

BMJ - StS VR (Stabsstelle für Vergaberecht)

An
die Österreichische Präsidentschaftskanzlei,
die Parlamentsdirektion,
den Rechnungshof,
die Volksanwaltschaft,
den Verfassungsgerichtshof,
den Verwaltungsgerichtshof,
alle Bundesministerien,
alle Sektionen und Stabsstellen des BMJ,
den Verfassungsdienst im Bundeskanzleramt,
den Datenschutzrat,
die Datenschutzbehörde,
die Anwaltschaft für Gleichbehandlung,
die Geschäftsführung des Bundesseniorenbeirates beim
Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege
und Konsumentenschutz,
die Bundes-Gleichbehandlungskommission beim
Bundeskanzleramt,
den Familienpolitischen Beirat beim Bundeskanzleramt,
die Bundestheater-Holding GmbH,
den österreichischen Statistikrat,
die Bundesanstalt „Statistik Österreich“,
das Präsidium der Finanzprokurator,
die Österreichische Bundesforste AG,
die ÖBB-Holding AG,
die Österreichische Post AG,
die Telekom Austria AG,
die Bundesgeschäftsstelle des Arbeitsmarktservice
Österreich,
die Finanzmarktaufsicht,
die Bundesbeschaffung GmbH,
die Bundeswettbewerbsbehörde,
die Kommunikationsbehörde Austria,
die Telekom-Control-Kommission,
die Rundfunk und Telekom Regulierungs-GmbH,
die Österreichische Bundes-Sportorganisation,
alle Ämter der Landesregierungen,
die Verbindungsstelle der Bundesländer,

Dr. Michael Fruhmann
Dr. Thomas Ziniel, LL.M., BSc
Sachbearbeiter

thomas.ziniel@bmj.gv.at
+43 1 521 52-302909
Museumstraße 7, 1070 Wien

E-Mail-Antworten sind bitte
unter Anführung der Geschäftszahl an
team.pr@bmj.gv.at zu richten.

das Bundesverwaltungsgericht,
das Bundesfinanzgericht,
alle Landesverwaltungsgerichte,
den Österreichischen Gemeindebund,
den Österreichischen Städtebund,
die Wirtschaftskammer Österreich,
die Bundesarbeitskammer,
die Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern
Österreichs (Landwirtschaftskammer Österreich – LKÖ),
den Österreichischen Landarbeiterkammertag,
den Österreichischen Rechtsanwaltskammertag,
die Österreichische Notariatskammer,
die Österreichische Patentanwaltskammer,
die Österreichische Ärztekammer,
die Österreichische Zahnärztekammer,
die Bundeskammer der Tierärzte Österreichs,
die Österreichische Apothekerkammer,
die Bundeskammer der Architekten und
Ingenieurkonsulenten,
die Kammer der Wirtschaftstrehänder,
die Bundeskonferenz der Freien Berufe Österreichs,
den Verband der Öffentlichen Wirtschaft und
Gemeinwirtschaft Österreichs,
die Österreichische Universitätenkonferenz,
das Austrian Standards Institute,
den Dachverband der Sozialversicherungsträger,
die Vereinigung der Österreichischen Industrie,
den Österreichischen Gewerkschaftsbund,
die Gewerkschaft Öffentlicher Dienst,
den Verband der Elektrizitätswerke Österreichs,
den Österreichischen Wasser- und
Abfallwirtschaftsverband,
den Verband österreichischer Entsorgungsbetriebe,
den Österreichischen Ingenieur- und Architektenverein,
die Vereinigung industrieller Bauunternehmungen
Österreichs (VIBÖ),
die Gesellschaft des Österreichischen Roten Kreuzes,
die Wiener Zeitung,
die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H.,
die Bundesrechenzentrum GmbH,
den ANKÖ,
die ASFINAG,
die Buchhaltungsagentur des Bundes,
die Via Donau – Österreichische Wasserstraßen-
Gesellschaft mbH,

die AIT Austrian Institute of Technology GmbH,
die vemap Einkaufsmanagement GmbH,
die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH,
die Österreichische Bundesfinanzierungsagentur,
die Austro Control GmbH und
den Österreichischen Rundfunk

Geschäftszahl: 2020-0.587.109

Gesetzliche Verpflichtungen und Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Aspekte in Vergabeverfahren; Rundschreiben

Das Regierungsprogramm 2020-2024 „Aus Verantwortung für Österreich“ legt einen Schwerpunkt auf eine nachhaltige öffentliche Auftragsvergabe bei besonderer Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien. Die Berücksichtigung von sozialen Aspekten im Vergabeverfahren kann allein schon angesichts des Volumens der öffentlichen Auftragsvergabe¹ einen wesentlichen Beitrag zur Erreichung sozialer Zielsetzungen leisten. Auftraggeber² tragen daher eine hohe Verantwortung, die ihnen diesbezüglich zukommenden Gestaltungsmöglichkeiten bei der Planung und Durchführung von Vorhaben zur Beschaffung von Leistungen bestmöglich zu nutzen.

