

Antrag

Dominik Oberhofer

der Abgeordneten Mag. Klaus Fürlinger, Mag.a Selma Yildirim, ~~Dr.in Stephanie Krisper~~,
Kolleginnen und Kollegen

betreffend ein Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2018 geändert wird

Der Nationalrat wolle beschließen:

Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2018 geändert wird

Der Nationalrat hat beschlossen:

Das Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 100/2018, wird wie folgt geändert:

1. In § 11 erhält Abs. 4 die Absatzbezeichnung „(5)“. Nach Abs. 3 wird folgender Abs. 4 eingefügt:

„(4) Abweichend zu Abs. 3 können die beteiligten öffentlichen Auftraggeber für Vergabeverfahren im Rahmen eines grenzüberschreitenden Vorhabens gemäß der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes (TEN-V), ABl. Nr. L 258 vom 20.07.2021 S. 1, nur die Anwendbarkeit der nationalen Vergaberegelungen gemäß Abs. 3 Z 1 vereinbaren. Abweichend dazu können die Republik Österreich und die anderen am Vorhaben beteiligten Mitgliedstaaten der EU bzw. die sonstigen Vertragsparteien des EWR-Abkommens vereinbaren, dass die nationalen Vergaberegelungen eines der beteiligten Mitgliedstaaten bzw. einer der beteiligten sonstigen Vertragsparteien des EWR-Abkommens anzuwenden sind.“

2. § 180 Abs. 4 erhält die Absatzbezeichnung „(5)“. Nach Abs. 3 wird folgender Abs. 4 eingefügt:

„(4) Abweichend zu Abs. 3 können die beteiligten Sektorenaufraggeber für Vergabeverfahren im Rahmen eines grenzüberschreitenden Vorhabens gemäß der Richtlinie (EU) 2021/1187 nur die Anwendbarkeit der nationalen Vergaberegelungen gemäß Abs. 3 Z 1 vereinbaren. Abweichend dazu können die Republik Österreich und die anderen am Vorhaben beteiligten Mitgliedstaaten der EU bzw. die sonstigen Vertragsparteien des EWR-Abkommens vereinbaren, dass die nationalen Vergaberegelungen eines der beteiligten Mitgliedstaaten bzw. einer der beteiligten sonstigen Vertragsparteien des EWR-Abkommens anzuwenden sind.“

3. In den §§ 11 Abs. 5 und 180 Abs. 5 wird die Wortfolge „Eine Vereinbarung gemäß Abs. 1 oder eine Gründung gemäß Abs. 3 darf“ durch die Wortfolge „Vereinbarungen oder Gründungen gemäß den Abs. 1, 3 oder 4 dürfen“ ersetzt.

4. Dem § 376 wird folgender Abs. 6 angefügt:

„(6) Für das Inkrafttreten der durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. xxx/2025 neu gefassten Bestimmungen gilt Folgendes:

1. Die §§ 11 Abs. 4 und 5, 180 Abs. 4 und 5 sowie 382 treten mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft.

2. Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß Z 1 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des Inkrafttretens gemäß Z 1 beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt gemäß Z 1 bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage.

3. Bei Rechtsträgern gemäß § 11 Abs. 3 bzw. § 180 Abs. 3, die vor dem 9. August 2021 gegründet wurden und die Vergabeverfahren im Rahmen eines grenzüberschreitenden Vorhabens gemäß der

Richtlinie (EU) 2021/1187 durchführen, gelten die für diese Rechtsträger vereinbarten anwendbaren nationalen Vergaberegelungen abweichend von den §§ 11 Abs. 4 bzw. 180 Abs. 4 weiter.“

5. Dem § 382 wird folgende Ziffer 25 angefügt:

„25. Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes (TEN-V), ABl. Nr. L 258 vom 20.07.2021 S. 1.“

Begründung

Zu den Z 1 bis 3 (§§ 11 Abs. 4 und 5, 180 Abs. 4 und 5):

