Bundesministerium für Justiz
Stabsstelle für Vergaberecht
Museumstraße 7
1070 Wien

vergaberecht@bmj.gv.at

Stellungnahme Österreichischer Wasser- und Abfallwirtschaftsverband zum Vorschlag der Europäischen Kommission für einen Public Procurement Act, COM(2026) 590 final Ihre Geschäftszahl 2026-0.755.645

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu dem im Betreff genannten Vorschlag der Europäischen Kommission für einen Public Procurement Act erlaubt sich der Österreichische Wasser- und Abfallwirtschaftsverband, Marc-Aurel-Straße 5, 1010 Wien, ZVR-Zahl 715102768 (kurz „ÖWAV"), innerhalb der gesetzten Frist nachstehende Stellungnahme abzugeben und ersucht um deren Berücksichtigung:

1. **Allgemein**

   Die mit dem Verordnungsvorschlag verfolgten Ziele einer Vereinfachung und Flexibilisierung des Vergaberechts werden neutral gesehen. In mehreren Bereichen bestehen jedoch Zweifel, ob die vorgeschlagenen Regelungen geeignet sind, diese Ziele in der Vergabepraxis tatsächlich zu erreichen.

   Aus Sicht der Praxis sollte bei der weiteren Überarbeitung insbesondere darauf geachtet werden, bestehende Gestaltungsmöglichkeiten der Auftraggeber nicht ohne sachliche Notwendigkeit einzuschränken. Vereinfachung sollte nicht allein durch eine Reduktion von Verfahrensarten oder Regelungen erfolgen. Entscheidend ist vielmehr, ob die verbleibenden Vorgaben klar, rechtssicher und ohne unverhältnismäßigen Aufwand angewendet werden können. Gerade dort, wo der Entwurf neue Verpflichtungen vorsieht oder bisher bestehende Handlungsspielräume einschränkt, sollte daher geprüft werden, ob damit ein entsprechender praktischer Mehrwert verbunden ist.

   Bedenken bestehen insbesondere hinsichtlich einzelner Einschränkungen z.B. bei der Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien, der vorgesehenen Mindestgewichtung von Qualitätskriterien, neuer digitaler Verpflichtungen sowie der teilweise fehlenden Differenzierung zwischen unterschiedlichen Auftraggebern und Beschaffungssituationen. Auch die vorgesehenen Übergangsfristen und das Zusammenspiel der unmittelbar anwendbaren Verordnung mit den weiterhin erforderlichen nationalen Regelungen bedürfen aus unserer Sicht einer näheren Überarbeitung.

   Die nachfolgende Stellungnahme beschränkt sich auf jene Punkte, bei denen aus praktischer Sicht konkreter Änderungs- oder Klarstellungsbedarf gesehen wird.

2. Verordnung statt Richtlinie (Art 146, 147)

Die Entscheidung, das europäische Vergaberecht künftig in einer unmittelbar anwendbaren Verordnung zu regeln, ist nachvollziehbar. Bei einer solchen Neuregelung ist allerdings zu hinterfragen, ob eine Vollharmonisierung in allen vom Entwurf erfassten Bereichen tatsächlich erforderlich ist.

Für Österreich bedeutet der Wechsel von Richtlinien zu einer Verordnung einen erheblichen Eingriff. Das BVergG 2018 enthält nicht nur die unionsrechtlichen Vorgaben, sondern hat diese in ein eigenständiges und mittlerweile durch umfangreiche Rechtsprechung konkretisiertes System eingebettet. Mit einer unmittelbar anwendbaren Verordnung fällt die Möglichkeit weg, unionsrechtliche Vorgaben bei ihrer Umsetzung an die bestehende nationale Systematik anzupassen.

Das wird vor allem in der Anfangsphase zu neuen Auslegungsfragen führen. Zu zahlreichen Bestimmungen wird es daher zunächst weder eine gefestigte Rechtsprechung des EuGH noch eine nationale Rechtsprechung geben. Gleichzeitig werden die bisherigen Entscheidungen zum BVergG nur eingeschränkt auf die neuen Bestimmungen übertragbar sein – für Auftraggeber und Bieter bedeutet das zunächst weniger und nicht mehr Rechtssicherheit.

Hinzu kommt, dass die Verordnung das nationale Vergaberecht nicht vollständig ersetzt. Nationale Regelungen werden weiterhin erforderlich sein, insbesondere für den Unterschwellenbereich, den Rechtsschutz und jene Materien, die von der Verordnung nicht abschließend geregelt werden. Damit entsteht zwangsläufig ein Nebeneinander von unmittelbar anwendbarem Unionsrecht und nationalem Recht.

Eine Vereinheitlichung auf europäischer Ebene ist daher nicht schon deshalb eine Vereinfachung, weil künftig eine Verordnung anstelle mehrerer Richtlinien gilt. Entscheidend wird sein, ob die Regelungen in der täglichen Vergabepraxis tatsächlich einfacher anzuwenden sind. Wo eine unionsweit einheitliche Regelung keinen erkennbaren praktischen Mehrwert bringt, sollten nationale Gestaltungsmöglichkeiten erhalten bleiben.