Die bestehende Rechtslage eröffnet Auftraggebern umfassende Möglichkeiten, soziale Zielsetzungen im Vergabeverfahren zu berücksichtigen. So sieht das derzeit geltende Bundesvergabegesetz 2018 als einen zentralen Grundsatz vor, dass Auftraggeber in einem Vergabefahren auf ein weites Spektrum sozialer Anliegen Bedacht nehmen können; explizit genannt werden die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern (§ 20 Abs. 6 und § 193 Abs. 6 BVergG 2018; § 14 Abs. 6 BVergGKonz 2018). Weiters umfasst sind neben diesen Beispielen aus dem

¹ Das Volumen der öffentlichen Auftragsvergabe (exklusive Sektoren- und Konzessionsbereich) belief sich in Österreich im Jahre 2018 auf € 50,8 Mrd., das entsprach 13,2% des BIP [Quelle: EK, Public Procurement Indicators 2018 (2021)].

² Der Begriff Auftraggeber erfasst hier gleichermaßen öffentliche Auftraggeber gem. § 4 BVergG 2018, Sektorenauftraggeber gem. § 166 BVergG 2018 und Auftraggeber gem. § 4 BVergGKonz 2018.

Beschäftigungsbereich etwa Genderaspekte, die Förderung von Freiwilligenleistungen, der „faire“ Handel, die Barrierefreiheit, „Design für alle“, uva.³

Vor diesem Hintergrund möchte das Bundesministerium für Justiz im vorliegenden Rundschreiben über rechtliche Möglichkeiten informieren, die Auftraggebern zur Berücksichtigung von sozialen Aspekten in Vergabeverfahren unter Beachtung einschlägiger geltender gesetzlicher Verpflichtungen zur Verfügung stehen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf einer konzisen Darstellung der wichtigsten rechtlichen Rahmenbedingungen. Nach einer kurzen Darstellung des allgemeinen rechtlichen Rahmens gliedert sich das Rundschreiben entlang des zeitlichen Ablaufs eines Vergabeverfahrens.

Auf soziale Aspekte können Auftraggeber in vielfacher Weise bei der Beschaffung von Leistungen Bedacht nehmen. Angesichts der großen Bandbreite möglicher Bau-, Liefer- und Dienstleistungen, die in einem Vergabeverfahren beschafft werden können, sind stets die Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen. Abhängig von der konkret zu beschaffenden Leistung obliegt es dem einzelnen Auftraggeber nach Maßgabe individueller Zielsetzungen zu entscheiden, welche sozialen Aspekte in welcher Phase des Vergabeverfahrens über die gesetzlichen Verpflichtungen hinausgehend berücksichtigt werden sollen.

Das Rundschreiben stellt keine verbindlichen Vorgaben für die Durchführung von Vergabeverfahren nach dem BVergG 2018 bzw. dem BVergGKonz 2018 auf.

1. Rechtlicher Rahmen

Die geltende Rechtslage sieht angesichts der Bedeutung sozialer Belange mehrere gesetzliche Verpflichtungen zur Berücksichtigung sozialer Aspekte vor und räumt Auftraggebern darüber hinaus zusätzliche Gestaltungsmöglichkeiten ein.

³ ErläutRV 69 BgNR XXVI. GP 54; Mitteilung der Kommission, Sozialorientierte Beschaffung – Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen², C(2021) 3573 final 11 ff. Der Leitfaden kann auf der Website: https://ec.europa.eu/info/policies/public-procurement/support-tools-public-buyers/social-procurement_de abgerufen werden. Weiters ist auf dieser Website eine Zusammenstellung „Sozial verantwortliche Auftragsvergabe in der Praxis: 71 bewährte Verfahren“ mit mehreren Case-Studies aus Mai 2020 (ua. zu den Bereichen „Cleaning and facility management services“, „Construction“, „Social Services“ und „Textiles“; dzt. nur in Englisch) verfügbar.

Diese betreffen unter anderem:

- Verpflichtung zur Einhaltung von arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen für in Österreich zu erbringende Leistungen einschließlich der einschlägigen Kollektivverträge (zB § 93 BVergG 2018)
- Verpflichtung zur Barrierefreiheit bei der Beschaffung von Leistungen, die durch natürliche Personen genutzt werden (zB § 107 BVergG 2018)
- Möglichkeit, Aufträge zugunsten sozialer und beruflicher Integration geschützten Werkstätten/integrativen Betrieben vorzubehalten (zB § 23 BVergG 2018)
- Möglichkeit, Aufträge betreffend bestimmte Dienstleistungen partizipatorischen Organisationen vorzubehalten (zB § 152 BVergG 2018)
- Allgemeiner Grundsatz des Vergabeverfahrens, dass auf soziale Aspekte Rücksicht genommen werden kann (zB § 20 Abs. 6 BVergG 2018)
- Verpflichtende Überprüfung, dass Bewerber und Bieter Sozialversicherungsbeiträge und Steuern entrichtet haben einschließlich der Einholung einer Auskunft hinsichtlich Lohn- und Sozialdumping (zB §§ 78 ff. BVergG 2018)
- Möglichkeit, spezifische Vertragsbestimmungen zu sozialen Aspekten aufzunehmen (zB § 110 BVergG 2018)
- Verpflichtende Berücksichtigung von sozialen Aspekten bei der Beschaffung von Verkehrsdiensten im öffentlichen Straßenpersonenverkehr gemäß dem ÖPNRV-G (zB § 91 Abs. 6 Z 2 BVergG 2018)

Neben den verpflichtenden Bestimmungen erlauben insbesondere die den Auftraggebern zur Verfügung stehenden Gestaltungsmöglichkeiten umfassend und entsprechend ihrer jeweiligen Bedürfnissen auf soziale Aspekte bei der Beschaffung von Leistungen Rücksicht zu nehmen. Das Vergaberecht steht somit der Bezugnahme auf soziale Aspekte offen gegenüber.

