



Bundeskanzleramt  
Ballhausplatz 2  
1014 Wien

Per Email:  
[v8a@bka.gv.at](mailto:v8a@bka.gv.at)

Präsidium des Nationalrates  
Dr. Karl Renner Ring 3  
1017 Wien

Per Email:  
[begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Bundesrechnungszentrum GmbH  
1030 Wien, Hintere Zollamtsstraße 4  
Telefon: +43 (0)1 711 23

BAWAG PSK-Konto 96.000.007  
BLZ 60000  
IBAN: AT58 6000 0000 9600 0007  
BIC-Code: OPSKATWW

UID-Nr.: ATU41542700  
FN: 160573m  
Firmenbuchgericht: HG Wien  
Sitz der Gesellschaft: Wien  
DVR: 0875597

Wien, am 03. April 2017

## **Stellungnahme zum Vergaberechtsreformgesetz 2017 GZ: BKA-600.883/0003-V/8/2017**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Nachstehend nehmen wir zu dem „*Entwurf des Bundesvergabegesetzes 2017*“ wie folgt Stellung:

### **1. Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Dienstleistungsaufträgen (§ 16 Abs 4 BVergG 2017)**

Da Lose insbesondere bei der Wertberechnung gleich zu behandeln sind wie getrennte Vergaben, ist die Streichung der Worte „*der Erbringung gleichartiger Leistungen in*“ § 16 Abs 4 aus unserer Sicht höchst problematisch und wohl nicht intendiert. Das würde nämlich bedeuten, dass alle von einem Auftraggeber vergebenen und künftig zu vergebenden Leistungen zusammenzurechnen sind.

Wir regen daher dringend an, die Streichung zurückzunehmen.



## 2. Vorarbeiten (§ 25 BVergG 2017)

Zur Vorarbeitenproblematik möchten wir anmerken, dass aus unserer Sicht der Übergang zwischen Abs 1 und Abs 2 des § 25 BVergG nicht optimal ist:

Nach Abs 1 muss der Auftraggeber Maßnahmen setzen, um Vorteile eines an Vorarbeiten beteiligten Bewerbers oder Bieters gegenüber anderen Bewerbern oder Bietern auszugleichen. Abs 2 zielt sodann darauf ab, Bieter die an Vorarbeiten beteiligt waren auszuschließen, wenn der Wettbewerb beeinträchtigt wird.

Der Rechtsanwender muss sich hinzudenken, dass ein Ausschluss des Bieters nur dann zulässig ist, wenn trotz aller durch den Auftraggeber gesetzten Maßnahmen nach § 25 Abs 1 BVergG *„keine andere Möglichkeit besteht, die Einhaltung der Pflicht zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung zu gewährleisten (Art 41 RL 2014/24/EU).“*

Um diese Lücke zu schließen, schlagen wir vor, Abs 2 wie folgt zu ergänzen (Ergänzungen unterstrichen, nicht kursiv):

*„(2) Bewerber, Bieter sowie mit diesen in Verbindung stehende Unternehmen, die im Sinne des Abs. 1 an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren, sind, wenn selbst durch Setzung von Maßnahmen nach Abs 1 keine Möglichkeit besteht, die Einhaltung der Pflicht zur Wahrung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des fairen und lauteren Wettbewerbs zu gewährleisten, von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Vor dem Ausschluss ist dem betroffenen Unternehmer die Möglichkeit zu geben, nachzuweisen, dass seine Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens den Wettbewerb nicht verzerren konnte.“*

## 3. Bekanntgaben in Österreich im Zusammenhang mit einer Direktvergabe (§ 66 iVm § 46 BVergG 2017)

Wir machen darauf aufmerksam, dass die Bekanntmachungsvorschriften des § 66 für alle Verfahren über 50.000 Euro gelten. Diese Wertgrenze sollte sich jedoch an der Schwellenwertverordnung orientieren, sonst müssten Direktvergaben über EUR 50.000,- bekannt geben werden, was zu einem unverhältnismäßigem Verwaltungsaufwand führen würde.