Da es sich bei den vorliegenden Änderungen um Regelungen handelt, die Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens gemäß Art. 14b B-VG betreffen, wurde den Ländern im Rahmen einer Befassung der Bund-Länder-Arbeitsgruppe gemäß Art. 14b Abs. 4 B-VG die Möglichkeit zur Mitwirkung an der Vorbereitung des Entwurfes eingeräumt. Die vorliegenden Regelungen betreffen allein die Anpassungen, die aufgrund der Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes (TEN-V), ABl. Nr. L 258 vom 20.07.2021 S. 1, notwendig sind. Da die Umsetzungsfrist für diese Richtlinie abgelaufen und bereits ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Republik Österreich anhängig ist, soll diese Umsetzung so rasch als möglich vorgenommen werden. Die Anpassungen erfolgen dabei unvorgreiflich einer geplanten Novelle des BVergG 2018, bei welcher das Regierungsprogramm für die XXVII. Legislaturperiode insbesondere hinsichtlich der Valorisierung der Schwellenwerte und ihrer „Überführung“ ins Dauerrecht umgesetzt werden soll.

Die Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes (TEN-V), ABl. Nr. L 258 vom 20.07.2021 S. 1, sieht in ihrem Art. 8 Abs. 1 abweichende Bestimmungen zu Art. 39 Abs. 5 lit. a der RL 2014/24/EU bzw. Art. 57 Abs. 5 lit. a der RL 2014/25/EU vor. In Erwägungsgrund 18 der Richtlinie (EU) 2021/1187 finden sich dazu folgende Ausführungen:

„(18) Die Vergabe öffentlicher Aufträge für grenzüberschreitende Vorhaben sollte im Einklang mit den Verträgen und, soweit erforderlich, mit der Richtlinie 2014/24/EU oder der Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates erfolgen. Um eine effiziente Fertigstellung der grenzüberschreitenden Kernnetzvorhaben zu gewährleisten, sollte die von einer gemeinsamen Stelle durchgeführte Vergabe öffentlicher Aufträge dem nationalen Recht eines Mitgliedstaats unterliegen. Abweichend vom Unionsrecht im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe sollte grundsätzlich das nationale Recht des Mitgliedstaats gelten, in dem die gemeinsame Stelle ihren Sitz hat. Es sollte weiterhin möglich sein, das anzuwendende nationale Recht in einem zwischenstaatlichen Abkommen festzulegen. Wenn eine Zweigstelle einer gemeinsamen Stelle die Vergabe öffentlicher Aufträge durchführt, so sollte diese Zweigstelle dem nationalen Recht eines der betreffenden Mitgliedstaaten unterliegen, etwa dem nationalen Recht, das auf die gemeinsame Stelle anwendbar ist. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollten derzeitige Strategien für die Vergabe von Aufträgen weiterhin für eine gemeinsame Stelle gelten, die vor dem Datum des Inkrafttretens dieser Richtlinie errichtet wurde.“

Art. 8 der Richtlinie (EU) 2021/1187 bildet mit den zitierten Regelungen der RL 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU folgendes Regelungssystem: Die Mitgliedstaaten haben dafür Sorge zu tragen, dass die von „gemeinsamen Stellen“ oder deren „Zweigstellen“ durchgeführten Vergabeverfahren für die Realisierung grenzüberschreitender Vorhaben jedenfalls nationalen Vergaberegelungen unterliegen, die in Umsetzung der RL 2014/24/EU oder 2014/25/EU erlassen wurden. Ziel der Regelungen ist einerseits, für die Durchführung derartiger Vergabeverfahren eine „Flucht“ aus dem (unionalen) Vergaberecht insgesamt zu unterbinden und andererseits, die durch die RL 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU ermöglichte Wahl der anzuwendenden Vergaberegelungen einzuschränken. Vor diesem Hintergrund „wiederholt“ Art. 8 einerseits teilweise Regelungen der Vergaberichtlinien (die deshalb nicht nochmals umgesetzt werden müssen), legt andererseits aber auch abweichende Regelungen zu den Vergabebestimmungen fest. Konzessionsvergaben nach der RL 2014/23/EU werden von Art. 8 der Richtlinie (EU) 2021/1187 nicht erfasst.