Da aber die Durchführung eines Vergabeverfahrens im Allgemeinen maßgeblich auch durch die (auch unionsrechtlichen) Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz, des freien und lautereren Wettbewerbes und der Wahrung der Wirtschaftlichkeit geprägt ist, sind bei der Bezugnahme auf soziale Aspekte unter anderem folgenden allgemeinen Voraussetzungen zu beachten:

- Es darf durch die Berücksichtigung (insb. etwa „österreich-spezifischer“) sozialer Aspekte *nicht zu einer Diskriminierung von Unternehmen aus anderen*

Mitgliedstaaten kommen. Bewerber und Bieter aus anderen Mitgliedstaaten dürfen nicht unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden. Soll beispielsweise auf Aspekte der *Lehrlingsförderung* Bedacht genommen werden, ist zu bedenken, dass nicht alle Mitgliedstaaten ein vergleichbares System der dualen Berufsausbildung kennen. Da Unternehmer aus betroffenen Mitgliedstaaten derartige spezifische Anforderungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens mitunter nicht auf die konkret vom Auftraggeber verlangte Weise erfüllen könnten, ist auf eine neutrale Formulierung zu achten.⁴

- Soziale Aspekte in einem Vergabeverfahren müssen grundsätzlich *mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen*. Das bedeutet, dass alle Anforderungen oder Kriterien auf die nachgefragte Leistung Bezug nehmen müssen (siehe dazu noch Pkt. 2.3.); sie dürfen hingegen nicht allgemein auf den Unternehmer, der die Leistung anbietet und später ausführen soll, abstellen (siehe zur Eignung aber Pkt. 2.6.). Beispielsweise dürfen unter gewissen Voraussetzungen „Fair Trade“-Gütezeichen im Rahmen der technischen Spezifikationen, der Zuschlagskriterien oder als Ausführungsbedingung für die nachgefragte Leistung verlangt werden. Nicht darf hingegen vorgesehen werden, dass der Unternehmer selbst derartige Zertifizierungen aufweist (vgl. insb. EuGH Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*).

Die Vorgaben des Primärrechts der Europäischen Union (insb. betrifft dies die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung sowie die daraus abgeleitete Verpflichtung zur Transparenz) gelten auch im Unterschwellenbereich,⁵ sofern ein „eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse“ an einem Auftrag oder an einer Konzession besteht. Dieses Interesse wird nach mehreren Kriterien beurteilt (zB Ort der Leistungserbringung, insb. etwa Entfernung zur Staatsgrenze, technische Besonderheiten des Auftrages bzw. der Konzession) und nicht allein nach dem Auftragswert (vgl. etwa EuGH Rs C-318/15, *Tecnoedi Costruzioni*, Rz 20 ff.). Ein derartiges Interesse besteht aufgrund der geographischen Situation Österreichs regelmäßig bereits bei Aufträgen mit einem geschätzten Wert von unter € 100.000,-.⁶

⁴ Im oben zitierten Beispiel könnte dies etwa durch eine Bezugnahme auf „Personen bzw. Jugendliche im Ausbildungsverhältnis“ oder durch Referenzierung auf internationale Ausbildungsklassifikationen (zB ISCED) erfolgen.

⁵ Vgl. dazu die §§ 12 und 185 BVergG 2018 sowie § 11 BVergGKonz 2018.

⁶ Vgl. dazu ausführlich ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP 73.

2. Soziale Aspekte in den verschiedenen Phasen eines Vergabeverfahrens

2.1. Festlegung des Beschaffungsgegenstandes

Bei der Festlegung des Beschaffungsgegenstandes verfügt ein Auftraggeber aus vergaberechtlicher Perspektive prinzipiell über einen weiten Gestaltungsspielraum. Es obliegt ihm, die zu beschaffende Leistung nach seinen Bedürfnissen zu definieren (sog. „Beschaffungsermessen“; siehe zB VwGH 26.2.2014, 2011/04/0168 mwN). Eingeschränkt wird ein Auftraggeber dabei vor allem durch bereits og. genannte, sich aus dem Unionsrecht ergebende Vorgaben sowie überdies insbesondere durch Anforderungen, die an die Beschreibung der Leistung gestellt werden (vgl. etwa die gesetzlichen Vorgaben an die Grundsätze der Leistungsbeschreibung in den §§ 104 und 273 BVergG 2018).⁷

Ein Auftraggeber kann daher auch „hohe“ und sachlich gerechtfertigte qualitative Anforderungen an die zu beschaffende Leistung festlegen. Der Umstand allein, dass einzelne Unternehmer nicht in der Lage sind, diese zu erfüllen, schadet dabei noch nicht (vgl. zB EuGH Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Rz 85 f.). Dies ermöglicht einem Auftraggeber gleichermaßen, die zu beschaffende Leistung auch nach sozialen Überlegungen (mit-)auszugestalten. Gerade in dieser frühen Phase – bei der Festlegung des Leistungsgegenstandes – sind die Ausgestaltungsmöglichkeiten des Auftraggebers vergleichsweise groß und beeinflussen den weiteren Verfahrensgang in grundsätzlicher und effektiver Weise. Soziale Aspekte können dabei eine wesentliche Rolle spielen und einfließen, auch ohne dass notwendiger Weise im späteren Vergabeverfahren fakultative, spezifisch soziale Kriterien (etwa im Rahmen des Zuschlags) definiert werden.

