

Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1014 Wien

per e-Mail: v8a@bka.gv.at

ZI. 13/1 13/3

GZ: BKA-600.883/0076-V/8/2012

BG, mit dem das BG 2006 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden

Referent: Dr. Michael Breitenfeld, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag (ÖRAK) dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

S t e l l u n g n a h m e :

Durch die Novellierung soll einerseits die Innovation als sekundäres Beschaffungsziel im BVergG 2006 verankert und andererseits die Richtlinie 2011/7/EU („Zahlungsverzugsrichtlinie“) umgesetzt werden.

Beides ist grundsätzlich zu begrüßen, es ergeben sich aber insbesondere Bedenken im Hinblick auf die Richtlinienkonformität der Umsetzung der Regelungen über den Zahlungsverzug.

Im Einzelnen sind folgende Punkte hervorzuheben:

Ad Verankerung der Innovation als sekundäres Beschaffungsziel:

Die Textierung von § 19 Abs 7 BVergG 2006 neu bzw § 187 Abs 7 BVergG 2006 neu orientiert sich an anderen – schon jetzt ausdrücklich im BVergG 2006 verankerten – sekundären Beschaffungszielen, etwa § 19 Abs 5 und 6 BVergG 2006.

Hierzu ist festzuhalten, dass Innovation bzw jedenfalls ein entsprechender Innovationserfolg für Unternehmen in geringerem Maße beeinfluss- bzw steuerbar erscheint, als andere sekundäre Beschaffungsziele (wie etwa ökologische oder sozialpolitische Aspekte).

Die Berücksichtigung innovativer Aspekte im Rahmen der Beschreibung der Leistung bzw bei der Festlegung von technischen Spezifikationen birgt insofern eine gewisse



Gefahr, als es in vielen Fällen zu einer nicht unerheblichen Einschränkung des potentiellen Bieterkreises und damit des Wettbewerbs kommen könnte.

Geeigneter, eine entsprechende Relation zwischen allfälligen Preisvorteilen „herkömmlicher“ Produkte/Dienstleistungen und dem Mehrwert innovativer Produkte/Dienstleistungen herzustellen, erscheint eine Berücksichtigung innovativer Aspekte im Rahmen der Zuschlagskriterien.

Die in den Erläuterungen enthaltene Anmerkung einer Berücksichtigung innovativer Aspekte, „wo dies einen Mehrwert erwarten lässt“, findet in § 19 Abs 7 BVergG 2006 neu bzw § 187 Abs 7 BVergG 2006 neu keinen entsprechenden Niederschlag, was aber unter Sparsamkeits- bzw Wirtschaftlichkeitsaspekten wünschenswert erschiene.

Eine Novellierung von § 2 Z 20 lit d) sublit aa) BVergG 2006 im Sinne einer Berücksichtigung der Innovation auch im Rahmen der dort (freilich nur demonstrativ) genannten in Betracht kommenden Zuschlagskriterien ist im Entwurf nicht vorgesehen.

Ad Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie:

Zur Umsetzung im BVergG 2006:

Fraglich könnte sein, ob eine Umsetzung der öffentliche Stellen betreffenden Bestimmungen der Zahlungsverzugsrichtlinie (nur) im BVergG 2006 richtlinienkonform wäre, zumal dieses nicht alle Geschäftsvorgänge öffentlicher Stellen erfasst.

Zur Umsetzung sowohl in Bezug auf den Leistungsvertrag als auch in Bezug auf die Ausschreibung:

Die §§ 99a bzw 247a BVergG 2006 neu sind (an sich systemwidrig, dem BVergG 2006 aber freilich nicht völlig fremd) konzipiert als materiell-zivilrechtliche Bestimmungen, wobei Verstöße jeweils mit Nichtigkeit sanktioniert sein sollen.

Im Hinblick auf diese materiellrechtliche Nichtigkeitssanktion erscheint eine separate Umsetzung in Bezug auf die Ausschreibung (§§ 87a bzw 241a BVergG 2006 neu) redundant. Zur Übersichtlichkeit des BVergG 2006 würde dies jedenfalls nicht beitragen.

Zu Abs 1 der §§ 87a, 99a, 241a, 247a BVergG 2006 neu:

Fraglich erscheint, ob die Richtlinie im Hinblick auf deren Art 4 Abs 1 öffentlichen Stellen ein vertragliches Abgehen vom gesetzlichen Verzugszinssatz zu Lasten der Gläubiger überhaupt erlaubt – auch wenn nicht gröblich benachteiligend. Anders als Art 3 Abs 1 der Richtlinie, der für den Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen allgemein einen Anspruch auf Verzugszinsen anführt, verweist Art 4 Abs 1 explizit auf den „gesetzlichen Zins“.