#### 4. Ausweitung der Ausschlussgründe (§ 78 BVergG 2017)

##### 4.1. Schlechterfüllung eines früheren Auftrages (§ 78 Abs 1 Z 9 BVergG)

Die Schlechterfüllung eines früheren Auftrages ist ein in der Praxis häufig auftretender Umstand. Die Einführung dieses Ausschlussstatbestandes wird von uns besonders positiv gesehen.

Der der Richtlinie 2014/24/EU (in Folge „RL“) entnommene Tatbestand ist jedoch derzeit in mehreren Punkten unbestimmt:

- Unklar ist, ob der Mangel in einem Vertragsverhältnis mit demselben Auftraggeber zu den beschriebenen Konsequenzen geführt haben muss oder Mängel aus einem Vertragsverhältnis mit anderen Auftraggebern für einen Bieterausschluss ausreichen.
- Offen bleibt auch, ob den Bieter ein Verschulden an diesem Mangel getroffen haben muss und von wem und mit welcher Rechtsqualität dieser Mangel festgestellt worden sein muss.
- Aus der Formulierung geht zudem nicht hervor, ob der Vollzug einer Vertragsstrafe eine „vergleichbare“ Sanktion im Sinne des § 78 Abs 1 Z 9 ist.

Eine entsprechende Konkretisierung wäre aus unserer Sicht daher wünschenswert.

##### 4.2. Ausweitung der zu prüfenden Personengruppen (§ 78 Abs 2 Z 1 und Z 2 BVergG)

Durch die Ausweitung der zu prüfenden Personengruppen wird der Auftraggeber unserem Empfinden nach über Gebühr beansprucht.

Schon die richtlinienkonforme Ausweitung der Prüfpflicht des Auftraggebers auch auf Mitglieder der „*Verwaltungs- Leitungs- oder Aufsichtsgremien*“ und auf Personen, die „*darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse*“ haben, ist in der Praxis nur durch erheblichen Mehraufwand durchführbar, da die Bestimmung die Anzahl der zu prüfenden Personen maßgeblich erweitert.

Außerdem ist unklar, welche Personen gemeint sein können, die in diesen Gremien „*Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse*“ haben, aber keine Mitglieder sind.

Wir regen daher entsprechende Konkretisierungen im § 78 Abs 2 BVergG 2017 an.

Die Erweiterung der Prüfpflicht auf Personen, die „*Entscheidungsbefugnis im Vergabeverfahren*“ haben stellt ein Golden Plating dar und ist unseres Erachtens nicht rechtssicher umsetzbar, da aus keinem öffentlichen Register erkennbar ist, welche Personen in einem Vergabeverfahren entscheidungsbefugt sind.



Der Auftraggeber kann sich hinsichtlich der Ausschlussstatbestände des § 78 BVergG aber schwerlich auf die Angaben der Bieter verlassen, da gerade die „entscheidungsbefugten“ Personen in der Lage wären, die im Angebot gemachten Angaben zu ihren Gunsten zu manipulieren (zB. um über das Nichtvorhandensein einer Straftat, die den Ausschluss nach § 78 Abs 1 Z 5 bewirken könnte, zu täuschen).

Hinzu kommt, dass die Bestimmung offen lässt, wie weitreichend diese „Entscheidungsbefugnis“ im Vergabeverfahren sein muss, um eine Prüfpflicht des Auftraggebers auszulösen.

Dies führt zu einer Rechtsunsicherheit, die Auftraggebern eine rechtssichere Anwendung dieses Ausschlussstatbestandes erschwert.

Wir regen daher eine Streichung der Prüfpflicht des Auftraggebers hinsichtlich jener Personen, die „Entscheidungsbefugnis im Vergabeverfahren“ haben, an.

## **5. Eigenerklärung, Verlangen der Nachweise durch den Auftraggeber (§ 80 BVergG 2017)**

### 5.1. Keine zwingende Berücksichtigung von Betriebsgeheimnissen (§ 80 Abs 1 BVergG)

Der Wegfall des Vorbehaltes der Betriebsgeheimnisse bei Festlegung der Eignungsnachweise wird positiv beurteilt. Die Erforderlichkeit eines solchen Vorbehaltes ist nicht gegeben, da der Auftraggeber ohnehin der Verschwiegenheitspflicht unterliegt.