3. Inkrafttreten / Übergangsbestimmungen (Art 146, 147)

Eine verpflichtende Anwendung der gesamten Verordnung innerhalb von nur zwei Jahren nach ihrem Inkrafttreten erscheint zu knapp.

Die Ausgangssituation der einzelnen Auftraggeber ist sehr unterschiedlich. Große Auftraggeber führen laufend Vergabeverfahren durch und verfügen über eigene Vergabestellen bzw entsprechend geschultes Personal. Bei kleineren Auftraggebern, die nur gelegentlich Beschaffungen im Oberschwellenbereich durchführen, ist das nicht der Fall.

Sinnvoll wäre eine abgestufte Einführung. Große bzw regelmäßig beschaffende Auftraggeber könnten die neuen Regelungen früher anwenden, während kleineren und selten beschaffenden Auftraggebern eine längere Umstellungsfrist eingeräumt wird.

Für einzelne neue Verpflichtungen wird eine längere Frist erforderlich sein. Das betrifft insbesondere den Europäischen Eignungsdienst. Bevor dessen Verwendung verpflichtend vorgesehen wird, muss sichergestellt sein, dass das System technisch funktioniert und für Auftraggeber und Unternehmen ohne unverhältnismäßigen Aufwand verwendet werden kann. Andernfalls wird gerade für kleinere Unternehmen eine zusätzliche administrative Hürde geschaffen. Unternehmen, die überwiegend an Vergaben im Unterschwellenbereich

teilnehmen und nur gelegentlich ein Angebot im Oberschwellenbereich legen, wären von diesem Aufwand besonders betroffen.

Nachbesserungsbedarf besteht auch bei den Übergangsbestimmungen selbst. Es muss ausdrücklich geregelt werden, welches Recht auf bereits eingeleitete Vergabeverfahren anzuwenden ist. Dasselbe gilt für bestehende Rahmenvereinbarungen, Prüfsysteme und laufende Verträge. Gerade bei langfristigen Rahmenvereinbarungen und Verträgen darf nicht erst im Wege der Auslegung geklärt werden, welche Bestimmungen nach dem Anwendungsbeginn der Verordnung gelten.

4. Begriffsbestimmung und gemischte Aufträge (Art 6, 86, 87)

Bei den Begriffsbestimmungen besteht aus unserer Sicht besonderer Klärungsbedarf. Der Entwurf verwendet teilweise bekannte vergaberechtliche Begriffe in einer Bedeutung, die nicht ohne Weiteres jener des BVergG entspricht.

Ein konkretes Beispiel ist der Begriff „selection criteria“ (welche gerade nicht „Auswahlkriterium“ bedeutet). Eignungskriterien, Auswahlkriterien und Zuschlagskriterien erfüllen unterschiedliche Funktionen und knüpfen an unterschiedliche Phasen eines Vergabeverfahrens an. Diese Begriffe müssen daher sauber voneinander abgegrenzt werden.

Gerade weil eine Verordnung unmittelbar gilt, können solche Unklarheiten nicht mehr im Zuge der nationalen Umsetzung bereinigt werden. Umso wichtiger ist eine konsistente deutsche Sprachfassung.

Ähnliches gilt für gemischte Aufträge. Bei Bauvorhaben oder komplexeren Dienstleistungsbeschaffungen treten unterschiedliche Leistungsbestandteile regelmäßig gemeinsam auf. Die Frage, welcher Bestandteil den Hauptgegenstand bildet und welche Vorschriften damit anzuwenden sind, muss möglichst eindeutig beantwortet werden können. Fehler bei dieser Einordnung können sich auf die Verfahrenswahl auswirken und damit ein gesamtes Vergabeverfahren angreifbar machen. Gerade an dieser Stelle wäre eine zu starke Verkürzung der bisherigen Regelungen nicht hilfreich.

5. Auftragswerte OSB / USB (Art 1, 2, 7)

Der Auftragswert bleibt auch nach dem Entwurf entscheidend dafür, ob die Verordnung überhaupt zur Anwendung kommt. Die Regeln für seine Berechnung müssen daher entsprechend klar sein.

Eine Verkürzung und Vereinfachung der bisherigen Berechnungsvorschriften ist nur dann ein Fortschritt, wenn die in der Praxis auftretenden Fälle weiterhin eindeutig gelöst werden können. Schwierigkeiten entstehen gerade bei längerfristigen Leistungen, wiederkehrenden Beschaffungen, Losvergaben und Rahmenvereinbarungen. Werden detaillierte Regelungen gestrichen, ohne dass sich die Rechtslage dadurch tatsächlich klärt, wird das Problem lediglich von der Norm in die Auslegung und letztlich in die Rechtsprechung – die sich hierzu erst entwickeln muss – verlagert.