Beispielsweise kann eine benötigte Leistung von vornherein so definiert werden, dass sie auf Bedürfnisse von Menschen mit Behinderungen Rücksicht nimmt oder die spezifische Situation von einzelnen Bevölkerungsgruppen wie Frauen oder älteren Personen berücksichtigt. Inwieweit unterschiedliche soziale Aspekte bereits bei der Ausgestaltung des Beschaffungsgegenstandes einfließen können, hängt freilich maßgeblich von der konkret benötigten Leistung ab. Für manche Leistungen (zB Bauleistungen, spezifische Waren) können etwa bestimmte Aspekte besonders von Bedeutung sein (zB Barrierefreiheit der Bauleistung, Gewährleistung, dass die Waren aus fairem Handel stammen), während andere in dem konkreten Fall keine Rolle spielen mögen. Aus rechtlicher Sicht ist hierzu nur festzuhalten, dass die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Aspekte über alle Leistungen hinweg grundsätzlich gleichermaßen bestehen und

⁷ Vgl. dazu auch die Mitteilung der Kommission, Sozialorientierte Beschaffung – Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen², C(2021) 3573 final 43 ff, 62 ff.

denselben rechtlichen Rahmenbedingungen unterliegen. Um folglich auch nicht auf den ersten Blick bestehende Potentiale zur Berücksichtigung sozialer Aspekte zu heben, kann ein Auftraggeber im Rahmen der nach den §§ 24 und 197 BVergG 2018 bzw. § 17 BVergGKonz 2018 vorgesehenen Markterkundung konkret auch zu sozialen Aspekten Informationen einholen oder sich beraten lassen.

Im Rahmen der technischen Spezifikationen ist jedenfalls verpflichtend auf Anforderungen an die Barrierefreiheit Bezug zu nehmen (vgl. dazu noch Pkt. 2.3.).

2.2. Festlegung des Teilnehmerkreises

a. Nicht-Zulassung von Bietern aus bestimmten Drittstaaten

Gemäß den §§ 20 Abs. 2 und 193 Abs. 2 BVergG 2018 bzw. § 14 Abs. 2 BVergGKonz 2018 ist die völkerrechtlich zulässige unterschiedliche Behandlung von Bewerbern und Bietern aus Gründen ihrer Staatsangehörigkeit oder des Warenursprunges im Rahmen der unionsrechtlichen Verpflichtungen weiterhin möglich. Auftraggeber können somit Bewerber und Bieter aus jenen Drittstaaten, mit denen keine Übereinkommen betreffend den Zugang zu den jeweiligen Beschaffungsmärkten bestehen,⁸ ohne weiteres den Zugang zu den von ihnen durchgeführten Vergabeverfahren verwehren.

Ist beispielsweise bekannt, dass in den Sitzstaaten von solchen Bewerbern oder Bietern etwa problematische Arbeitsbedingungen bestehen, kann ein Auftraggeber diese Bewerbern oder Bieter ohne weiteres vom Vergabeverfahren ausschließen.⁹ Unabhängig davon können in Form von Ausführungsbedingungen auch soziale Vorgaben durch den Auftraggeber festgelegt werden, die von allen Bietern, einschließlich Subunternehmern, zu berücksichtigen sind (vgl. dazu noch Pkt. 2.8.).

b. Vorbehaltene Aufträge zugunsten sozialer und beruflicher Integration

Auftraggeber können sich dazu entscheiden, die Teilnahme am Vergabeverfahren auf geschützte Werkstätten, integrative Betriebe oder sonstige Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderung oder von sonstigen benachteiligten Personen ist, einzuschränken oder dass die Erbringung von Aufträgen im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen zu

⁸ Vgl. dazu insb. das plurilaterale Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen im Rahmen der WTO – das Government Procurement Agreement (GPA) und die diversen bilateralen Freihandelsabkommen mit Kapiteln zum öffentlichen Beschaffungswesen, die die EU abgeschlossen hat.

⁹ So auch die EK Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt vom 24.7.2019, C(2019) 5494.

erfolgen hat (siehe näher §§ 23 und 196 BVergG 2018 bzw. § 16 BVergGKonz 2018). Diese bereits in den europäischen Vergaberichtlinien¹⁰ vorgesehene Regelung erlaubt damit einem Auftraggeber, den Wettbewerb um einen Auftrag zugunsten sozialer und beruflicher Integration zu führen und anerkennt damit den Umstand, dass solche Werkstätten oder Betriebe nicht in der Lage sein können, unter normalen Wettbewerbsbedingungen Aufträge zu erhalten. Diese Möglichkeit steht grundsätzlich bei allen Auftragsarten – und nicht nur bei der Beschaffung von besonderen Dienstleistungen gemäß Anhang XVI – zur Verfügung. Ein entsprechender Vorbehalt ist im Fall einer Losvergabe auch nur für ein oder mehrere Lose möglich und muss daher nicht notwendigerweise den gesamten Auftrag umfassen.

Das Leistungsangebot nationaler integrativer Betriebe ist etwa im Internet unter <http://www.integrative-betriebe.at/> einsehbar.