### 5.2. Ausschließlichkeit der einheitlichen europäischen Eigenerklärung (§ 80 Abs 2 BVergG)

Durch den Wegfall der Textfolge „*und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung)*“ entsteht der Eindruck, es wären über die einheitliche europäische Eigenerklärung hinausgehende, weitere Nachweise durch den Bieter nicht vorzulegen.

Art 59 Abs 1 der RL 2014/24/EU sieht die einheitliche europäische Eigenerklärung nur als „*vorläufigen Nachweis*“ vor.

Wir schlagen daher vor, folgende Änderungen (unterstrichen, nicht kursiv) in § 80 Abs 2 vorzunehmen:

„(2) Der Bewerber oder Bieter kann seine Eignung sowie gegebenenfalls die Erfüllung der Auswahlkriterien vorläufig auch durch die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung gemäß der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ABl. Nr. L 3 vom 06.01.2016 S. 16, belegen. Der Bewerber oder Bieter hat die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beizubringen. Im Unterschwellenbereich ist stattdessen.....“



## **6. Keine Vergleichbarkeit der Angebote erforderlich? (§ 88 Abs 2 letzter Satz BVergG 2017)**

Der letzte Satz des § 88 Abs 2 BVergG ist unseres Erachtens in seiner Formulierung missverständlich:

*„Sofern nicht eine funktionale Leistungsbeschreibung erfolgt oder Verhandlungen durchgeführt werden, muss die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt werden.“*

Aus unserer Sicht bedeutet dieser Satz, dass bei funktionalen Leistungsbeschreibungen und wenn im Verfahren Verhandlungen geführt werden, Angebote nicht vergleichbar sein müssen.

Aus unserer Sicht muss in jedem Vergabeverfahren die Vergleichbarkeit der Angebote sichergestellt werden. Der Formulierung im Begutachtungsentwurf folgend müssten bei dem ersten Ausnahmetatbestand, der funktionalen Leistungsbeschreibung, niemals vergleichbare Angebote vorliegen. Dieses Verständnis widerspricht allerdings dem Grundsatz der Bietergleichbehandlung, weil ungleiche Angebote über ein generalisiertes Bewertungsschema (Zuschlagskriterien) beurteilt werden. Dadurch wird Ungleiches gleich bewertet. Ein objektiver Bestbieter kann mit dieser Vorgehensweise nicht ermittelt werden.

Durch den Ausdruck *„oder Verhandlungen durchgeführt werden“* wird mit der zweiten Ausnahme unterstellt, dass künftig im Verfahren noch Verhandlungen zu erwarten sind und eine Letztangebotslegung und Bewertung noch erfolgen wird. Unter diesem Verständnis würde eine mangelnde Vergleichbarkeit der Angebote im Verhandlungsstadium von uns wenig kritisch gesehen.

Wir schlagen daher vor, hinsichtlich des ersten Ausnahmetatbestandes der funktionalen Leistungsbeschreibung klar aufzuzeigen, dass die Angebote vergleichbar sein müssen. Hinsichtlich des zweiten Ausnahmetatbestands *„Verhandlungsführung“* ersuchen wir um Klarstellung, dass erst die Letztangebote vergleichbar sein müssen, wenn Verhandlungen geführt werden.

## **7. Ablauf des offenen Verfahrens (§ 112 BVergG 2017)**

Im Hinblick auf die Änderungen des § 101 BVergG 2006 ist uns unklar, warum der frühere Abs 2:

*„Anzahl und Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme an einem offenen Verfahren bekundet haben, sind bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten“*





und der Abs 3:

*„Im offenen Verfahren können Unternehmer innerhalb der Angebotsfrist ihre Angebote einreichen“*

wegfallen soll. Das sind beides Regelungen, die wesentliche Verfahrensgrundsätze oder Verfahrensschritte regeln.