Inhaltlich bestimmt Art. 8, dass – abweichend zu den Regelungen in den Vergaberichtlinien – nur die Anwendung des Vergaberechtes des Sitzstaates der „gemeinsamen Stelle“ bzw. der „Zweigstelle der gemeinsamen Stelle“ durch die am Vorhaben beteiligten Mitgliedstaaten vereinbart werden kann (die Option, das Recht jenes Staates anzuwenden, in dem die „gemeinsame Einrichtung ihre Tätigkeit ausübt“, steht daher im Anwendungsbereich des Art. 8 der Richtlinie (EU) 2021/1187 nicht zur Verfügung). Darüber

hinaus kann überdies – in Abweichung zu dieser Grundregel – durch die beteiligten Mitgliedstaaten die Anwendung des nationalen Vergaberechts eines der am Vorhaben beteiligten Mitgliedstaaten im Rahmen eines zwischenstaatlichen Abkommens (Staatsvertrag gemäß Art. 50 Abs. 1 Z 1 B-VG) vereinbart werden. Falls eine „gemeinsame Stelle“ und deren „Zweigstelle“ ihren Sitz in unterschiedlichen am Vorhaben beteiligten Mitgliedstaaten haben sollten, kommt gemäß Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2021/1187 ebenfalls nur die Vereinbarung der Anwendung des Vergaberechts eines am Vorhaben beteiligten Mitgliedstaates in Betracht (Sitzstaat, Anwendung des Vergaberechts der gemeinsamen Stelle auch auf die Zweigstelle oder Anwendung des Vergaberechts eines anderen am Vorhaben beteiligten Mitgliedstaates).

Die in Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2021/1187 vorgesehenen Abweichungen zu den Vergaberichtlinien werden in den §§ 11 Abs. 4 und 180 Abs. 4 umgesetzt. Art. 8 bezieht sich auf „grenzüberschreitende Vorhaben“, das sind Vorhaben, welche einen grenzüberschreitenden Abschnitt (eines Kernnetzes bzw. Kernnetzkorridors) zwischen zwei oder mehr Mitgliedstaaten umfassen (vgl. Art. 2 Z 4 der Richtlinie); aus dem Anhang zur Richtlinie lässt sich klar erschließen, dass bei derartigen Vorhaben auch sonstige Vertragsparteien des EWR-Abkommens involviert sein können (siehe dazu etwa die Nennung der Eisenbahnstrecke Göteborg – Oslo). Die in Art. 8 genannte „gemeinsame Stelle“ muss nach der Regelungssystematik offensichtlich ein Rechtsträger gemäß Abs. 3 sein, der von Auftraggebern gegründet wurde, da ansonsten der Anwendungsbereich der genannten Richtlinienbestimmungen nicht eröffnet wäre. Dieser stellt nämlich klarerweise auf Handlungen von Auftraggebern ab; Mitgliedstaaten als solche werden im Rahmen der Vergaberichtlinien unter der Bezeichnung „Staat“ als Auftraggeber erfasst (vgl. Art. 2 Abs. 1 Z 1 der Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 3 Z 1 der Richtlinie 2014/25/EU).