In diesem Zusammenhang ist außerdem auf folgende Verpflichtung für Auftraggeber gemäß § 11 Abs. 7 Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG), BGBl. Nr. 22/1970, hinzuweisen: Bei Aufträgen im Bereich der Bundesverwaltung, die von Integrativen Betrieben iSd BEinstG ausgeführt werden können, sind diese Integrativen Betriebe in jedem Fall zur Angebotsabgabe einzuladen bzw. gegebenenfalls zur Angebotsabgabe aufzufordern.

c. Vorbehaltene Aufträge zugunsten von partizipatorischen Organisationen

Auftraggeber haben gemäß den §§ 152 und 313 BVergG 2018 die Möglichkeit, bei der Vergabe einer in Anhang XVII gelisteten Dienstleistung den Teilnehmerkreis auf partizipatorische Organisationen einzuschränken. Bei partizipatorischen Organisationen handelt es sich um Rechtsträger, deren Ziel die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe ist, die ihre Gewinne für diese Ziele reinvestieren, etwaige Gewinnausschüttungen unter partizipatorischen Überlegungen vornehmen und die partizipatorisch organisiert sind (vgl. näher §§ 152 Abs. 2 und 313 Abs. 2 BVergG 2018). Ein Auftraggeber kann daher vermeiden, dass derartige Organisationen bei den erfassten spezifischen Dienstleistungen einem mitunter der Qualität der Leistungserbringung nicht in jeder Hinsicht zuträglichen Wettbewerb mit (gewinnorientierten) Unternehmern unterliegen.

Entscheidet sich ein Auftraggeber für diese Möglichkeit, darf die Laufzeit der vergebenen Aufträge drei Jahre nicht überschreiten und die Organisation, die den Auftrag erhalten

¹⁰ Vgl. Art. 20 RL 2014/24/EU, Art. 38 RL 2014/25/EU bzw. Art. 24 RL 2014/23/EU.

soll, darf vom selben Auftraggeber in den letzten drei Jahren keinen Auftrag über die gleichen Dienstleistungen auf diese Weise erhalten haben.¹¹

Bei dem Spektrum an Dienstleistungen gemäß Anhang XVII handelt es sich überwiegend um Leistungen im Bereich des Gesundheits- und Sozialwesens.¹² Beispielweise zählen dazu der „Einsatz von Krankenwagen“ ebenso wie Alten-, Behinderten-, Kinder- und Jugendfürsorgeleistungen sowie Dienstleistungen zur beruflichen Wiedereingliederung.

2.3. Technische Spezifikationen

a. Allgemeines

Die Vorgaben, die ein Auftraggeber an einen Beschaffungsgegenstand anlegt, sind von ihm in technische Spezifikationen zu übertragen. Dass dabei soziale Merkmale an die eigentliche Leistung gestellt werden können, wird an mehreren Stellen im BVergG 2018 ausdrücklich erwähnt (vgl. nur die §§ 20 Abs. 6, 91 Abs. 6, 107 BVergG 2018). Soziale Merkmale müssen dabei, wie eingangs ausgeführt, jedenfalls mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu diesem verhältnismäßig sein. Sie müssen aber nicht materieller Bestandteil der Leistung sein. Sie können sich ebenso auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion bzw. Erbringung der nachgefragten Leistung oder auf einen spezifischen Prozess eines Lebenszyklus-Stadiums der Leistung beziehen. Innerhalb dieses Rahmens können Auftraggeber soziale Aspekte auch auf die Produktion, den Handel und der damit verbundenen Bedingungen, den Transport, die Nutzung und Wartung während der Lebensdauer der Ware oder des Bauwerkes oder während der Erbringung der Dienstleistung (von der Beschaffung der Rohstoffe oder der Erzeugung von Ressourcen bis hin zu Entsorgung, Aufräumarbeiten und Beendigung) beziehen (vgl. dazu auch § 2 Z 23 BVergG 2018).

Beispielsweise können bei der Beschaffung für IKT-Hardware entlang der Lieferkette soziale Vorgaben (über die zB in § 93 BVergG 2018 genannten Anforderungen hinaus, siehe Pkt. 2.4.) vorgesehen werden, obgleich sich diese nicht auf die zu liefernde Ware als solche auswirken.¹³

¹¹ §§ 152 Abs. 3 und 4 bzw. 313 Abs. 3 und 4 BVergG 2018; vgl. dazu auch ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP 166.

¹² Hierbei handelt es sich im Wesentlichen um Dienstleistungen, die bereits in Anhang XVI enthalten sind. Für die Vergabe dieser besonderen Dienstleistungen gilt ein erleichtertes Verfahren (vgl. §§ 151 bzw. 312 BVergG 2018).

¹³ Vgl. die Case-Study in *EK*, Sozial verantwortliche Auftragsvergabe in der Praxis: 71 bewährte Verfahren (2020) 149 ff.

b. Barrierefreiheit

Im Bereich der Leistungsbeschreibung für Ausschreibungen ist in Österreich ein umfassender Grundsatz der Barrierefreiheit verankert. Bei der Beschaffung einer Leistung, die zur Nutzung durch natürliche Personen (einschließlich Dritten oder Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Auftraggebers) vorgesehen ist, sind die technischen Spezifikationen so festzulegen, dass die Kriterien der Konzeption für alle Anforderungen einschließlich der Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderung berücksichtigt werden (vgl. §§ 107 und 275 BVergG 2018 sowie § 60 BVergGKonz 2018). Im Unterschied zur alten Rechtslage besteht diese Verpflichtung grundsätzlich bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gleichermaßen und ist nicht eingeschränkt auf Bauleistungen (vgl. anders noch zB § 87 BVergG 2006 „barrierefreies Bauen“).