Noch wesentlicher erscheint die künftige Trennung zwischen Ober- und Unterschwellenbereich. Die Verordnung erfasst grundsätzlich den Oberschwellenbereich; der Unterschwellenbereich bleibt national zu regeln. Für Österreich stellt sich damit die Frage, wie stark das nationale Vergaberecht künftig an die Systematik der Verordnung angelehnt werden soll.

Zwei deutlich unterschiedliche Systeme wären für die Praxis wenig zweckmäßig. Das betrifft gerade kleinere Auftraggeber. Eine Gemeinde, die den überwiegenden Teil ihrer Beschaffungen im Unterschwellenbereich durchführt und nur vereinzelt den EU-Schwellenwert überschreitet, sollte nicht je nach Auftragswert mit zwei grundlegend verschiedenen Verfahrenssystemen arbeiten müssen.
Die Reform sollte daher nicht dazu führen, dass die Vereinfachung auf europäischer Ebene mit einer zusätzlichen Komplexität auf nationaler Ebene bezahlt wird. Bei der künftigen Ausgestaltung des österreichischen Unterschwellenrechts wird darauf zu achten sein, dass Systematik, Begriffe und Verfahrensabläufe soweit wie sinnvoll mit dem Oberschwellenbereich zusammenpassen.

6. Subvergabe (Art 24)

Die Regelung zur Bekanntgabe von Subunternehmern erscheint zu weit. Nach Art. 24 Abs. 2 sollen Bieter bereits mit dem Angebot angeben, welchen Teil des Auftrags sie an Dritte weiterzugeben beabsichtigen und welche Subunternehmer hierfür vorgesehen sind. Der Kommissionsvorschlag enthält damit eine entsprechende Informationspflicht bereits im Vergabeverfahren.
Eine derart frühe Namhaftmachung ist nicht in jedem Fall erforderlich. Gerade bei größeren oder länger laufenden Aufträgen steht zum Zeitpunkt der Angebotslegung häufig noch nicht abschließend fest, welche Unternehmen für einzelne Teilleistungen tatsächlich eingesetzt werden. Die Verpflichtung schafft damit zusätzlichen Aufwand, ohne dass dem Auftraggeber daraus in jedem Vergabeverfahren ein entsprechender Mehrwert entsteht.
Die Bekanntgabe der Subunternehmer sollte daher final erst nach Zuschlagserteilung und vor Beginn der jeweiligen Leistungserbringung verlangt werden. Eine abschließende Bekanntgabe bereits im Vergabeverfahren ist dort sachgerecht, wo der Auftraggeber die Eignung oder Zuverlässigkeit des betreffenden Subunternehmers bereits für die Zuschlagsentscheidung prüfen muss. Das betrifft insbesondere Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, sowie die in Art. 24 Abs. 2 ausdrücklich genannten besonderen Fallgruppen.

7. Eignungskriterien (Art 27)

Art. 27 bedarf aus praktischer Sicht einer klareren Formulierung / Darstellung. Bereits die Frage, in welchen Fällen und in welchem Umfang Auftraggeber Eignungskriterien festlegen müssen, sollte eindeutiger geregelt werden. Die vorgeschlagene Anknüpfung sämtlicher Eignungsanforderungen an die Komplexität und die mit dem Auftragsgegenstand verbundenen Risiken lässt einen erheblichen Auslegungsspielraum.
Problematisch ist dies insbesondere bei Beschaffungen im Bereich der Daseinsvorsorge. Bei kritischen Einrichtungen und Leistungen, etwa in der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung oder der Abfallbehandlung, können bereits die Folgen einer mangelhaften Leistungserbringung erhebliche Risiken mit sich bringen. Auftraggeber müssen hier ausreichend Spielraum behalten, entsprechend hohe Anforderungen an die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen zu stellen. Die Verhältnismäßigkeit der Anforderungen darf nicht so eng verstanden werden, dass eine angemessene Absicherung dieser Risiken erschwert wird.

Besonders kritisch sind zwei konkrete Einschränkungen des Art. 27: a) die Vorgaben zur bisherigen Erfahrung mit öffentlichen Aufträgen und b) die Begrenzung des verlangbaren Mindestumsatzes.

8. Erfahrung mit öffentlichen Aufträgen (Art 27 Abs 6)

Die vorgesehene Einschränkung, wonach Erfahrung mit öffentlichen Aufträgen grundsätzlich nicht als Teilnahmevoraussetzung verlangt werden soll, wird kritisch gesehen, weil sie zu weitreichend ist. Art. 27 Abs. 6 lässt dies nur zu, wenn es aufgrund der Komplexität oder der Art des Auftrags gerechtfertigt ist.

Die Abwicklung öffentlicher Aufträge weist jedoch Besonderheiten auf, die für eine ordnungsgemäße Leistungserbringung durchaus relevant sein können. Dazu zählen etwa besondere Dokumentationspflichten, formalisierte Abrechnungsprozesse und die Einhaltung der für öffentliche Auftraggeber geltenden organisatorischen Vorgaben. Es sollte daher weiterhin im Ermessen des Auftraggebers liegen, bei sachlicher Rechtfertigung entsprechende Referenzen zu verlangen. Eine generelle Vermutung gegen die Zulässigkeit solcher Anforderungen erscheint nicht erforderlich.