Art. 8 der Richtlinie (EU) 2021/1187 ist im Hinblick darauf, welches Recht eines EU-Mitgliedstaates von den beteiligten EU-Mitgliedstaaten abweichend zur oben dargestellten Grundregel (Recht des Sitzstaates) vereinbart werden kann, undeutlich – es wird nur allgemein darauf abgestellt, dass „die Anwendung des nationalen Rechts eines Mitgliedstaats“ vorgesehen werden muss. „Ein“ Mitgliedstaat könnte nach dem reinen Wortlaut der deutschen Sprachfassung auch ein Mitgliedstaat sein, der nicht als ein am grenzüberschreitenden Vorhaben teilnehmender Mitgliedstaat anzusehen ist. Aus einer Zusammenschau verschiedener Sprachfassungen der Richtlinie (vgl. etwa englisch: „application of the national law of one Member State“, französisch: „l’application du droit national d’un État membre“, kroatisch: „primjena nacionalnog prava jedne države članice“, tschechisch: „použije vnitrostátní právo jednoho členského státu“) ergibt sich jedoch, dass die besseren Gründe dafür sprechen, nur die Anwendbarkeit des Rechts der am betreffenden Vorhaben beteiligten Mitgliedstaaten richtlinienkonform zuzulassen. Die Richtlinie stellt im Übrigen auch nicht ausdrücklich klar, wann ein Mitgliedstaat als „beteiligt“ anzusehen ist: Aus der Definition des Art. 2 Z 4 der Richtlinie (EU) 2021/1187 betreffend ein „grenzüberschreitendes Vorhaben“ ist jedoch erkennbar, dass beteiligte Mitgliedstaaten jene sind, auf deren Gebiet(en) das grenzüberschreitende Vorhaben realisiert werden soll.

Ergänzend ist weiters klarzustellen, dass der Begriff des „grenzüberschreitenden Vorhabens“ gemäß Art. 2 Z 4 der Richtlinie (EU) 2021/1187 nicht notwendiger Weise mit dem (vergaberechtlichen) Vorhabensbegriff der §§ 13 Abs. 1 bzw. 186 Abs. 1 gleichzusetzen ist (im Einzelfall kann dies freilich durchaus zutreffen); diesbezüglich wird auf Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2021/1187 verwiesen. Werden jedoch Vergabeverfahren zur Realisierung von Vorhaben gemäß der Richtlinie 2021/1187 durchgeführt, so ist in diesen natürlich der im Bereich des öffentlichen Auftragswesens relevante Vorhabensbegriff relevant. Dass jedes einzelne Vergabeverfahren im Rahmen eines Vorhabens gemäß der Richtlinie (EU) 2021/1187 ebenso einen grenzüberschreitenden Leistungsgegenstand umfassen muss, wird von der zitierten Richtlinie ebenso nicht vorausgesetzt.

Zur Klarstellung ist ferner folgendes festzuhalten: Eine Vereinbarung zwischen EU-Mitgliedstaaten bzw. EU-Mitgliedstaaten und sonstigen EWR-Vertragsparteien kann keinesfalls eine Ausnahme vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 gemäß den §§ 9 Abs. 1 Z 6 lit. a bzw. 178 Abs. 1 Z 6 lit. a begründen (vgl. zu den Anwendungsvoraussetzungen dieser Bestimmungen ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP 32/33). Im Übrigen ordnet Art. 8 selbst ohnehin eine zwingende Vollanwendung der Vergaberichtlinien aufgrund der Anwendbarkeit der Vergaberegeln eines EU-Mitgliedstaates bzw. einer EWR-Vertragspartei an. Hinzuzufügen ist in diesem Zusammenhang ebenso, dass eine Anwendung anderer Ausnahmebestimmungen weiterhin durchaus möglich wäre (vgl. dazu etwa die §§ 10 Abs. 5 bzw. 179 Abs. 5). Obwohl Art. 8 sich auf Verfahren im Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU und 2014/25/EU bezieht, wird im Rahmen der Umsetzung das von dieser Bestimmung festgelegte Sonderregime aus systematischen Überlegungen auch auf Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich erstreckt.

