



Novellierung des BVergG 2006 und BVergGVS

Die BVergG und BVergGVS Novelle 2013 (nachfolgend kurz die „**Novelle**“) ist am 12. Juli 2013 in Kraft getreten. Dies gibt Anlass für einen kurzen Abriss der wichtigsten Neuerungen dieser Novelle:

1. Überblick

Die vier wichtigsten Punkte der Novelle sind:

- Im Gefolge der durch die Verwaltungsgerichtsbarkeit – Novelle 2012 mit 1. Jänner 2014 erfolgenden **Auflösung des Bundesvergabesamt** sollen die **Aufgaben der Vergabekontrolle auf das Bundesverwaltungsgericht übergehen**. Die mit dieser Auflösung bzw. Aufgabenübertragung in Zusammenhang stehenden Anpassungen des BVergG 2006 und BVergGVS werden durch die Novelle umgesetzt.
- Die vergaberechtlichen Regelungen der „**Energieeffizienzrichtlinie**¹“ werden umgesetzt.
- Die in der „**Zahlungsverzugsrichtlinie**²“ enthaltenen spezifischen Bestimmungen betreffend den Geldverkehr zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmern werden in das vergaberechtliche System eingefügt.
- Darüber hinaus soll den Grundsätzen des Vergabeverfahrens ein Absatz zur **innovativen Beschaffung** angefügt werden.

2. Vergabekontrolle durch das Bundesverwaltungsgericht

Ab 1. Jänner 2014 sollen nach Auflösung des Bundesvergabeamts die Aufgaben der Vergabekontrolle auf das Bundesverwaltungsgericht übergehen.

Wie das Bundesvergabeamt soll auch das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens durch Senate entscheiden. Die Mitwirkung der fachkundigen Laienrichter soll wie bisher auf die Mitwirkung der inhaltlichen Enderledigung beschränkt sein. Entscheidungen über Anträge auf einstweilige Verfügungen sowie die verfahrensleitenden Entscheidungen sollen weiterhin vom Vorsitzenden alleine erfolgen. Hinsichtlich der Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist darauf hinzuweisen, dass Entscheidungen über diese

¹ RICHTLINIE 2012/27/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG.

² RICHTLINIE 2011/7/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 16. Februar 2011 zur Bekämpfung von Zahlungsverzug im Geschäftsverkehr.



Anträge nicht die Rechtssache an sich erledigen und deshalb in Form eines Beschlusses erfolgen sollen. Wie bisher soll der Senat aus einem Berufsrichter und zwei fachkundigen Laienrichtern bestehen.

Die bisher unzureichende Regelung der Akteneinsicht im Zusammenhang mit Rechtsschutzverfahren wurde in § 314 BVergG 2006 neu geregelt. Demnach ist nun klar normiert, dass Parteien und Beteiligte bei der Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht verlangen können, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen aus zwingend Gründen eines Allgemeininteresses oder zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden.

Zu beachten ist, dass zukünftig die Rechtsschutzregelungen des BVergG 2006 bzw. des BVergGVS den allgemeinen Regelungen des VwGVG vorgehen und daher sich die Rechtsschutzregeln erst aus einer Zusammenschau dieser genannten Gesetze ergeben.

3. Umsetzung der Energieeffizienzrichtlinie

Im Rahmen der „Strategie Europa 2020“ dient die Energieeffizienzrichtlinie der Verwirklichung des 20%- Energieeffizienzzieles.

Gemäß § 80a Abs 1 BVergG 2006 haben die in Anhang V. genannten Auftraggeber bei der Vergabe von Lieferaufträgen sicherzustellen, dass die beschafften Waren den im neuen Anhang XX. genannten Anforderungen zur Energieeffizienz entsprechen. Es sind daher nur jene Waren betroffen, die von den in Anhang XX. genannten Rechtsakten der europäischen Union erfasst sind (derzeit bestimmte Haushaltsgeräte, Bürogeräte und Reifen).

Eine entsprechende Verpflichtung ist auch für Dienstleistungsaufträge enthalten. Demnach haben die in Anhang V. genannten Auftraggeber bei allen von ihnen vergebenen Dienstleistungsaufträgen sicherzustellen, dass die bei der Erbringung der Dienstleistung verwendeten Waren die Anforderungen des Anhang XX. erfüllen. Diese Verpflichtung wird jedoch auf jene Waren eingeschränkt, die der Dienstleister ausschließlich oder teilweise für die Erbringung der betreffenden Dienstleistungen neu erwirbt. Damit soll der Bezug zum Auftragsgegenstand hergestellt und die Diskriminierung einzelner Bieter verhindert werden.