9. Mindestumsatz (Art 27 Abs 7)

Ähnlich kritisch ist die in Art. 27 Abs. 7 vorgesehene Begrenzung des Mindestumsatzes auf grundsätzlich 50 % des geschätzten jährlichen Auftragswerts. Der Entwurf lässt höhere Anforderungen nur in entsprechend begründeten Fällen zu.

Eine starre Grenze von 50 % erscheint für bestimmte Aufträge zu niedrig. Der erforderliche Mindestumsatz dient nicht bloß einer formalen Eignungsprüfung, sondern soll sicherstellen, dass ein Unternehmen über eine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt, die in einem angemessenen Verhältnis zum Umfang und Risiko des zu übernehmenden Auftrags steht. Gerade bei langfristigen oder für die Daseinsvorsorge wesentlichen Leistungen kann eine höhere Anforderung gerechtfertigt sein.

Die vorgesehene Grenze sollte daher angehoben oder jedenfalls so ausgestaltet werden, dass Auftraggeber bei entsprechender sachlicher Begründung ohne übermäßig hohe Rechtfertigungshürden einen höheren Mindestumsatz verlangen können.

10. Begrenzung der Teilnehmerzahl bei Verhandlungen (Art 33, 34)

Die Möglichkeit, Verhandlungen durchzuführen, ist zu begrüßen. Die praktische Durchführung eines Verhandlungsverfahrens setzt allerdings voraus, dass die Zahl der daran teilnehmenden Unternehmen auf ein handhabbares Maß beschränkt werden kann.

Nach der vorgeschlagenen Regelung müssen zunächst alle geeigneten Interessenten zur Verhandlung eingeladen werden. Eine Reduktion der Teilnehmerzahl ist erst im weiteren Verlauf anhand der Zuschlagskriterien vorgesehen. Gerade bei Verfahren mit einer größeren Zahl geeigneter Unternehmen kann dies einen erheblichen organisatorischen und zeitlichen Aufwand verursachen.

Aus Auftraggebersicht sollte daher die Möglichkeit bestehen, die Zahl der Teilnehmer bereits vor der ersten Verhandlungsrunde auf eine vorab bekannt gegebene Höchstzahl zu reduzieren. Voraussetzung muss selbstverständlich sein, dass die hierfür maßgeblichen Kriterien bereits in den Vergabeunterlagen festgelegt wurden und eine transparente sowie diskriminierungsfreie Auswahl ermöglichen.

Eine solche Regelung würde den mit Verhandlungen verbundenen Aufwand deutlich reduzieren, ohne den Wettbewerb unangemessen einzuschränken.

11. Verhandlungen / zweistufige Verfahren (Art 33, 34)

Die Erweiterung der Möglichkeit, Verhandlungen durchzuführen, ist zu begrüßen. Insbesondere die Möglichkeit, auch innerhalb des offenen Verfahrens Verhandlungen vorzusehen, kann Auftraggebern bei komplexeren Beschaffungen zusätzliche Flexibilität verschaffen.

Nicht nachvollziehbar erscheint allerdings, weshalb der Entwurf die Möglichkeit eines klassischen zweistufigen Ablaufs nicht deutlicher vorsieht. In der Praxis hat sich die Trennung zwischen einer ersten Stufe zur Prüfung der Eignung und einer anschließenden Angebots- und Verhandlungsphase bewährt.

Die „Expression of Interest“ sollte daher dazu genutzt werden können, zunächst die Eignung der interessierten Unternehmen zu prüfen und gegebenenfalls eine begrenzte Zahl geeigneter Unternehmen auszuwählen. Erst diese Unternehmen wären anschließend zur Abgabe eines ersten Angebots aufzufordern. Die derzeit vorgesehene Verbindung von Interessenbekundung und „First Tender“ nimmt dem Auftraggeber einen Teil jener Flexibilität, die mit der Neugestaltung der Verfahrensarten eigentlich erreicht werden soll.

Auch für Unternehmen ist ein solcher zweistufiger Ablauf sinnvoll. Die Erstellung eines vollständigen Erstangebots kann – insbesondere bei komplexen Leistungen – mit erheblichem Aufwand verbunden sein. Diesen Aufwand auch von Unternehmen zu verlangen, die aufgrund einer zulässigen Teilnehmerbegrenzung letztlich nicht in die eigentliche Angebots- bzw. Verhandlungsphase gelangen, erscheint nicht zweckmäßig.

12. Sonderverfahren ohne vorherige Bekanntmachung (Art. 46 bis 48)

Bei den Sonderverfahren ohne vorherige Bekanntmachung besteht punktueller Ergänzungsbedarf.