Sofern in Art. 8 Abs. 1 und Abs. 2 (hier hinsichtlich der „Zweigstelle“ der gemeinsamen Stelle) allgemein auf Handlungen der Mitgliedstaaten abgestellt wird, die nicht in einem Zusammenhang mit der genannten Abweichung von den RL 2014/24/EU und 2014/25/EU stehen sollten („ergreifen … die erforderlichen Maßnahmen“), könnten sich diese wohl nur auf Handlungen beziehen, die auf die Herstellung eines mit

dem BVergG 2018 rechtskonformen Zustandes abzielen bzw. wären dies Handlungen, die die Rechtskonformität mit den jeweils anwendbaren nationalen vergaberechtlichen Bestimmungen jenes Mitgliedstaates herstellen sollen, dessen Anwendbarkeit vereinbart wird (dies im Rahmen der §§ 11 und 180). Derartige Maßnahmen außerhalb eines Vergabeverfahrens, die die Anwendbarkeit des jeweiligen nationalen (Vergabe-)Rechts sicherstellen sollen (zu denken ist etwa an die Gründung einer „gemeinsamen Stelle“ in einem Mitgliedstaat als Auftraggeber) unterliegen nicht den Regelungen des BVergG 2018 und können daher auch nicht in diesem umgesetzt werden. Ausgenommen hiervon sind die in Abs. 4 genannten „Vereinbarungen“, da diese in das Vergaberegime der Vergaberichtlinien und damit mittelbar in diese selbst eingreifen.

Die Ergänzung in Abs. 5 ist notwendig, da die Richtlinie (EU) 2021/1187 dem einerseits nicht widerspricht bzw. sich nicht dazu äußert und es sich andererseits um eine Bestimmung handelt, die eine Umgehung zwingender Regelungen verhindern soll. Es ist für Auftraggeber möglich und geboten, alle einschlägigen Bestimmungen zu befolgen.

Zu dem mit Art. 8 unmittelbar in Verbindung stehenden Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie (EU) 2021/1187 (Übergangsbestimmung) ist auszuführen, dass ein rückwirkendes Inkrafttreten weder geboten noch angesichts der verspäteten Umsetzung der Richtlinie erforderlich ist. Zur Übergangsbestimmung des Art. 9 Abs. 3 der Richtlinie (EU) 2021/1187 ist auf § 376 Abs. 6 Z 2 samt den entsprechenden Erläuterungen zu verweisen.

Zu Z 4 (§ 376):

Zu Z 1: Die Richtlinie (EU) 2021/1187 über die Straffung von Maßnahmen zur rascheren Verwirklichung des transeuropäischen Verkehrsnetzes (TEN-V), ABl. Nr. L 258 vom 20.07.2021 S. 1, war gemäß ihrem Art. 11 bis zum 10. August 2023 umzusetzen. Ein Vertragsverletzungsvorfall gemäß Art. 260 Abs. 3 AEUV gegen die Republik Österreich wegen Nichtumsetzung ist bereits anhängig. Angesichts dessen ist ein unmittelbares Inkrafttreten vorzusehen. Zu dem mit Art. 8 unmittelbar in Verbindung stehenden Art. 9 der Richtlinie (EU) 2021/1187 (Inkrafttretensbestimmung) ist auszuführen, dass ein rückwirkendes Inkrafttreten weder geboten noch angesichts der verspäteten Umsetzung der Richtlinie erforderlich ist. Hinsichtlich vor dem 9. August 2021 etwaig eingerichteter „gemeinsamer Stellen“ ist Z 2 zu beachten.

Zu Z 2: Bei Rechtsträgern, die vor dem 9. August 2021 eingerichtet wurden, sollen die Bestimmungen von Art. 8 der Richtlinie (EU) 2021/1187 nicht gelten, wenn die Vergabeverfahren dieser Stelle weiterhin unter das zu diesem Zeitpunkt für ihre Vergabeverfahren geltende Recht fallen (vgl. dazu Art. 9 Abs. 3 und Erwägungsgrund 18 der genannten Richtlinie). Dieser Bestimmung soll mit Z 2 entsprochen werden.

Zu Z 5 (§ 382):

Damit wird der entsprechende Umsetzungshinweis (vgl. Art. 11 Abs. 1 UAbs. 2 der Richtlinie (EU) 2021/1187) in das BVergG 2018 eingefügt.

Zuweisungsvorschlag: Justizausschuss

Mahr
Walter (Walter)
(YILDIRIM)
Hans (Hans)
(OBERSHOFER)
(FÖRSTER)
(Grafe)

