

Entwurf (Stand 28.9.)

Erläuterungen

Allgemeines zur Genehmigung:

Im Zuge des Angriffskrieges der Russischen Föderation gegen die Ukraine hat die Europäische Union erstmals Sanktionen gegen Personen, Organisationen oder Einrichtungen aus der Russischen Föderation spezifisch im Zusammenhang mit dem öffentlichen Auftragswesen erlassen.

Mit Verordnung (EU) 2022/576 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 833/2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. Nr. L 111 vom 08.04.2022 S. 1, wurde ein neuer Art. 5k in die Verordnung (EU) Nr. 833/2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren, ABl. Nr. L 2290 vom 31.07.2014 S. 1, (im Folgenden: SanktionenVO) eingefügt [dieser wurde zuletzt durch Verordnung (EU) 2022/1269, ABl. Nr. L 193 vom 21.7.2022 S. 1, geändert]. Gemäß Art. 5k Abs. 1 SanktionenVO ist es verboten, öffentliche Aufträge oder Konzessionen an Personen, Organisationen oder Einrichtungen aus der Russischen Föderation zu vergeben bzw. öffentliche Aufträge oder Konzessionen mit solchen weiterhin zu erfüllen. Gemäß Art. 5k Abs. 2 SanktionenVO können jedoch für bestimmte, taxativ genannte Leistungen „die zuständigen Behörden die Vergabe oder die Fortsetzung der Erfüllung von Verträgen genehmigen“. Gemäß Abs. 3 leg.cit. hat ein Mitgliedstaat überdies die anderen Mitgliedstaaten sowie die Kommission über jede erteilte Genehmigung innerhalb von zwei Wochen zu unterrichten.

§ 2 Abs. 3 des Bundesgesetzes über Genehmigungen im Zusammenhang mit Sanktionsmaßnahmen in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens ermächtigt die Bundesregierung, mit Verordnung die Vergabe bzw. die Fortsetzung der Erfüllung von Aufträgen und Konzessionsverträgen für bestimmte Arten von Leistungen oder Konzessionen zu genehmigen, sofern dies mit den unmittelbar anwendbaren Sanktionsmaßnahmen der Europäischen Union vereinbar ist. Art. 5k Abs. 2 der SanktionenVO schreibt kein Procedere vor, wie Genehmigungen zu erteilen sind. Auch ist nicht vorgesehen, dass Genehmigungen nur im Einzelfall erteilt werden dürfen. Die Europäische Kommission führt in ihren FAQs zu den Sanktionen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens zu Frage 39 aus (Stand 26. August 2022; die FAQs sind verfügbar unter https://finance.ec.europa.eu/system/files/2022-08/faqs-sanctions-russia-public-procurement_en_0.pdf; abgerufen am 22. September 2022):

“The Sanctions Regulation empowers the competent national authorities to provide authorisations in certain cases provided for in Article 5k (2), and does not regulate the procedure or mechanism for granting those authorisations. Competent national authorities are therefore entitled to decide that the award of certain groups or types of contracts is authorised. Such a block authorisation may have the effect of releasing buyers from the need of analysing or checking situations within specific contracts, provided that they respect the conditions of those authorisations.”

Vor diesem Hintergrund steht das unmittelbar anwendbare Unionsrecht einer pauschalen Genehmigung durch Verordnung nicht entgegen (siehe bspw. auch die Allgemeine Genehmigung Nr. 31 des deutschen Bundesamtes für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle; abrufbar unter https://www.bafa.de/SharedDocs/Kurzmeldungen/DE/Aussenwirtschaft/Ausfuhrkontrolle/20220628_veroeffentlichung_agg31.html).

Zu den einzelnen Bestimmungen

Zu § 1:

Zu Z 1 und 3: Sachlich erstrecken sich die Verbote von Art. 5k Abs. 1 der SanktionenVO zunächst auf alle im Oberschwellenbereich liegenden Auftrags- oder Konzessionsvergaben im Anwendungsbereich des

Bundesvergabegesetzes 2018 – BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018 BGBl. I Nr. 65/2018 sowie des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012, BGBl. I Nr. 10/2012. Darüber hinaus gelten die unionsrechtlichen Verbote auch für bestimmte Aufträge und Konzessionsverträge, die an sich von den genannten Gesetzen ausgenommen wären. Mit den gewählten Formulierungen in Z 1 und 3 wird generell auf Aufträge bzw. Konzessionsverträge gemäß den genannten Gesetzen abgestellt, womit auch Aufträge bzw. Konzessionsverträge erfasst werden, die aufgrund bestimmter Bestimmungen der genannten Gesetze von deren Anwendungsbereich ausgenommen wären. Somit erfassen Z 1 und 3 alle Aufträge und Konzessionsverträge, für die die Verbote des Art. 5k Abs. 1 der SanktionenVO gelten.