Art. 47 sieht einen Tatbestand für zusätzliche Lieferungen vor, beschränkt diesen jedoch auf Lieferaufträge und zeitlich auf höchstens zwei Jahre.

Eine solche Möglichkeit sollte weiterhin bestehen. Gerade bei Leistungen, bei denen bereits im ursprünglichen Vergabeverfahren absehbar ist, dass gleichartige Leistungen zu einem späteren Zeitpunkt nochmals benötigt werden können, kann eine erneute Durchführung eines vollständigen Vergabeverfahrens einen vermeidbaren Aufwand darstellen. Voraussetzung müsste sein, dass die Möglichkeit weiterer gleichartiger Leistungen bereits im ursprünglichen Vergabeverfahren transparent vorgesehen und bei der Ermittlung des maßgeblichen Auftragswertes berücksichtigt wurde.

Klärungsbedarf besteht außerdem bei Art. 48 Abs. 1. Hier sollte ausdrücklich klargestellt werden, dass eine drohende Unterbrechung wesentlicher Leistungen der Daseinsvorsorge einen entsprechenden Dringlichkeitsfall begründen kann. Bei Wasserversorgung - und Abwasserentsorgung, Abfallbehandlung oder vergleichbaren Leistungen kann ein Auftraggeber nicht zuwarten, wenn andernfalls die kontinuierliche Leistungserbringung gefährdet wäre.

Die Klarstellung wäre insbesondere deshalb sinnvoll, weil gerade in diesen Fällen die Frage, ob sämtliche Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestands erfüllt sind, häufig unter

erheblichem Zeitdruck beurteilt werden muss. Die Rechtsgrundlage sollte hier möglichst wenig zusätzlichen Interpretationsspielraum lassen.

13. Umwelt-, Klima- und Energieeffizienzanforderungen (Art. 50 und 54)

Die stärkere Berücksichtigung von Umwelt- und Klimaschutzaspekten im Vergabeverfahren ist grundsätzlich nachvollziehbar. Positiv ist insbesondere, dass Art. 50 Umwelt- und Klimakriterien ausdrücklich berücksichtigt.

Kritisch zu beurteilen ist allerdings die praktische Ausgestaltung des Art. 54. Die dort vorgesehenen Vorgaben zur Energieeffizienz nehmen auf eine Vielzahl anderer unionsrechtlicher Rechtsakte und die darin geregelten Produktgruppen und Anforderungen Bezug. Für den einzelnen Auftraggeber wird damit nur schwer überschaubar, welche Produkte bei einer konkreten Beschaffung welchen Anforderungen unterliegen bzw. von einer Beschaffung ausgeschlossen sind.

Eine Regelung, die vom Auftraggeber verlangt, für jede Beschaffung zunächst eine Vielzahl anderer unionsrechtlicher Rechtsakte auf ihre Anwendbarkeit zu prüfen, ist fehleranfällig und steht dem Ziel einer Vereinfachung des Vergaberechts entgegen.

Wenn an einer derart weitreichenden Regelung festgehalten wird, sollten die betroffenen Produktgruppen und die jeweils maßgeblichen Anforderungen unmittelbar in einem Anhang zur Verordnung vollständig angeführt werden. Änderungen könnten in weiterer Folge durch eine entsprechende Aktualisierung dieses Anhangs nachvollziehbar abgebildet werden.

14. Zuschlagskriterien – Best Quality for Money (Art. 98)

Die stärkere Berücksichtigung qualitativer Aspekte bei der Zuschlagserteilung ist grundsätzlich zu begrüßen. Art. 98 darf allerdings nicht dazu führen, dass der Spielraum des Auftraggebers bei der Festlegung der für den konkreten Beschaffungsgegenstand geeigneten Zuschlagskriterien unnötig eingeschränkt wird.

Welche Gewichtung von Preis und Qualität sachgerecht ist, hängt wesentlich von der ausgeschriebenen Leistung ab. Bei komplexen oder geistig-schöpferischen Leistungen kann die Qualität der eingesetzten Personen, der Organisation oder des vorgesehenen Leistungskonzepts für das Ergebnis entscheidend sein. Bei weitgehend standardisierten Leistungen kann die erforderliche Qualität hingegen bereits sehr detailliert durch die Leistungsbeschreibung, technische Spezifikationen oder Vertragsbedingungen vorgegeben werden.

Eine einheitliche Mindestgewichtung der Qualität wird diesen Unterschieden nur eingeschränkt gerecht. Der Auftraggeber sollte daher weiterhin die Möglichkeit haben, die Zuschlagskriterien entsprechend dem tatsächlichen Qualitätswettbewerb der jeweiligen Beschaffung festzulegen.

Positiv ist in diesem Zusammenhang die Ausnahmebestimmung des Art. 98 Abs. 5. Danach kann von den Vorgaben abgewichen werden, wenn die erforderliche Qualität bereits auf andere Weise – insbesondere über Spezifikationen oder Vertragsbedingungen – sichergestellt wird. Bei standardisierten Leistungen sollte allerdings klargestellt werden, dass zur Begründung einer solchen Abweichung der nachvollziehbare Verweis auf die entsprechenden Vorgaben der Leistungsbeschreibung ausreicht.