Ausnahmen von diesem Grundsatz sind nur unter bestimmten, im Gesetz abschließend aufgezählten Voraussetzungen in sachlich begründeten Fällen möglich. Zur Ausnahme, dass keine Nutzung der Leistung oder Teilen davon durch Menschen mit Behinderung zu erwarten ist, ist insbesondere festzuhalten, dass etwa die Nutzung eines der Öffentlichkeit offenstehenden Gebäudes durch Menschen mit Behinderung vorhersehbar ist, auch wenn in diesem Gebäude keine Leistungen speziell für Menschen mit Behinderung angeboten werden. Auftraggeber können sich auch nicht der Verpflichtung zur Barrierefreiheit angesichts deren Kosten entziehen. „Soweit“ jedenfalls zusätzliche Kosten verhältnismäßig sind, kann von der Verpflichtung nicht abgesehen werden. Dies kann also insbesondere bedeuten, dass gewisse, wenn auch nicht alle, Maßnahmen zur Barrierefreiheit zu setzen sind. Die EB zum BVergG 2018 verweisen in diesem Zusammenhang auch auf § 6 Abs. 2 und 3 des Bundes-Behindertengleichstellungsgesetzes.¹⁴

Die nunmehr zwingenden Standards des „European Accessibility Acts – EAA“¹⁵ werden derzeit in österreichisches Recht umgesetzt. Es ist in Aussicht genommen, dass sie unmittelbar als spezifische Ausformulierungen des oben genannten Grundsatzes gelten und im Vergabeverfahren daher im Rahmen der technischen Spezifikationen verpflichtend auf sie Rücksicht zu nehmen ist. Gleichermäßen bleiben von den og. Bestimmungen alle weiteren Verpflichtungen zur Berücksichtigung von Barrierefreiheitsanforderungen (etwa in Bauordnungen) unberührt.

¹⁴ ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP 135.

¹⁵ Vgl. die RL (EU) 2019/882 über die Barrierefreiheitsanforderungen für Produkte und Dienstleistungen, ABl. Nr. L 151 vom 7.6.2019 S. 70.

2.4. Einhaltung arbeits- und sozialrechtlicher Bestimmungen

a. Allgemeines

Bei allen in Österreich durchzuführenden Vergabeverfahren sind die sich aus bestimmten, im Gesetz aufgezählten Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation ergebenden Verpflichtungen einzuhalten. Von allen Auftragnehmern ist außerdem die Einhaltung sämtlicher arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften zu verlangen, die für *innerhalb* Österreichs durchzuführende Arbeiten maßgeblich sind. Dies umfasst insbesondere die Bestimmungen des ASchG, AZG, ARG, AVRAG, AÜG, LSD-BG, BGStG, BEinstG und GIBG sowie die einschlägigen Kollektivverträge (vgl. §§ 93, 264 BVergG 2018 bzw. § 56 BVergGKonz 2018). Dienstleistungen werden in Österreich erbracht, wenn im Bundesgebiet die charakteristischen Leistungen erbracht werden. Bei grenzüberschreitend erbrachten Dienstleistungen (zB Call Center) ist dies der Ort der tatsächlichen Leistungserbringung, unabhängig davon, dass die Leistungen für Österreich bestimmt sind.

Dies erfordert, dass Auftraggeber bestimmte Ausführungsbedingungen (Vertragsklauseln; vgl. dazu zB § 110 Abs. 1 Z 13) festlegen. Die Klauseln dürfen jedoch zu keiner unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung von Unternehmern aus anderen Mitgliedstaaten führen. Dies kann hinsichtlich der Vorschreibung von österreichischen Mindestlöhnen dann der Fall sein, wenn diese in gleicher Weise (Sub-)Unternehmer in anderen Mitgliedstaaten erfassen, ohne aber einen Bezug zu den in dem Mitgliedstaat bestehenden Lebenshaltungskosten aufzuweisen. Der EuGH hat dazu festgehalten, dass derartige Regelungen dann nämlich über das hinausgehen, was erforderlich ist, um zu gewährleisten, dass das Ziel des Arbeitnehmerschutzes erreicht wird (vgl. zB EuGH Rs C-549/13, *Bundesdruckerei*, Rz 30 ff.; EuGH Rs C-115/14, *RegioPost*, Rz 69 ff.).

b. Einbindung von Subunternehmern

Die genannten gesetzlichen Vorgaben gelten gleichermaßen für alle Subunternehmer (einschließlich Sub-Subunternehmer etc.; vgl. § 2 Z 34 BVergG 2018 bzw. § 2 Z 18 BVergGKonz 2018), die bei der späteren Durchführung Teile der Leistung erbringen sollen. Im Rahmen des Einsatzes von Subunternehmern kann nämlich mitunter ein bestehender Preisdruck in der Kette der ausführenden Unternehmer weitergereicht werden und in weiterer Folge zu Lohn- und Sozialdumping führen.¹⁶ Der Auftraggeber verfügt überdies auch über die Möglichkeit, den Rückgriff auf Subunternehmer in der Ausschreibung im Einzelfall zu beschränken, sofern dies durch den Auftragsgegenstand sachlich

¹⁶ Vgl. dazu auch ErläutRV 776 BlgNR XXV. GP 1.

gerechtfertigt und angemessen ist (vgl. die §§ 98 Abs. 4 und 268 Abs. 4 BVergG 2018 bzw. § 57 Abs. 4 BVergGKonz 2018).

