



Rechtsanwälte:
Mag. Aleksandra Fux
Mag. Anton Neulinger
Mag. Anastasia Mitrofanova
Dr. Davorka Situm-Ceovic

An das
Bundeskanzleramt - V/8a
Herrn Dr. Michael Fruhmann
Ballhausplatz 2
1010 Wien

Kanzlei Wien:
1020 Wien, Taborstraße 11 B
tel.: +43 1 235 03 42
fax: +43 1 235 03 42 10
office@fnm-anwaelte.at
www.fnm-anwaelte.at

V8@bka.gv.at

cc: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

ZI. BKA-600.883/0003-V/8/2017

Wien, am 31.3.2017
17/002 / neu

Stellungnahme zum Ministerialentwurf zum Vergaberechtsreformgesetz 2017

Sehr geehrter Herr Dr. Fruhmann!

Zum Ministerialentwurf zum Vergaberechtsreformgesetz 2017 gebe ich folgende Stellungnahme ab:

Die Annäherung der Regeln des Unterschwellen- an den Oberschwellenbereich ist – anders als von der ÖBB-Holding AG im Schreiben von gestern dargestellt – zu begrüßen, da Regeln besser gelernt werden, wenn sie für alle gelten. Die Totalrevision im Gleichschritt mit den Änderungen der Richtlinien hat sich bewährt. Es sollte dem Gesetzgeber des Unionsrechts gegenüber klar zum Ausdruck gebracht werden, dass in Zukunft die Vergaberichtlinien mit weniger, dafür aber klareren Bestimmungen auskommen sollen. Das derzeitige gegen die Republik Österreich geführte Vertragsverletzungsverfahren kann und soll dazu genützt werden.

§ 9 Z 8 BVergG 2017 nimmt Dienstleistungsaufträge betreffend die Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt nur dann vom Geltungsbereich des BVergG 2017 aus, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen und eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Angele-

genheit, auf die sich die Beratung bezieht, Gegenstand eines Schlichtungs- Schieds-, gerichtlichen oder behördlichen Verfahrens werden wird. Meines Erachtens sollte die Ausnahme auch dann greifen, wenn der öffentliche Auftraggeber ohne grobes Verschulden einen Beschaffungsvorgang unverzüglich einleiten muss. Zudem könnte aus dieser Bestimmung der unzutreffende Schluss gezogen werden, dass der öffentliche Auftraggeber im Ausnahmefall der Z 8 zwar einen persönlichen Rechtsanwalt zu Rate ziehen, sich aber keiner Anwalts-gesellschaft bedienen darf. Vorgeschlagen wird daher folgende Fassung von § 9 Z 8 BVergG 2017:

„die Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwalts-gesellschaft zur Vorbereitung eines unter lit. a genannten Verfahrens oder die Rechtsberatung durch einen Rechtsanwalt oder eine Rechtsanwalts-gesellschaft, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen und eine hohe Wahrscheinlichkeit besteht, dass die Angelegenheit, auf die sich die Beratung bezieht, Gegenstand eines Verfahrens nach lit. a werden wird oder der öffentliche Auftraggeber ohne sein grobes Verschulden unverzüglich einen Beschaffungsvorgang einleiten muss.“

§ 34 BVergG 2017, der die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder des wettbewerblichen Dialogs regelt, ist für mich die beste Neuerung! Diese Bestimmung ist inhaltlich und legislatisch äußerst gelungen. Sie sollte keinesfalls geändert werden!

§ 91 Abs 5 BVergG 2017 legt fest, in welchen Fällen die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip zu erfolgen hat. Die Z 1 bis 3 sind äußerst gelungen. Die Z 4, 5 und 6 sind meines Erachtens ersatzlos zu streichen (Z 4) oder in den Anwendungsbereich der Z 1 (Z 5 und 6) aufzunehmen: § 91 Abs 5 Z 1 BVergG 2017 sieht ohnehin das Bestbieterprinzip vor, wenn die Voraussetzungen für ein Verhandlungsverfahren iSd § 34 Z 2 bis 4 BVergG 2017 vorliegen! Somit stellt sich die Frage des Anwendungsbereichs des § 91 Abs 5 Z 4 BVergG 2017, welcher für Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen das Bestbieterprinzip anordnet. Soweit komplexe Beschaffungsvorgänge betroffen sind, erlaubt § 91 Abs 5 BVergG 2017 iVm § 34 Z 3 BVergG 2017 ohnehin die Wahl des Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung und das Bestbieterprinzip. Sofern jedoch weder komplexe noch konzeptionelle oder innovative Lösungen erforderlich sind, gibt es keine sachliche Rechtfertigung, aus-