15. Festpreis und ausschließlicher Qualitätswettbewerb (Art. 98)

Die Möglichkeit, einen Festpreis vorzugeben und den Wettbewerb ausschließlich über Qualitätskriterien stattfinden zu lassen, kann insbesondere für Leistungen sinnvoll sein, bei denen das Ergebnis wesentlich von der fachlichen Qualität der Leistungserbringung abhängt.

Bei geistig-schöpferischen Leistungen kann damit vermieden werden, dass ein erheblicher Preiswettbewerb zulasten der Qualität geführt wird. Gerade bei Planungs- oder Konzeptionsleistungen kann es zweckmäßiger sein, zunächst einen angemessenen Preis vorzugeben und anschließend jenes Angebot auszuwählen, das qualitativ am meisten überzeugt.

Die Regelung sollte aber nicht unterschiedslos auf standardisierte Leistungen übertragen werden. Sind Qualität und Leistungsinhalt bereits weitgehend durch Normen, Musterleistungsbücher oder technische Spezifikationen vorgegeben, besteht für einen reinen Qualitätswettbewerb oftmals nur ein geringer sinnvoller Differenzierungsspielraum. Bei ungeeigneten Qualitätskriterien könnte dadurch letztlich auch eine sachlich nicht gerechtfertigte Bevorzugung einzelner Bieter begünstigt werden.

Eine nähere Abgrenzung jener Leistungen, für die ein solcher ausschließlicher Qualitätswettbewerb zweckmäßig ist, wäre daher sinnvoll.

16. Mindestgewichtung der Qualitätskriterien (Art 98 Abs 4)

Die in Art. 98 Abs. 4 vorgesehenen Mindestgewichtungen von 30 % für Qualitätskriterien bzw. 50 % bei arbeitsintensiven Aufträgen erscheinen in ihrer derzeitigen Form zu starr. Der Entwurf berücksichtigt damit nur unzureichend, dass eine nominelle Gewichtung noch nichts darüber aussagt, welchen tatsächlichen Einfluss ein Kriterium auf das Ergebnis eines Vergabeverfahrens hat.

Entscheidend ist auch die zu erwartende Schwankungsbreite der einzelnen Kriterien. Werden beispielsweise 30 % der Punkte für Qualität vergeben, die Angebote unterscheiden sich bei den Qualitätskriterien tatsächlich aber nur geringfügig, kann der Preis trotz der formalen Gewichtung weiterhin nahezu allein ausschlaggebend sein. Umgekehrt kann ein Qualitätskriterium mit einer geringeren nominellen Gewichtung aufgrund einer großen Punktestreuung erheblichen Einfluss auf das Ergebnis haben.

Die Festlegung starrer Prozentsätze greift daher zu kurz. Bei der Gewichtung sollte vielmehr berücksichtigt werden, ob die gewählten Kriterien in der konkreten Beschaffung tatsächlich geeignet sind, relevante Qualitätsunterschiede zwischen den Angeboten abzubilden.

17. Arbeitsintensive Aufträge (Art. 98 Abs. 4 iVm Art. 6 Abs. 10)

Besonders kritisch ist die Vorgabe, bei arbeitsintensiven Aufträgen Qualitätskriterien mit mindestens 50 % zu gewichten.

Der Anteil der Arbeitskosten allein sagt wenig darüber aus, ob ein Auftrag einen besonders ausgeprägten Qualitätswettbewerb erfordert. Zahlreiche Bau- und Dienstleistungen können arbeitsintensiv sein, obwohl ihre Ausführung durch Normen, Musterleistungsbücher, technische Spezifikationen und klare Leistungsanforderungen weitgehend vorgegeben ist. In solchen Fällen ist nicht ersichtlich, weshalb allein aufgrund des hohen Lohnkostenanteils zwingend mindestens die Hälfte der Punkte über Qualitätskriterien vergeben werden muss.

Die Abgrenzung sollte daher weniger an der „Arbeitsintensivität“ als an der Frage anknüpfen, in welchem Ausmaß die Qualität des Leistungsergebnisses tatsächlich von der Qualifikation und Erfahrung der eingesetzten Personen, deren Organisation und Führung sowie den vorgesehenen Qualitätssicherungsmaßnahmen abhängt. Dies betrifft insbesondere geistig-schöpferische Leistungen.

Dieser Ansatz erscheint sachgerechter als eine starre 50-%-Grenze. Bei standardisierten Bau- und Dienstleistungen sollte eine Mindestgewichtung entfallen können; bei Leistungen mit zunehmenden Freiheitsgraden kann der erforderliche Qualitätsanteil entsprechend höher angesetzt werden.

Auch der Begriff des „labour-intensive contract“ selbst sollte präzisiert werden.