Diese Verpflichtungen gelten nur im Oberschwellenbereich und nur soweit dies mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens gemäß § 19 BVergG 2006 vereinbar ist. Die Anforderungen an die Energieeffizienz dürfen daher insbesondere nicht zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führen. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn ein bestimmtes Produkt in der höchsten Energieeffizienzklasse nur von einer geringen Anzahl oder gar nur von einem bestimmten Unternehmen angeboten wird. Weiters hat



die Vergabe nur an geeignete Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Die Preisangemessenheit wird insbesondere dann nicht vorliegen, wenn die Mehrkosten der Beschaffung des energieeffizienten Produktes in keinem Verhältnis zu den über den Lebenszyklus gerechneten Energieeinsparungen stehen. Durch den Verweis auf die Grundsätze des § 19 BVergG 2006 ist das Konzept der Nachhaltigkeit im weiteren Sinne angesprochen. Wenn die Anforderungen an die Energieeffizienz die Erreichung anderer ökologischer oder sozialer Zielsetzungen wesentlich beeinträchtigen würden, so kann jedenfalls von den Verpflichtungen dieses neuen § 80a abgesehen werden.

Es steht dem Auftraggeber frei, bei der Beschaffung eines Warenpakets, das als Ganzes von einem in Anhang XX. genannten Rechtsakt erfasst ist, auf die gesamte Energieeffizienz des Pakets oder auf die Energieeffizienz der einzelnen im Paket enthaltenen Waren abzustellen.

Anderen als den in Anhang V. genannten Auftraggebern steht es selbstverständlich frei, bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ebenfalls die in Anhang XX. genannten Anforderungen an die Energieeffizienz zu berücksichtigen.

4. Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie

Die Zahlungsverzugsrichtlinie hat das Ziel, den Belastungen, der Unternehmen durch übermäßig lange Zahlungsfristen und durch Zahlungsverzögerungen entstehen, durch abschreckende Gerichtsfolgen von Zahlungsverzug entgegen zu wirken.

Die Richtlinie enthält zu diesem Zweck überwiegend (zivilrechtliche) Bestimmungen die für den Geschäftsverkehr zwischen all Unternehmen im weiteren Sinn (d.h. auch für öffentliche Auftraggeber und Sektoren) gleichermaßen identen. Diese horizontalen, im Geschäftsverkehr zwischen allen Unternehmen betreffenden Richtlinienbestimmungen werden im ABGB und im UGB umgesetzt und sind grundsätzlich nicht Gegenstand der vorliegenden Novelle.

Die Zahlungsverzugsrichtlinien enthält darüber hinaus aber auch Sonderbestimmungen für „öffentliche Stellen“ (das sind nach der Richtlinie öffentlicher Auftraggeber und öffentliche Auftraggeber als Sektoren Auftraggeber). Für diese Auftraggeber gelten insbesondere hinsichtlich der Zulässigkeit der Vereinbarung von Zahlungsfristen strengere Regeln als für bloße Unternehmen.

Im BVergG 2006 werden nur die spezifisch für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber geltenden Regelungen umgesetzt. Soweit die Richtlinie und damit das BVergG 2006 keine gesonderten Erhöhungen treffen, gelten für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber die den Zahlungsverkehr betreffenden Bestimmungen des allgemeinen Zivilrechts und des UGB, weil sie entweder ohnehin Unternehmer oder aber juristische Person des öffentlichen Rechts im Sinn des UGB



sind.

Artikel 4 der Zahlungsverzugsrichtlinie gilt undifferenziert für alle „Geschäftsvorgänge mit einer öffentlichen Stelle als Schuldner“. Die entsprechenden Bestimmungen sind daher für nahezu alle dem BVergG 2006 unterliegenden Vergabeverfahren umzusetzen, insbesondere auch für die Vergabe von Konzessionen und nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen sowie die Vergabe von wertmäßig kleinen Aufträgen im Wege der Direktvergabe oder der Direktvorgabe mit vorheriger Bekanntmachung. Ausgenommen ist lediglich die Vergabe von Aufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre, die nicht öffentliche Auftraggeber sind, sowie die Durchführung von Wettbewerben, diese unterliegen daher dem allgemeinen Regime des AGBG bzw. des UGB.