schließlich bei Reinigungs- und Bewachungsdienstleistungen das Bestbieterprinzip anzuordnen. Hier werden zwei bestimmte Branchen aus unsachlichen Gründen – je nach Fallkonstellation – privilegiert oder diskriminiert. § 91 Abs 5 Z 4 BVergG 2017 widerspricht daher dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes und ist in seiner derzeitigen Form daher verfassungswidrig. § 91 Abs 5 Z 5 und 6 BVergG 2017 sollten meines Erachtens gestrichen und systemkonform in den Anwendungsbereich des § 91 Abs 5 Z 1 BVergG 2017 aufgenommen werden. Ich schlage daher folgende Fassung des § 91 Abs 5 BVergG 2017 vor:

„(5) Der Zuschlag ist bei der Vergabe folgender Leistungen dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen:

- 1. bei Dienstleistungen, die im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung oder im Wege eines wettbewerblichen Dialoges gemäß § 34 Z 2 bis 4 oder im Wege einer Innovationspartnerschaft vergeben werden sollen, oder*
- 2. wenn die Beschreibung der Leistung im Wesentlichen funktional erfolgt, oder*
- 3. bei Bauaufträgen, deren geschätzter Auftragswert mindestens 1 000 000 Euro beträgt.“*

§ 48 BVergG 2017 regelt, in welchen Fällen sich der öffentliche Auftraggeber sich der elektronischen Kommunikation bedienen muss. Die Formulierung spricht eher dafür, dass im Oberschwellenbereich der öffentliche Auftraggeber nicht einmal die Teilnahmeanträge oder Angebote in körperlicher Form entgegen nehmen darf. In diesem Punkt muss meines Erachtens Klarheit herrschen. Für den Unterschwellenbereich ist unklar, ob der öffentliche Auftraggeber eine Kombination der Kommunikationswege wählen kann und was gilt, wenn – was im Regelfall passieren wird! – der öffentliche Auftraggeber im Unterschwellenbereich die Gründe der Verwendung anderer Kommunikationsmittel nicht im Vergabevermerk angibt. Richtigerweise sind die Gründe der Verwendung anderer Kommunikationsmittel bereits in der Ausschreibung anzugeben. Interpretiert man § 48 Abs 2 BVergG 2017 streng, so heißt das, dass der öffentliche Auftraggeber im Unterschwellenbereich § 48 Abs 3ff BVergG 2017 auf Punkt und Beistrich einzuhalten hat, wenn er die Ausschreibungsunterlagen zum Download bereitstellt oder mit den Bietern per E-Mail kommuniziert. Welche Mischformen der Kommunikation, die nach § 48 Abs 1 BVergG 2017 ausdrücklich zulässig sind, dann noch möglich sind, bleibt unklar. Zudem ist unerfindlich, warum der öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung nähere Festlegungen der zu beachtenden Anforderungen an die elektro-

nische Kommunikation zu treffen hat, wenn das Gesetz diese so ausführlich regelt. Es muss reichen, wenn der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen auf § 48 BVergG 2017 verweist und dort den wesentlichen Inhalt des Gesetzes wiedergibt.

Ich schlage folgende Änderungen des § 48 BVergG Abs 1 bis 4 und 6 BVergG 2017 vor:

„(1) Der öffentliche Auftraggeber kann im Unterschwellenbereich zwischen der elektronischen Kommunikation oder der Kommunikation über den Postweg oder einen anderen geeigneten Weg oder einer Kombination wählen. Teilnahmeanträge und Angebote darf der öffentliche Auftraggeber im Unterschwellenbereich jedenfalls und im Oberschwellenbereich aus sachlichen Gründen in körperlicher Form entgegen nehmen.

(2) Soweit die Kommunikation zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmer in einem Vergabeverfahren elektronisch zu erfolgen hat, gelten folgende Absätze:

(2a) Die Kommunikation zwischen Unternehmer und öffentlichem Auftraggeber hat im Oberschwellenbereich nach Maßgabe der folgenden Absätze zu erfolgen.

(3) Der öffentliche Auftraggeber hat in der Ausschreibung auf § 48 BVergG 2017 und seinen wesentlichen Inhalt hinzuweisen sowie die Gründe für die allfällige Verwendung anderer Kommunikationsmittel in der Ausschreibung anzugeben.