18. Losbildung und Kleinlosregelung (Art. 100 Abs 4)

Die in Art. 100 Abs 4 vorgesehene Kleinlosregelung ist grundsätzlich sinnvoll, die vorgesehenen Wertgrenzen erscheinen jedoch zu niedrig.

Nach dem Entwurf können einzelne Lose ohne Anwendung der in der Verordnung vorgesehenen Verfahren vergeben werden, wenn ihr geschätzter Nettowert bei Liefer- und Dienstleistungen unter EUR 80.000 bzw. bei Bauleistungen unter EUR 1 Mio. liegt. Zusätzlich darf der Gesamtwert der auf diese Weise vergebenen Lose 20 % des Gesamtwertes aller Lose nicht überschreiten.

Diese Wertgrenzen tragen der zwischenzeitlichen Preisentwicklung nur unzureichend Rechnung. Gerade bei Bauleistungen ist eine Grenze von EUR 1 Mio. bei größeren, in zahlreiche Gewerke aufgeteilten Vorhaben rasch erreicht. Der praktische Anwendungsbereich der Kleinlosregelung wird dadurch erheblich eingeschränkt.

Sinnvoll erscheint daher, die Wertgrenzen stärker an den allgemeinen Schwellenwerten zu orientieren. Für Liefer- und Dienstleistungen könnte auf den Schwellenwert für zentrale Auftraggeber abgestellt werden; für Bauleistungen wäre etwa der halbe maßgebliche Schwellenwert denkbar. Auch die Begrenzung auf 20 % des Gesamtwertes aller Lose erscheint restriktiv und sollte angehoben werden.

Eine großzügigere Kleinlosregelung wäre gerade für kleinere und mittlere Unternehmen von Bedeutung. Sie ermöglicht es, einzelne Leistungsteile in einem weniger aufwendigen Verfahren zu vergeben, ohne dass deshalb die Gesamtbeschaffung dem Vergaberecht entzogen wird.

19. Rahmenvereinbarung (Art. 103)

Die vorgesehenen Laufzeitbeschränkungen für Rahmenvereinbarungen sind zu eng.

Art. 103 Abs. 2 sieht nach der vorliegenden Stellungnahme eine Höchstlaufzeit von drei Jahren bei Rahmenvereinbarungen mit einem Unternehmen und fünf Jahren bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen vor. Längere Laufzeiten sollen nur in Ausnahmefällen zulässig sein, wenn dies durch die Komplexität oder die besondere Art der Beschaffung gerechtfertigt ist.

Eine derart starre Begrenzung wird den unterschiedlichen Einsatzbereichen von Rahmenvereinbarungen nicht gerecht. Der Abschluss und die Durchführung eines neuerlichen Vergabeverfahrens sind regelmäßig mit erheblichem Aufwand verbunden. Bei Leistungen, bei denen über einen längeren Zeitraum ein kontinuierlicher Bedarf besteht,

muss daher auch berücksichtigt werden können, ob eine längere Laufzeit wirtschaftlich und organisatorisch zweckmäßig ist.

Wenig überzeugend erscheint insbesondere die enge Ausnahmebestimmung bei Rahmenvereinbarungen mit mehreren Unternehmen. Werden Einzelaufträge im Wege eines erneuten Aufrufs zum Wettbewerb vergeben, findet während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung weiterhin Wettbewerb zwischen den beteiligten Unternehmen statt. Eine längere Laufzeit führt in diesen Fällen daher nicht ohne Weiteres zu einer vergleichbaren Marktabschottung wie bei einer Rahmenvereinbarung mit nur einem Unternehmen.

Für Sektorenauftraggeber sollte zudem die bisher bestehende Möglichkeit längerer Laufzeiten erhalten bleiben.

20. Öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit (Art 81, 82, 134)

Die Möglichkeiten der In-House-Vergabe sollten durch die Neuregelung nicht unnötig eingeschränkt werden.

Besonderer Klärungsbedarf besteht dort, wo für die Leistungserbringung auf Ressourcen einer In-House-Gesellschaft zurückgegriffen wird. Art. 82 Abs. 1 schränkt nach der vorliegenden Stellungnahme den Begriff der eigenen Ressourcen unter anderem hinsichtlich Leistungen ein, die durch nach Art. 80 kontrollierte Rechtsträger erbracht werden.

Diese Einschränkung erscheint nicht überzeugend. Leistungen einer Gesellschaft, die die Voraussetzungen für eine vergaberechtsfreie In-House-Vergabe erfüllt, sollten im Rahmen einer öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit nicht deshalb anders behandelt werden, weil die öffentliche Stelle sie nicht unmittelbar mit eigenem Personal oder eigenen Betriebsmitteln erbringt. Andernfalls würde eine Organisationsentscheidung der öffentlichen Hand, bestimmte Aufgaben über einen zulässigerweise kontrollierten Rechtsträger wahrzunehmen, die Möglichkeiten der Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen einschränken.