In Umsetzung der Richtlinie wurde der neue § 87a „besondere Bestimmungen betreffend dem Zahlungsverkehr“ entworfen. In Absatz 1 wird festgehalten, dass die Ausschreibung keine Bestimmungen über den Zahlungstermin oder die Entschädigung für die Betreuungskosten enthalten darf, die für Unternehmer grob nachteilig im Sinn des § 459 Abs 2 und 5 UGB sind. Hinsichtlich der näheren Konkretisierung der groben Nachteiligkeit muss auf die einschlägigen Bestimmungen durch die Zahlungsverzugsrichtlinie eingeführten mit § 459 UGB verwiesen werden. Danach reicht für eine Beurteilung der groben Nachteiligkeit einer Bestimmung insbesondere zu berücksichtigen, in wie weit diese von der Übung des redlichen Verkehrs abweicht, ob es einen sachlichen Grund für diese Abweichung gibt und um welche Vertragsleistung es handelt. Bei einer Ausschreibungsbestimmung zu Lasten des Gläubigers über eine von § 458 1. Satz UGB abweichende Höhe des pauschalen Entschädigungsbetrages ist auch zu berücksichtigen, ob es einen sachlichen Grund für diese Abweichung gibt. Jedenfalls grob nachteilig ist auch der Ausschluss der Entschädigung für Betreuungskosten nach § 458 UGB, sofern er nicht ausnahmsweise nach den Umständen des jeweiligen Rechtsgeschäftes sachlich gerechtfertigt ist.

Neu ist, dass gemäß § 87a Abs 2 der Auftraggeber in der Ausschreibung eine Zahlungsfrist von maximal 30 Tagen festlegen kann. In zwei Fällen darf er diese Zahlungsfrist jedoch auch mit maximal 60 Tagen festsetzen, nämlich dann, wenn (i.) auf Grund der besonderen Natur oder Merkmale dieses Auftrags eine längere Frist sachlich gerechtfertigt ist oder (ii.) die überwiegende Tätigkeit des Auftraggebers oder der Organisationseinheit, für die das Vergabeverfahren durchgeführt wird, in der Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen besteht.

Die Verlängerungsmöglichkeit auf 60 Tage im ersten Fall ist jeweils im Einzelfall zu prüfen. Der objektive Grund, der eine Verlängerung der Zahlungsfrist rechtfertigt, muss nach dem Zeitpunkt des Eintritts für die Fälligkeit maßgeblichen Umstands liegen. Ein solcher Grund würde etwa dann folgen, wenn zu erwarten ist, dass das Verifikationsverfahren der Rechnung besonders komplex sein wird. Dies kann etwa dann der Falls ein, wenn zu erwarten ist das die Rechnung so viele Positionen aufweisen



wird oder die zur Rechnungsprüfung notwendigen Unterlagen (Mengenberechnungen, Abrechnungspläne, Preisumrechnungen, Zeichnungen, Lieferscheine, Stundennachweise, Leistungsberichte etc.) so umfangreich sein werden, dass eine Überprüfung und Überweisung durch den Auftragsgeber binnen 30 Tagen nicht Zumutbar ist.

Eine überwiegende Tätigkeit in der Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen liegt dann vor, wenn mehr als 50% der gesamten Tätigkeit des Auftraggebers bzw. der Organisationseinheit, für die das Vergabeverfahren durchgeführt wird, in der Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen besteht.

Gibt der Auftraggeber keine Zahlungsfrist an, so gilt die allgemeine Regel des § 907a ABGB. Danach hat, wenn der Fälligkeitstermin nicht schon im Vorhinein bestimmt ist, sondern die Fälligkeit erst durch die Erbringung der Gegenleistung, Rechnungsstellung, Zahlungsaufforderung oder einem gleichartigen Umstand ausgelöst wird, der Schuldner den Überweisungsauftrag ohne nötigen Aufschub nach Eintritt des für die Fälligkeit maßgebenden Umstands zu erteilen. Nach den dazugehörigen Erläuterungen hat der Schuldner dabei in der Regel einige wenige Tage Zeit, die Forderung zu begleichen.

Festzuhalten ist, dass hier nur die Sonderbestimmung der Zahlungsverzugsrichtlinie betreffend öffentlicher Auftraggeber umgesetzt wird. Der Beginn der Zahlungsfrist richtet sich daher nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen. In der Regel wird der Beginn der Zahlungsfrist die Vorlage einer prüffähigen Rechnung voraussetzen. In diesem Zusammenhang ist auch auf das IKT-Konsolidierungsgesetz hinzuweisen, welches ab 1. Jänner 2014 alle Vertragspartner von Bundesdienststellen zur Ausstellung und Übermittlung von elektronischen Rechnungen verpflichtet.

