Da verschiedene Bestimmungen betreffend die Verpflichtung zur elektronischen Durchführung von Vergabeverfahren erst im Oktober 2018 in Kraft treten, werden die entsprechenden Änderungen als Novellierung bereits jetzt als Artikel 2 des vorliegenden Vergaberechtsreformgesetzes 2018 vorgelegt. Des Weiteren ergibt sich ein legislatischer Anpassungsbedarf im Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit – BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012, das in mehreren Bestimmungen auf das BVergG 2006 verweist. Dieser Anpassungsbedarf findet sich in Artikel 3 des vorliegenden Vergaberechtsreformgesetzes 2018.

4. Kompetenzgrundlage

Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung der in diesem Bundesgesetz enthaltenen zivilrechtlichen Bestimmungen ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 B-VG. Die Zuständigkeit zur Erlassung der übrigen Regelungen dieses Bundesgesetzes ergibt sich aus Art. 14b Abs. 1 B-VG sowie – hinsichtlich der Gebührenregelungen – aus § 7 Abs. 1 F-VG 1948.

5. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens

Gemäß Art. 14b Abs. 4 B-VG bedarf die Kundmachung des Gesetzes der Zustimmung der Länder.

Der Verfassungsausschuss hat die gegenständliche Regierungsvorlage in seiner Sitzung am 11. April 2018 in Verhandlung genommen. An der Debatte beteiligten sich außer dem Berichterstatter Abgeordneten Mag. Harald **Stefan** die Abgeordneten Mag. Wolfgang **Gerstl**, Dr. Nikolaus **Scherak**, MA, Mag. Friedrich **Ofenauer**, Dr. Alfred J. **Noll** und Dr. Johannes **Jarolim**.

Bei der Abstimmung wurde der in der Regierungsvorlage enthaltene Gesetzentwurf mit Stimmenmehrheit (**dafür:** V, S, F, N, **dagegen:** P) beschlossen.

Ferner beschloss der Verfassungsausschuss mit Stimmenmehrheit (**dafür:** V, S, F, N, **dagegen:** P) folgende Feststellungen:

„Der Verfassungsausschuss trifft zum Vergabereformgesetz 2018 folgende Feststellungen, da es zum vorgeschlagenen § 16 Abs. 4 missverständliche Interpretationen gibt:

Dieser wird teilweise so verstanden, dass inhaltlich völlig unterschiedliche Dienstleistungsaufträge, wie Architektur- und Fachplanung, Projektsteuerung, rechtliche Beratungsleistungen oder Vermessungsleistungen gemeinsam betrachtet und bei einem Auftragswert von insgesamt über EUR 221.000,00 die einzelnen Aufträge europaweit ausgeschrieben werden müssten. Öffentliche Auftraggeber, insbesondere auch Gemeinden, müssten – so wird argumentiert – diesfalls, für jeden dieser – oft sehr kleinen – Aufträge ein komplexes EU-weites Vergabeverfahren durchführen. Das würde unnötige Bürokratie erzeugen, die Kommunen mit hohen Kosten belasten und der KMU-geprägten österreichischen Wirtschaft schaden.

Diese Ansicht steht nicht im Einklang mit dem Regelungsgegenstand der Regierungsvorlage. Vielmehr sieht § 16 Abs. 4 BVergG 2018 eine funktionale Betrachtungsweise im Rahmen der Zusammenrechnung vor.

Der Verfassungsausschuss stellt vor diesem Hintergrund fest, dass bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die für ein Vorhaben unterschiedliche Dienstleistungsarten mit gesonderter Vergabe umfassen, diese zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes nur dann zusammenzurechnen sind, wenn es sich um Dienstleistungen desselben Fachgebietes handelt.

Der Verfassungsausschuss setzt sich dafür ein, dass die weiteren im Regierungsübereinkommen aufgelisteten vergaberechtlichen Themen zeitnah abgearbeitet und in der nächsten Vergabegesetznovelle entsprechend berücksichtigt werden.“

Als Ergebnis seiner Beratungen stellt der Verfassungsausschuss somit den **Antrag**, der Nationalrat wolle dem von der Bundesregierung vorgelegten Gesetzentwurf (69 der Beilagen) die verfassungsmäßige Zustimmung erteilen.

Wien, 2018 04 11

Mag. Harald Stefan

Berichterstatter

Dr. Peter Wittmann

Obmann