(4) Der Unternehmer hat Informationen elektronisch zu übermitteln. Der öffentliche Auftraggeber kann Informationen elektronisch übermitteln oder elektronisch bereitstellen; der Unternehmer ist von der Bereitstellung elektronisch zu verständigen. Elektronisch übermittelte Informationen gelten als übermittelt, sobald ihre Daten in den elektronischen Verfügungsreich des Empfängers gelangt sind. Elektronisch bereitgestellte Informationen gelten als bereitgestellt, sobald ihre Daten für den Empfänger abrufbar sind und letzterer ihren Abruf nicht grob fahrlässig vereitelt.

§ 48 Abs 6 letzter Satz BVergG 2017 ist zu streichen.

§§ 103f BVergG 2017 sollten meines Erachtens klarer formuliert und unbestimmte Gesetzesbegriffe wie insbesondere das Wort „*erforderlichenfalls*“ jedenfalls vermieden werden. Klargestellt werden muss, dass auch bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die Vergleichbarkeit der Angebote jedenfalls gewährleistet sein muss! Ich schlage folgende Formulierung der §§ 103f BVergG 2017 vor:

„2. Unterabschnitt

Die Leistungsbeschreibung

Grundsätze

§ 103 (1) Die Leistungen sind so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist.

(2) In der Leistungsbeschreibung sind die Aufgabenstellung und alle Umstände anzuführen, die für die Erstellung des Angebotes und die Leistungserbringung von Bedeutung sind. Dazu gehören insbesondere örtliche und zeitliche Umstände, besondere Anforderungen über die Art und Weise der Leistungserbringung, aber auch besondere Erschwernisse oder Erleichterungen.

Arten

§ 104 (1) Die Leistungsbeschreibung kann konstruktiv oder funktional erfolgen.

(2) Die konstruktive Leistungsbeschreibung hat die Leistungen nach zu erbringenden Teilleistungen in einem Leistungsverzeichnis aufzugliedern. Sie hat technische Spezifikationen zu enthalten und soll durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen enthalten.

(3) Die funktionale Leistungsbeschreibung hat die Leistungen als Aufgabenstellung durch Festlegung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen zu beschreiben und soll Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen enthalten. Sie hat unter Angabe der technischen Spezifikationen das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Aus ihr müssen sowohl der Zweck der fertigen Leistung als auch die die Leistung gestellten Anforderungen in technischer, wirtschaftlicher, gestalterischer und funktionsbedingter Hinsicht erkennbar sein.“

In § 366 Abs 3 BVergG 2017, der sechs Änderungen von Verträgen und Rahmenvereinbarungen als unwesentliche Änderungen vorsieht, dürfte dem Verfasser der Z 5 ein Redaktionsversehen unterlaufen sein. Im Entwurf heißt es:

„Zusätzliche Leistungen des ursprünglichen Auftragnehmers, die erforderlich geworden sind und nicht in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen vorgesehen waren, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers

a) aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und

b) *mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre.*"

Wenn der Wechsel aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann, sind damit jedenfalls erhebliche Schwierigkeiten oder beträchtliche Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden. Sinn hat die Z 5 nur dann, wenn es sich um zwei Tatbestände handelt. Somit ist das „und“ durch ein „oder“ zu ersetzen!

Klargestellt sollte in § 366 Abs 3 BVergG 2017 aus meiner Sicht überdies, dass es sich um eine demonstrative Aufzählung handelt. Die Wortwiederholung sollte vermieden werden und auch dort das „und“ durch ein „oder“ ersetzt werden. Ich schlage daher folgende Änderung des § 366 Abs 3 BVergG 2017 vor:

„Inbesondere folgende Änderungen von Rahmenvereinbarungen oder Verträgen sind als unwesentliche anzusehen.“

Gerne können diese Anregungen veröffentlicht und weiter verbreitet werden!

Zu guter Letzt erlaube ich mir, mich bei Ihnen für Ihren unermüdlichen Einsatz für das europäische und österreichische Vergaberecht zu danken! Vor allem dank Ihnen ist Österreich federführend bei der Entwicklung des Vergaberechts! Vielleicht sind meine Anregungen ein wenig hilfreich!

Viel Erfolg bei der Umsetzung der Richtlinien!

Mit freundlichen Grüßen



Mag. Anton Neulinger

Fux | Neulinger | Mitrofanova Rechtsanwälte OG