Zu Z 4 lit. a bis c: Die Formulierung der Z 4 wird fast wörtlich aus Art. 1 Z 15 der deutschen Sprachfassung der Verordnung (EU) 2022/1269 übernommen. Die SanktionenVO verweist in Art. 5k Abs. 1 lit. b und c lediglich auf die unter lit. a bzw. die unter lit. a und b genannten „Organisationen“ und scheint die in den verwiesenen Bestimmungen ebenfalls genannten russischen Staatsangehörigen, in Russland ansässigen natürliche Personen oder in Russland niedergelassenen juristischen Personen oder Einrichtungen ausschließen. Dabei handelt es sich im Licht des Zieles der Unionsverordnung jedoch um ein offenkundiges Redaktionsversehen der Verordnung (EU) Nr. 833/2014, weshalb auch die zuletzt genannten Entitäten vom Verweis mitumfasst sind. Gleiches muss daher auch im Anwendungsbereich der gegenständlichen Verordnung der Bundesregierung gelten und es wird im Sinne der Rechtssicherheit dieses Redaktionsversehen bereinigt.

Zu Z 4 lit. d: In ihren FAQs zu den Sanktionen im Bereich des öffentlichen Auftragswesens führt die Europäische Kommission unter anderem Folgendes aus:

„16. Does the 10% Russian subcontracting, supplying or capacity provision limit apply individually or cumulatively? Last update: 12 May 2022

It applies individually to each subcontractor, supplier or capacity provider. Where more than one covered entity is involved, the value of their participation has to reach 10 % in at least one case for sanctions to apply.

17. Does the 10% Russian subcontracting and supplying limit apply only to the first step or also further in the supply chain? Last update: 12 May 2022

The terms “subcontractors” and “suppliers” include the whole supply chain and not only direct suppliers. Thus, contracts are covered even if the 10% of Russian subcontracting or supplying is provided through intermediary entities.“

Vor diesem Hintergrund ist die 10%-Schwelle der lit. d als individuelle und nicht als kumulative Beteiligungsschwelle der beabsichtigt einzusetzenden bzw. eingesetzten Subunternehmer bzw. Lieferanten zu qualifizieren.

Zu Z 4 lit. e: In Art. 1 Abs. 1 Schlussteil der SanktionenVO wird der Tatbestand der lit. e systematisch auch mit der „10%-Schwelle“ in Bezug gesetzt. Da die Inanspruchnahme von Kapazitäten in der Regel keinen Bezug zum (geschätzten) Auftragswert hat bzw. nicht in Bezug auf diesen bewertbar sein kann, ist klarzustellen, dass in solchen Fällen jeder Eignungsnachweis durch sanktionierte Personen dazu führt, dass der diese Kapazitäten in Anspruch nehmende Unternehmer in den Anwendungsbereich des Sanktionsregimes fällt. Wie schon zu lit. d festgehalten, bezieht sich die 10%-Schwelle auf die Personen, Organisationen oder Einrichtungen gemäß lit. a bis c deren Kapazitäten in Anspruch genommen werden bzw. werden sollen.

Zu § 2:

Die Abs. 1 und 2 genehmigen die Vergabe von Aufträge und Konzessionsverträgen sowie deren Weitererfüllung im größtmöglichen Umfang entsprechend Art. 5k Abs. 2 SanktionenVO. Auftraggeber (§ 1 Z 2) müssen daher selbst sicherstellen, dass ein Auftrag oder Konzessionsvertrag, der an eine sanktionierte Person (§ 1 Z 4) vergeben werden soll, unter einen der Tatbestände des Abs. 3 fällt. Ein Antrag auf Genehmigung betreffend eines konkreten Auftrages bzw. eines Konzessionsvertrags bei der Bundesministerin für Justiz gemäß § 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes über Genehmigungen im Zusammenhang mit Sanktionsmaßnahmen in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens Bedarf es folglich nicht mehr.

Zu § 4:

Die Meldepflicht umfasst beide Genehmigungstatbestände. Im Fall der Fortsetzung der Erfüllung reicht eine einmalige Meldung, wobei der fristauslösende Zeitpunkt der 10. Oktober 2022 ist. In der Meldung ist ein Verweis auf die Bekanntgabe aufzunehmen: dies kann im Fall von vor dem 1. März 2019 abgeschlossenen Altverträgen bzw. im Anwendungsbereich des BVergGVS 2012 auch ein Verweis auf

das in TED publizierte Standardformular sein, im Regelfall wird dies – wie im Fall der Z 1 - ein Link auf die OGD-Daten der Bekanntgabe sein (vgl. dazu etwa § 62 BVergG 2018). Die Meldung hat ferner einen Hinweis auf jenen Ausnahmetatbestand gemäß § 2 Abs. 3 zu enthalten, der vom jeweiligen Auftraggeber in Anspruch genommen wurde. Dies ermöglicht eine erste Kategorisierung der einlangenden Meldungen.

Zu § 5:

Zum Außerkrafttreten siehe § 3 des Bundesgesetzes über Genehmigungen im Zusammenhang mit Sanktionsmaßnahmen in Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens sowie die diesbezüglichen Erläuterungen.