Gemäß Abs 3 kann der Auftraggeber in der Ausschreibung Angaben über die maximale Dauer eines gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Abnahme- und Überprüfungsverfahrens zur Feststellung der vertragsgemäßen Leistungserbringung treffen. Die Festlegung einer 30 Tage übersteigenden Dauer des vorgesehenen Abnahme- oder Überprüfungsverfahrens oder auch ein Abstellen auf andere auslösende Ereignisse (wie etwa milde- oder Anzeigeobligationen des Auftragsnehmers oder die Übermittlung von ergänzenden notwendigen Unterlagen) ist nur zulässig, wenn dies für den Unternehmer nicht grob nachteilig ist und (zusätzlich zur Angabe in der Ausschreibung) ausdrücklich im Leistungsvertrag vereinbart wird. Die grobe Nachteiligkeit entspricht jenen des § 459 Abs 2 erster Satz UGB. Gibt der Auftraggeber nichts an, so gilt § 457 erster Satz UGB, nämlich, dass die Dauer des Abnahme- oder Überprüfungsverfahrens maximal 30 Tage beträgt.

Gemäß Abs 4 darf die Ausschreibung keine Angaben über den frühestmöglichen Zeitpunkt des Eingangs der Rechnung beim Auftraggeber beinhalten. Damit soll sichergestellt werden, dass die Bestimmungen über die maximale Dauer der Zahlungsfrist nicht dadurch umgangen werden, dass der Zeitpunkt der



Rechnungslegung und damit der Eintritt der Fälligkeit durch Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Unternehmer verzögert werden. Vereinbarungen hinsichtlich eines spätmöglichsten Zeitpunkts für die Rechnungslegung sind von dieser Bedingung nicht erfasst und zulässig. Ebenso sind Vereinbarungen über Vorauszahlungen oder die Abrechnung bestimmter Teilleistungen zulässig. Weiters sind ebenso verkehrsbliche Vereinbarungen über die Anforderungen einer Rechnung und über die Folgen einer mangelhaften bzw. nicht vertragskonformen Rechnungslegung zulässig.

Gemäß Abs 5 wird festgehalten, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungen keine Verzugszinssatz festlegen darf, dessen Höhe den in § 456 UGB festgelegten gesetzlichen Zinssatz unterschreitet. Anders als bei Geschäften zwischen Unternehmern ist daher im Anwendungsbereich des BVergG 2006 die Vereinbarung eines Verzugszinssatzes der niedriger als der in § 456 UGB festgelegte gesetzliche Zinssatz ist, nicht zulässig. Die gesetzlichen Verzugszinsen gemäß § 456 UGB betragen bei der Verzögerung von Zahlungen von Geldforderungen 9,2% über den Basiszinssatz (derzeit beträgt der Basiszinssatz 0,38%). § 456 UGB enthält aber auch die Sonderregelung, dass, soweit der Schuldner für die Verzögerung aber nicht verantwortlich ist, er nur die in § 1000 Abs 1 ABGB bestimmten Zinsen zu entrichten hat, diese betragen 4%.

Schlussendlich liegt Abs 6 noch klarstellend fest, dass die Vereinbarung zu Ratenzahlungen bzw. auch Zahlungsplänen weiterhin zulässig ist.

Zu beachten ist, dass die Regelungen dieses neuen § 87a auch auf Abschlags- oder Teilschlussrechnungen anwendbar sein werden.

Ergänzt wird dieser neue § 87a durch den ebenfalls neuen § 99a. Dieser hat vor allem in jenen Vergabeverfahren Bedeutung, in denen keine Ausschreibungsunterlagen erstellt werden (denkbar z.B. bei der Direktvergabe oder bei Verfahren ohne Bekanntmachung). Ebenso wäre diese Bestimmung anwendbar, falls Ausschreibungsunterlagen erstellt wurden, diese mangels gesonderter anfechtbarer Entscheidung jedoch nicht in einem Nachprüfungsverfahren bekämpft werden konnten (Direktvergabe bzw. Direktvergabe nach vorheriger Bekanntmachung). In diesen Fällen sind die gemäß § 99a unzulässigen, den Zahlungsverkehr betreffenden Vertragsbestimmungen nichtig, d.h. vor einem ordentlichen Gericht bekämpfbar. Waren die den Zahlungsverkehr betreffenden Angaben bereits in einer Ausschreibung enthalten und hätten diese bereits in einem Nachprüfungsverfahren angefochten werden können, so sind sie – wie alle anderen Bestimmungen bei Ausschreibungen auch – präkludiert und die Nichtigkeit kann nicht geltend gemacht werden. Diese Nichtigkeit kann weiters nicht geltend gemacht werden, wenn die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Bestimmung bereits von der zuständigen Vergabekontrollbehörde in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt wurde.