Die entsprechende Einschränkung sollte daher gestrichen bzw. jedenfalls so gefasst werden, dass zulässigerweise eingesetzte In-House-Ressourcen nicht von vornherein ausgenommen werden.

21. Vertragsänderungen (Art. 106)

Bei Art. 106 ist eine differenzierte Beurteilung angebracht.

Positiv ist zunächst die vorgesehene einheitliche 15-%-Grenze für geringfügige Vertragsänderungen. Ebenso ist zu begrüßen, dass diese Möglichkeit nicht zusätzlich durch den jeweils maßgeblichen Vergabeschwellenwert begrenzt wird.

Änderungsbedarf besteht hingegen bei Art. 106 Abs. 4 lit. b. Die Bestimmung erfasst Änderungen, die aufgrund von Umständen erforderlich werden, die ein sorgfältiger öffentlicher Auftraggeber bei Einleitung des Vergabeverfahrens vernünftigerweise nicht vorhersehen konnte. Als möglicher Anwendungsfall werden erhebliche Änderungen des rechtlichen oder regulatorischen Rahmens genannt.

Die zusätzliche Anknüpfung an die fehlende Vorhersehbarkeit erscheint bei nachträglichen Rechtsänderungen zu eng. Entscheidend sollte sein, ob sich die rechtlichen Rahmenbedingungen während der Vertragslaufzeit ändern und diese Änderung erhebliche

Auswirkungen auf die Vertragserfüllung hat. Ob die spätere Rechtsänderung zum Zeitpunkt der Ausschreibung bereits abstrakt vorhersehbar war, hilft bei der praktischen Bewältigung der dadurch notwendig gewordenen Vertragsanpassung wenig.

Bei erheblichen Änderungen gesetzlicher oder regulatorischer Vorgaben sollte eine entsprechende Vertragsanpassung daher zulässig sein, sofern die Rechtsänderung die Vertragserfüllung tatsächlich wesentlich beeinflusst. Auf das zusätzliche Kriterium der mangelnden Vorhersehbarkeit sollte in diesem Fall verzichtet werden.

22. Europäischer Eignungsdienst (Art. 133)

Die verpflichtende Nutzung europäischer Eignungsdienste ist in der vorgesehenen Form kritisch zu sehen. Die damit angestrebte Vereinfachung des Eignungsnachweises ist zwar grundsätzlich nachvollziehbar. Eine verpflichtende Teilnahme führt aber nicht für alle Unternehmen zu einer tatsächlichen Entlastung.

Dies betrifft vor allem kleinere Unternehmen, die überwiegend an Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich teilnehmen und nur vereinzelt Angebote bei europaweiten Ausschreibungen legen. Für diese Unternehmen steht der Aufwand für die Registrierung und insbesondere für die laufende Aktualisierung der hinterlegten Informationen möglicherweise außer Verhältnis zum tatsächlichen Nutzen. Die Digitalisierung eines Nachweissystems stellt für sich genommen noch keine Verwaltungsvereinfachung dar, wenn damit zusätzliche laufende Pflichten verbunden sind.

Für Kleinstunternehmen sollte daher eine Ausnahme oder zumindest eine vereinfachte Form der Teilnahme vorgesehen werden. Ebenso sollte die verpflichtende Nutzung erst dann einsetzen, wenn die entsprechenden Dienste vollständig funktionsfähig sind und sich in der Praxis bewährt haben.

23. Dokumentations- und Meldepflichten

Bei den Dokumentations- und Meldepflichten besteht hingegen ein sehr konkreter Kritikpunkt.

Art. 134 Abs. 3 lit. c sieht für bestimmte Vergaben nach Art. 80, 81, 83 und 84 eine Meldeverpflichtung samt Begründung binnen 20 Tagen vor.

Dem ist insbesondere mit Blick auf kleinere Vorgänge zuzustimmen. Eine Melde- und Begründungspflicht verursacht unabhängig vom Auftragswert einen gewissen administrativen Aufwand. Bei wirtschaftlich geringfügigen Vorgängen kann dieser Aufwand in keinem angemessenen Verhältnis zum Informationsgewinn stehen.

Wenn eine Meldepflicht für In-House-Vergaben und Formen der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit vorgesehen werden soll, sollte daher jedenfalls eine **Wertgrenze** eingeführt werden. Erst ab Erreichen dieser Grenze wäre die entsprechende Meldung samt Begründung erforderlich.

Abschließend bedanken wir uns namens des ÖWAV-Ausschusses „Vergaberecht“ für die Möglichkeit der Stellungnahme, ersuchen um Berücksichtigung unserer Positionen und stehen für Rückfragen gerne zur Verfügung!

Mit freundlichen Grüßen

ÖSTERREICHISCHER
WASSER- UND ABFALLWIRTSCHAFTSVERBAND

Der Geschäftsführer des ÖWAV	Der Leiter des ÖWAV-Ausschusses „Vergaberecht“
DI Dr. Daniel Resch	Dr. Claus Casati