Bei der Neuregelung des § 112 Abs 1 BVergG 2017 erschließt sich uns nicht, warum dem Angebot vom Bieter Informationen im Hinblick auf die Eignung, nicht aber - wie von Art 27 Abs 1 der RL 2014/24/EU vorgesehen - Informationen im Hinblick auf die Zuschlagskriterien beizufügen sind.

Auch der Sinn des § 112 Abs 2 BVergG 2017 erschließt sich nicht unmittelbar. In welcher Reihenfolge der Auftraggeber Angebot und Eignung beim offenen Verfahren prüft ist eine Frage der Verfahrenseffizienz die dem Auftraggeber bereits jetzt selbst überlassen ist. Einen Vorteil für Auftraggeber oder Bieter können wir in § 112 Abs 2 BVergG 2017 nicht erkennen.

#### **8. Keine Verhandlungen mit nur einem Bieter/dem Bestbieter? (§ 114 Abs 6 BVergG 2017 )**

Der letzte Satz des § 114 Abs 6 BVergG schafft unserer Meinung nach Unklarheiten:

*„In der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens mit mehreren Bietern müssen, sofern eine ausreichende Anzahl von geeigneten Bietern verbleibt, noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist“.*

Nach unserem Verständnis ist die durch § 114 Abs 6 BVergG ausgedrückte Grundregel: Es muss im Verhandlungsverfahren einen echten Wettbewerb geben. Ausnahme: Es sind nicht ausreichend Bieter im Verfahren verblieben. Das bedeutet, unserem Verständnis nach, dass diesfalls Verhandlungen auch nur mit zwei Bietern oder nur einem Bieter geführt werden dürfen.

Diesem Verständnis steht entgegen, dass im Entwurf des BVergG 2017 der derzeit in § 105 Abs 2 BVergG 2006 noch vorhandene Satz:

*„Sofern auf Grund der Verringerung der Anzahl der Angebote nur ein geeigneter Bieter verbleibt, sind Verhandlungen mit nur einem Bieter in der Schlussphase des Verhandlungsverfahrens zulässig.“*

gestrichen wurde. Dies war ein klar verständlicher Zusatz. Eine Streichung muss wohl so interpretiert werden, dass Verhandlungen mit nur einem Bieter nicht mehr zulässig sein sollen. Dieses Verständnis läuft jedoch dem Wortlaut des § 114 Abs 6 BVergG 2017 zu wider.



Wir ersuchen daher um eine Klarstellung über die zulässige Mindestanzahl an Bietern, mit denen ein Verhandlungsverfahren in der Schlussphase zu führen ist bzw. geführt werden darf.

### **9. Nicht öffentliche Angebotsöffnung (§ 133 BVerG)**

Positiv anzumerken ist die optionale nicht öffentliche Angebotsöffnung bei dennoch erhaltener Transparenz durch verpflichtende Aussendung des Öffnungsprotokolls. Die Praxis hat die Fehlergeneigntheit einer öffentlichen Angebotsöffnung aufgezeigt. Verfahrensfehler können vom Auftraggeber nun durch die Wahl der nicht öffentlichen Öffnung reduziert werden.

### **10. Vorgehen bei Mängeln (§ 138 BVerG)**

§ 138 Abs 3 BVerG regelt die Konsequenz von nicht behebbaren Mängeln bei der Eignung von nicht notwendigen Subunternehmern, lässt die Konsequenz eines nicht behebbaren Mangels, der den Bieter oder den notwendigen Subunternehmer betrifft jedoch offen. Der Vollständigkeit halber sollte ergänzt werden, dass nicht behebbare Mängel bei Bietern oder Subunternehmern zum Ausscheiden des Angebotes führen.

Ein entsprechend einzufügender Absatz könnte zum Beispiel lauten:

*„(X) Ergeben sich bei der Prüfung der Eignung des Bieters oder jenen Subunternehmern, die für den Nachweis der Eignung des Bieters erforderlich sind, Mängel, die nicht durch eine Aufklärung gemäß Abs. 1 und 2 behoben werden können, so hat der öffentliche Auftraggeber das betreffende Angebot abzulehnen.“*

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'i.A. Koller'.

Mag.<sup>a</sup> Sabine Koller, MSc  
Leiterin Beschaffung