§ 99a sieht eine Teilnichtigkeit vor, d.h., der übrige Vertrag bleibt auch bei Nichtigerklärung einer grob nachteiligen Klausel betreffenden Zahlungsverkehr bestehen. Im Sinne einer geltungserhaltenden Reduktion ist davon auszugehen, dass bei



einer Zahlungsfrist nur der die jeweilige Maximalfrist des § 99a übersteigende Teil für nichtig zu erklären ist.

Inhaltlich entsprechen die materiellen Regelungen des § 99a jenen des oben erwähnten § 87a.

Entsprechende Regelungen wurden auch für den Sektorenbereich umgesetzt. Diese finden sich in § 241a BVergG 2006. Auch deren Ausschreibung darf keine Bestimmungen über den Zahlungstermin, den Verzugszinssatz oder die Entschädigung über die Betriebskosten enthalten, die für Unternehmer grob nachteilig im Sinne des § 459 Abs 2 und 5 UGB sind. Darüber hinaus dürfen die Bestimmungen auch nicht grob nachteilig im Sinne des Abs 4 leg.cit. sein, wonach ein gänzlicher Ausschluss von Verzugszinsen jedenfalls grob nachteilig ist. Differenziert wird auch bei der zulässigen Höhe des Verzugszinssatzes. Während für öffentliche Auftraggeber die Sonderregelung gilt, wonach der gesetzliche Zinssatz durch Vereinbarung nicht unterschritten werden darf, so gilt für öffentliche Unternehmen und private Sektorenauftraggeber die allgemeine (mit dem UGB gleichlautende) Regel, wonach vom gesetzlichen Zinssatz abgewichen werden darf, solange dies nicht grob nachteilig für den Unternehmer ist.

Öffentliche Unternehmer als Sektorenauftraggeber gemäß § 165 BVergG 2006 und private Sektorenauftraggeber gemäß § 166 BVergG 2006 dürfen gemäß Abs 2 ohne weitere Begründung eine Zahlungsfrist bis zu 60 Tage festlegen. Eine dem § 99a BVergG 2006 entsprechende Regelung für den Sektorenbereich wurde im § 247a BVergG 2006 eingefügt.

§ 248a BVergG 2006 normiert, dass die neuen Bestimmungen aufgrund der Zahlungsverkehrsrichtlinie auch für den Unterschwellenbereich gelten. Die entsprechenden Bestimmungen sind daher für nahezu alle dem BVergG 2006 unterliegenden Vergabeverfahren umzusetzen, insbesondere auch für die Vergabe von Konzessionen und nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen sowie die Vergabe von wertmäßig kleinen Aufträgen im Wege der Direktvergabe oder die Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung.

5. Innovative Beschaffung

Der Ministerrat hat im September 2012 ein Leitkonzept für eine innovationsfördernde öffentliche Beschaffung beschlossen. Mit der expliziten Verankerung der Innovation als sogenanntes sekundäres Beschaffungsziel im BVergG 2006 wird eine Empfehlung dieses Leitkonzepts Rechnung getragen.

Der neue § 19 Abs 7 BVergG 2006 (sowie § 187 Abs 7 BVergG 2006) bestimmt, dass im Vergabeverfahren auf innovative Aspekte Bedacht genommen werden kann. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung innovativer Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder



durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien erfolgen. Damit wurde die Innovation als sekundäres Beschaffungsziel im Vergaberecht verankert. Freilich sind auch die anderen Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere das Diskriminierungsverbot, der freie Wettbewerb, die Vergabe an geeignete Bieter zu angemessenen Preisen, etc. zu berücksichtigen.

6. Novellierung des BVergGVS

Die Novelle korrigiert einerseits redaktionelle Fehler und vollzieht andererseits die Einführung der Landespolizeidirektionen durch das Sicherheitsbehörden-Neustrukturierungs-Gesetz nach.

7. Fazit

Die Regelungen im Zusammenhang mit der Umsetzung der Zahlungsverzugslinie sind mit Umsetzung der Novelle in Kraft getreten.

Änderungen in der alltäglichen Vergabepaxis ergeben sich aufgrund der Regelungen in Umsetzung der Zahlungsverzugsrichtlinie und in Umsetzung der Energieeffizienzrichtlinie.

Die Übertragung der Aufgaben der Vergabekontrolle auf das Bundesverwaltungsgericht stellen hauptsächlich rein organisatorische Neuregelungen dar.

Es wird spannend sein, zu beobachten, wie der neue Innovationsansatz in Ausschreibungen einfließen wird.