Hinsichtlich der Zahlungsfrist gibt Abs 2 der §§ 87a, 99a, 241a, 247a BVergG 2006 neu ohnehin vor, dass diese 30 Tage (bei sachlicher Rechtfertigung bis zu 60 Tage)

nicht überschreiten darf. Insofern erscheint ein Anführen der Zahlungsfrist in Abs 1 geeignet, Unklarheiten in Bezug auf das Verhältnis zu Abs 2 hervorzurufen, insbesondere ob mit „*sachlich gerechtfertigt*“ (Abs 2) und „*grob nachteilig*“ (Abs 1) nur zwei Seiten derselben Medaille bezeichnet werden sollen oder diesbezüglich zu differenzieren ist. (Freilich wird dabei nicht übersehen, dass mit Abs 1 der genannten Bestimmungen jeweils Art 7 Abs 1 der Richtlinie entsprochen werden soll.)

Es sind auch Auswirkungen auf die bisherige österreichische Vertragspraxis zu erwarten (vgl etwa Punkt 8.4.1.2 der ÖNORM B 2110) bzw erscheint auch hier Adaptierungsbedarf gegeben.

Zu Abs 3 der §§ 87a, 99a, 241a, 247a BVerG 2006 neu:

Hier bleibt aber abzuwarten, wie sich die Bestimmung auf die bisherige österreichische Vertragspraxis (etwa ÖNORM B 2110) auswirkt, vor allem ob mit dem Verweis auf die Übung des redlichen Verkehrs ausreichend auf diese Bedacht genommen werden kann.

Insbesondere ergeben sich nach der bisherigen österreichischen Vertragspraxis im Rahmen von Abnahme- bzw Überprüfungsverfahren durchaus auch Mitwirkungspflichten des Gläubigers (gemeinsame Aufmaßfeststellungen, Übermittlung prüffähiger Unterlagen, etc...). Eine stärkere Bedachtnahme auf die Implikationen einer Verletzung solcher Mitwirkungspflichten durch den Gläubiger wäre wünschenswert. Art 4 Abs 1 lit a und b der Richtlinie scheinen das durchaus zuzulassen.

Zu Abs 4 der §§ 87a, 99a, 241a, 247a BVerG 2006 neu:

Die Umsetzung erscheint in dieser Form durch die Richtlinie freilich vorgegeben. Probleme in der Praxis sind aber wohl in Bezug auf die Folgen einer mangelhaften bzw nicht vertragskonformen Rechnungslegung zu erwarten (etwa Zulässigkeit von Vereinbarungen über die Rückstellung mangelhafter Rechnungen bzw über die Auswirkungen einer solchen Rückstellung, Behandlung als „Nichtrechnung“). Auch hier scheinen Art 4 Abs 1 lit a und b der Richtlinie in der Umsetzung eine stärkere Bedachtnahme auf – insoweit berechnigte – Schuldnerinteressen zuzulassen.

Zu Abs 5 der §§ 99a, 247a BVerG 2006 neu:

Diese Bestimmungen erscheinen insofern systemwidrig, als auf eine Anfechtung von Bestimmungen „im“ Leistungsvertrag in einem Nachprüfungsverfahren verwiesen wird, nach den übrigen Bestimmungen des BVerG 2006 (siehe §§ 312, 320 BVerG 2006) Nachprüfungsverfahren aber nur bis zur Zuschlagserteilung (also vor Zustandekommen des Leistungsvertrags) vorgesehen sind.

Es stellt sich die Frage, ob es nicht zweckmäßiger wäre, von einer solchen (materiell-zivilrechtlichen) Präklusion abzusehen.

Zumal auch Art 7 Abs 1 der Richtlinie auf eine Nichtdurchsetzbarkeit von „Vertragsklauseln“ verweist, erscheint auch die Richtlinienkonformität einer materiell-

zivilrechtlichen Präklusion, die bereits vor Zustandekommen des Vertrags eintreten würde, fraglich.

Seitens des ÖRAK wird um entsprechende Berücksichtigung der aufgezeigt Punkte ersucht.

Wien, am 24. Januar 2013

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Rupert Wolff
Präsident