2.5. Verwendung von Gütezeichen

Als Nachweis dafür, dass die Leistung bestimmten sozialen Merkmalen entspricht, können ein oder mehrere entsprechende Gütezeichen in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder in den Bedingungen für die Ausführung des Auftrages verlangt werden (§§ 108, 276 BVergG 2018). Dies stellt für Auftraggeber wie Bieter gleichermaßen eine vergleichsweise einfach zu handhabende und rasche Möglichkeit dar, soziale Aspekte zu berücksichtigen. So können beispielsweise Auftraggeber Gütezeichen nutzen, um die Lieferung von sozial verantwortlichem Naturstein für Bauarbeiten oder die Zahlung von fairen Mindestlöhnen für Hersteller von Grundprodukten in Drittstaaten sicherzustellen.¹⁷

Es ist jedoch seitens der Auftraggeber darauf zu achten, dass die Anforderungen für den Erwerb des Gütezeichens einen Bezug zum Auftragsgegenstand – wie der Beschreibung der Ware und ihrer Präsentation, einschließlich Anforderungen an die Verpackung – aufweisen. Darüber hinaus werden an ein Gütezeichen, damit es auf die genannte Weise verwendet werden darf, weitere Anforderungen gestellt (u.a. müssen die Anforderungen des Gütezeichens auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien basieren; vgl. dazu näher die §§ 108 Abs. 1 und 276 Abs. 1 BVergG 2018). Der Auftraggeber kann allenfalls auch die Erfüllung nur einzelner Anforderungen eines Gütezeichens verlangen. Er kann auch technische Spezifikationen unter Verweis auf Spezifikationen dieses Gütezeichens festlegen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und geeignet sind, diesen zu beschreiben (vgl. dazu auch EuGH Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*).

2.6. Eignung

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der Eignung spielt insoweit eine Rolle, als gewisse Umstände verpflichtend zu überprüfen sind. Gemäß den §§ 78 Abs. 1 Z 5 und 6 sowie 249 Abs. 2 Z 4 und 5 iVm Abs. 4 BVergG 2018 bzw. § 44 Abs. 1 Z 5 und 6 BVergGKonz 2018 sind Unternehmer unter näheren Voraussetzungen von der Teilnahme am Vergabeverfahren dann auszuschließen, wenn sie etwa eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechtes, begangen haben oder den Verpflichtungen zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge oder der

¹⁷ Vgl. die Case-Studies in *EK, Sozial verantwortliche Auftragsvergabe in der Praxis: 71 bewährte Verfahren (2020)* 46 ff, 62 ff und 149 ff; vgl. auch die Mitteilung der Kommission, Sozialorientierte Beschaffung – Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen², C(2021) 3573 final 92 ff.

Steuern und Abgaben nicht nachgekommen sind (im Sektorenbereich handelt es sich für öffentliche Unternehmen und private Sektorenauftraggeber [vgl. dazu die §§ 168 und 169 BVergG 2018] gemäß § 249 Abs. 2 BVergG 2018 um eine „kann“-Bestimmung).

Diese Anforderungen gelten gleichermaßen für Subunternehmer. Soll nach Zuschlagserteilung ein Subunternehmer ausgetauscht werden, ist gemäß § 363 Abs. 1 BVergG 2018 bzw. § 106 Abs. 1 BVergGKonz 2018 dies vom Auftragnehmer bzw. Konzessionär mitzuteilen. Der Auftraggeber ist verpflichtet, die Eignung dieses Unternehmers zu prüfen und dessen Einsatz bei Nichtvorliegen der Voraussetzungen abzulehnen.

Bei einer über diese gesetzlichen Verpflichtungen hinausgehenden Berücksichtigung sozialer Aspekte bei Eignungskriterien ist im Besonderen auf einen hinreichenden Bezug zum Auftragsgegenstand zu achten. Sofern beispielsweise für die Durchführung eines öffentlichen Auftrages Kenntnisse im Sozialbereich erforderlich sind, können im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit spezifische Referenzen verlangt oder spezialisierte (ausgebildete) Fachkräfte gefordert werden (siehe zB § 86 iVm Anhang XI BVergG 2018).¹⁸

2.7. Zuschlagskriterien

Soziale Aspekte können auch bei den Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Im Unterschied zur Festlegung von technischen Spezifikationen sowie Bedingungen im Leistungsvertrag führt die Erfüllung qualitativer Zuschlagskriterien zwar zu einer besseren Angebotsbewertung, ist aber gleichwohl für einen Zuschlag nicht zwingend. Sollen daher bestimmte soziale Aspekte jedenfalls berücksichtigt werden, sollten diese nicht als Zuschlagskriterium vorgesehen werden.

Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang weiters, dass Zuschlagskriterien der Bewertung der Angebote dienen und nicht der Beurteilung der Qualität oder Leistungsfähigkeit der Bieter. Der EuGH hält daher in stRsp fest, dass als Zuschlagskriterien Kriterien ausgeschlossen sind, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter für die Ausführung des betreffenden Auftrages zusammenhängen (siehe zB EuGH Rs C-532/06, *Lianakis ua.*, Rz 30). Keinen diesen Vorgaben entsprechenden Bezug zum Auftragsgegenstand weisen etwa Zuschlagskriterien auf, die die Anzahl von Lehrlingen und anderer Auszubildenden oder der Beschäftigung von älteren

¹⁸ Vgl. auch die Mitteilung der Kommission, Sozialorientierte Beschaffung – Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen², C(2021) 3573 final 81 ff.

Dienstnehmerinnen und Dienstnehmer im anbietenden Unternehmen im Verhältnis zum Gesamtpersonalstand werten. Damit wird lediglich auf das Unternehmen des Bieters, und zwar auf die im Unternehmen beschäftigten Auszubildenden und die im Unternehmen beschäftigten älteren Dienstnehmer, abgestellt (vgl. LVwG Salzburg 23.9.2016, 405-5/18/1/18-2016 ua.).

Der vom BVergG 2018 bzw. dem BVergGKonz 2018 und dem Unionsrecht geforderte Bezug zum Auftragsgegenstand liegt hingegen dann vor, wenn die Anzahl der bei der Ausführung des Auftrages einzusetzenden benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen bewertet werden soll.¹⁹ Auch ist es möglich und zulässig, besondere soziale Kompetenzen des einzusetzenden Schlüsselpersonals im Rahmen der Zuschlagskriterien zu bewerten.²⁰ In diesem Fall ist sicherzustellen, dass dieses Schlüsselpersonal diese besonderen Kompetenzen tatsächlich erfüllt und dass dieses Personal nur mit Zustimmung des Auftraggebers ausgetauscht werden kann.²¹

2.8. Bedingungen im Leistungsvertrag

Ein Auftraggeber kann schließlich im Leistungsvertrag soziale Ausführungsbedingungen vorsehen, sofern diese Bedingungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und bereits in der Ausschreibung bekannt gemacht worden sind (vgl. näher §§ 110 Abs. 1 Z 13 und 262 Abs. 8 BVergG 2018). Diese sind (erst) während der Erbringung der Leistungen vom Zuschlagsempfänger zu erfüllen; es kann nicht verlangt werden, dass sie schon bei der Angebotsabgabe vom Unternehmer eingehalten werden.

Die Verwendung von sozialen Auftragsausführungsbedingungen ermöglicht somit Unternehmern eine Teilnahme am Vergabeverfahren, die mitunter noch keine vom Auftraggeber verlangte soziale Aspekte (etwa im Bereich von frauen-, behinderten- oder beschäftigungspolitischen Belangen) implementiert haben. Durch die Chance, dennoch den Zuschlag erhalten zu können, können Auftraggeber erreichen, dass jedenfalls im Rahmen der Auftragsausführung diese Unternehmer zur Umsetzung der Bedingung verpflichtet sind und (erstmalig) entsprechende soziale Maßnahmen setzen. Da aber derartige Bedingungen erst im Zeitpunkt der Vertragsausführung zu setzen sind, ist deren

¹⁹ So auch etwa ErwG 93 f. RL 2014/24/EU bzw. ErwG 98 f. RL 2014/25/EU.

²⁰ Siehe dazu auch etwa Art. 67 Abs. 2 lit. b RL 2014/24/EU bzw. Art. 82 Abs. 2 lit. b RL 2014/25/EU und ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP 13.

²¹ Im Falle eines Austausches von Schlüsselpersonal muss der Auftraggeber darüber hinaus verifizieren, dass das Ersatzpersonal zumindest ein gleichwertiges Kompetenzniveau wie das zu ersetzende Personal aufweist. Sollte dies nicht der Fall sein, dürfte die Zustimmung zum Austausch nicht erteilt werden, da es sich im Regelfall um eine wesentliche Änderung eines Vertrages gemäß § 365 BVergG 2018 handeln wird.

Einhaltung (gegebenenfalls regelmäßig) zu kontrollieren²² und es empfiehlt sich, deren Einhaltung mit Vertragsstrafen abzusichern.

Die Möglichkeiten, entsprechende Bedingungen vorzusehen, sind vielfältig.²³ So kann etwa die Verpflichtung im relevanten Unternehmensbereich, Arbeitsuchende, insbesondere Langzeitarbeitslose (vgl. EuGH Rs C-31/87, *Beentjes*, Rz 28 ff.), einzustellen oder bei der Ausführung des Auftrages Schulungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche durchzuführen, vorgesehen oder die Verpflichtung verankert werden, bei der Ausführung des Auftrages Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit zwischen Mann und Frau oder der ethnischen und rassischen Vielfalt durchzuführen.²⁴

Vor dem Hintergrund der gegenwärtigen Situation werden daher alle Auftraggeber eingeladen zu prüfen, inwieweit soziale Maßnahmen, insbesondere im Beschäftigungsbereich, in Vergabeverfahren implementiert werden können.

24. Juni 2021

Die Bundesministerin:
Dr.in Alma Zadić, LL.M.

Elektronisch gefertigt

²² ZB durch Berichtsvorlagen, Nachschau vor Ort udglm.

²³ Vgl. die Mitteilung der Kommission, Sozialorientierte Beschaffung – Ein Leitfadens für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen², C(2021) 3573 final 97 ff.

²⁴ ErläutRV 69 BlgNR XXVI. GP 137.