

Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wien

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

ZI. 13/1 15/60

BKA-600.883/0002-V/8/2015

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

Referent: Prof. 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 :

Die Novelle wird seitens des ÖRAK grundsätzlich begrüßt, im Einzelnen ist aber
folgendes anzumerken:

ad § 49 Abs. 2, § 55 Abs. 5 erster Satz, § 210 Abs. 2, § 219 Abs. 5 erster Satz und 332 Abs. 7

Die Klarstellungen sind im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH vom 11.9.2014,
Rs C-19/13, grundsätzlich zu begrüßen. Wünschenswert erschiene aber eine
stärkere Betonung des anzulegenden – hohen – Sorgfaltsmaßstabs bei der
Durchführung von Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung – etwa
dahingehend, dass darauf abgestellt wird, dass ein Auftraggeber „*berechtigt*“ bzw.
„*bei Einhaltung der gebotenen Sorgfalt*“ davon ausgehen darf, dass die Durchführung
eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zulässig ist.

In § 332 Abs. 7 erschiene ein klarerer Verweis auf die Mindestinhalte der
ex ante-Bekanntmachung wünschenswert.



ad § 79 Abs. 3 und 3a, Entfall des 5. Unterabschnittes, § 236 Abs. 3 und 3a

§ 79 Abs. 3 Z 5 sieht in der vorgeschlagenen Fassung zwingend das Bestbieterprinzip für den Fall vor, dass in der Ausschreibung von geeigneten Leitlinien (§§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2) abgewichen wird „und dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind“.

Letzteres steht in einem gewissen Widerspruch zu § 78 Abs. 3, wonach die Ausschreibungsunterlagen so auszuarbeiten sind, dass die Vergleichbarkeit der Angebote „sichergestellt“ ist.

Sofern beabsichtigt ist, dass nicht jede (auch unwesentliche) Abweichung von geeigneten Leitlinien zwingend die Wahl des Bestbieterprinzips nach sich ziehen soll und dementsprechend eine Einschränkung erfolgen soll, erschiene wünschenswert, nicht auf eine zu erwartende mangelnde Vergleichbarkeit von Angeboten abzustellen, die ja an sich sichergestellt sein muss.

Um zu vermeiden, dass nicht auch jede unwesentliche Abweichung von geeigneten Leitlinien zwingend die Wahl des Bestbieterprinzips auslöst, könnte allenfalls auf den qualitativen Umfang der Abweichungen abgestellt werden.

ad § 83 Abs. 2 und 3, § 108 Abs. 1 Z 2, § 123 Abs. 2 Z 2, § 240 Abs. 2 und 3, § 257 Abs. 1 Z 2 und § 267 Abs. 2 Z 2

Festzuhalten ist, dass die Neuregelungen – vor allem auftraggeberseitig – in vielen Fällen zu einer nicht unerheblichen Erhöhung des Prüfaufwands führen werden.

Soweit in den Erläuterungen darauf verwiesen wird, dass eine zu erwartende hohe Anzahl an Subunternehmern bzw. weiteren Subunternehmern ein sachlicher Grund für ein Abgehen von der Offenlegungspflicht in den Ausschreibungsunterlagen darstellen kann, spiegelt sich dies im vorgeschlagenen Gesetzestext nicht entsprechend wider.

Zumal gerade in solchen komplexen Subunternehmerketten die Gefahr der Weitergabe eines unbotmäßigen Preisdrucks bzw. des Lohn- und Sozialdumpings, die die Novelle ja an sich hintanhaltend will, am größten erscheint, erscheint fraglich, ob dies in der Rechtsprechung tatsächlich als sachlicher Grund für ein Abgehen von der Offenlegungspflicht angesehen werden würde.

Soweit ein zu erwartender übermäßiger Prüfaufwand einen sachlichen Grund im Sinne des § 83 Abs. 2 in der vorgeschlagenen Fassung darstellen soll, wäre daher wünschenswert, dies aus Gründen der Klarheit im Gesetzestext entsprechend zu verankern.

ad § 83 Abs. 4 und 5, § 108 Abs. 1 Z 2a, § 240 Abs. 4 und 5 sowie § 257 Abs. 1 Z 2a

Die in den Erläuterungen angeführte Bemerkung, dass ein Auftraggeber seine Zustimmung zu einem Subunternehmerwechsel nicht willkürlich sondern nur aus

sachlichen Gründen verweigern darf, spiegelt sich im vorgeschlagenen Gesetzestext nicht entsprechend wider.

Darüber hinaus erscheint eine undifferenzierte Bindung an die Zustimmung des Auftraggebers nicht sachgerecht – insbesondere etwa in Fällen, in denen ein Subunternehmerwechsel bzw. ein zusätzlicher Subunternehmer aus nicht vom Auftragnehmer zu vertretenden bzw. nicht in seiner Sphäre liegenden Gründen erforderlich wird (etwa auftraggeberseitig angeordnete Leistungsänderungen).

Diesbezüglich wäre zu begrüßen, wenn die Zulässigkeit eines Subunternehmerwechsels bzw. der Hinzuziehung eines zusätzlichen Subunternehmers (generell oder zumindest in den oben genannten Fällen) an objektive Kriterien (etwa die Eignung des neuen Subunternehmers nach Maßgabe der Ausschreibungsbestimmungen) gebunden wird. Unbeschadet dessen könnte freilich eine verpflichtende vorherige Mitteilung an den Auftraggeber vorgesehen werden. Das gleiche gilt auch für weitere Subunternehmer im Sinne des § 83 Abs. 2 in der vorgeschlagenen Fassung.

Es wird um Berücksichtigung der oben angeführten Punkte ersucht.

Wien, am 7. Mai 2015

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG


Dr. Rupert Wolff
Präsident

