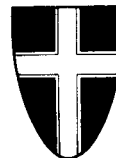


## WIENER LANDESREGIERUNG



Wien, 14. Oktober 1992

MD-2088-8/92

Entwurf eines Bundesge-  
setzes über die Vergabe  
von Aufträgen (Bundes-  
vergabegesetz);  
Begutachtung;  
Stellungnahme

Betrifft GESETZENTWURF	
Zl. <u>82</u>	GE/19 <u>82</u>
Datum: 15. OKT. 1992	
16. Okt. 1992 <u>Lab.</u>	
Verteilt	

An das  
Präsidium des Nationalrates

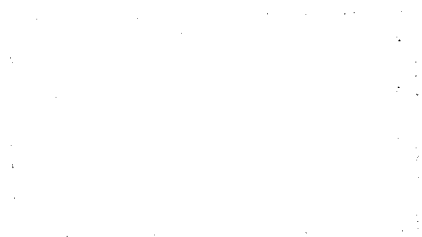
*Dr. Artzmann*

Das Amt der Wiener Landesregierung beehrt sich, in der Bei-  
lage 25 Ausfertigungen seiner Stellungnahme zu dem im Be-  
treff genannten Gesetzentwurf zu übermitteln.

Für den Landesamtsdirektor:

Dr. Pillmeier  
Obersenatsrat

Beilage  
(25-fach)



## WIENER LANDESREGIERUNG



Dienststelle MD-Büro des Magistratsdirektors

Adresse 1082 Wien, Rathaus

Telefonnummer 40 00-82125

MD-2088-8/92

Wien, 14. Oktober 1992

Entwurf eines Bundesge-  
setzes über die Vergabe  
von Aufträgen (Bundes-  
vergabegesetz),  
Begutachtung;  
Stellungnahme

zur Zl. 600.883/1-V/8/92

An das  
Bundeskanzleramt

Auf das do. Schreiben vom 17. Juli 1992 beehrt sich das Amt  
der Wiener Landesregierung zu dem im Betreff genannten  
Gesetzentwurf die beiliegende Stellungnahme bekanntzuge-  
ben.

Gleichzeitig werden 25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme  
dem Präsidium des Nationalrates übermittelt.

Für den Landesamtsdirektor:

Beilage

Dr. Pillmeier  
Obersenatsrat



Stellungnahme des Amtes der Wiener Landesregierung zum Entwurf  
eines Bundesvergabegesetzes

**I) Allgemeines:**

Nach dem EWR-Abkommen hat Österreich die bestehenden EG-Vorschriften über die öffentliche Auftragsvergabe zu übernehmen. Es handelt sich hierbei im wesentlichen um die Baukoordinierungsrichtlinie, die Lieferkoordinierungsrichtlinie, die Sektorenrichtlinie sowie die Rechtsmittelrichtlinie zur Bau- und Lieferkoordinierungsrichtlinie (Anhang XVI des EWR-Abkommens). Die seit dem cut off date (31.7.1991) der Verhandlungen zum EWR-Abkommen erlassenen zusätzlichen EG-Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe (Rechtsmittelrichtlinie zur Sektorenrichtlinie und Dienstleistungsrichtlinie) sind noch nicht Bestandteil des EWR-relevanten Acquis geworden. Da für den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe keine Übergangsfristen vereinbart worden sind, müssen die EWR-relevanten EG-Rechtsvorschriften von Österreich gleichzeitig mit dem Wirksamwerden des EWR-Abkommens (dies ist voraussichtlich der 1.1.1993) durch innerstaatliche Rechtsvorschriften umgesetzt werden. Diese Umsetzung hat durch den jeweiligen Materiengesetzgeber zu erfolgen.

Der Bund nimmt die EWR-Rechtsreform zum Anlaß, die der Bundeskompetenz unterliegenden Vergaben der öffentlichen Hand im gesamten Umfang zu verrechtlichen. Der vorliegende Bundesentwurf orientiert sich hierbei inhaltlich an den nicht realisierten Regierungsvorlagen aus dem Jahre 1969 (1246 Beilagen NR XI. GP) und 1982 (996 Beilagen NR X. GP), die seinerzeit aus aktuellen Anlässen ausgearbeitet wurden sowie am Vorbild der ÖNORM A 2050 in der überarbeiteten Fassung (Stand 1. Juli 1992). In seinem Geltungsbereich geht der Bundesentwurf weit über die umzusetzenden EWR-relevanten EG-Rechtsvorschriften hinaus, da die Bundesregelungen auch auf

Vergaben unterhalb der EG-Schwellenwerte und auf Bieter außerhalb des europäischen Wirtschaftsraumes Anwendung finden sollen.

Da der Entwurf eines Bundesvergabegesetzes nur ein Rahmengesetz darstellt, welches im wesentlichen nur die für alle Vergaben anwendbaren Bestimmungen enthält und die Festlegung der für die einzelnen Vergabearten spezifischen Detailregelungen dem Verordnungsgeber überläßt, kann der Entwurf in wesentlichen Teilen am EWR-relevanten EG-Recht nicht gemessen werden, zumal noch keine Entwürfe der zu erlassenden Durchführungsverordnungen vorliegen.

Diese weitgehende Orientierung an der seinerzeitigen Regierungsvorlage in Verbindung mit der Absicht, für privatwirtschaftliche Tätigkeiten eine sehr detaillierte Verrechtlichung sowohl in materieller als auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu normieren, ist abzulehnen. Diese totale Verrechtlichung bewirkt auch für "Klein-Aufträge" einen Formalismus, der durch den erforderlichen Administrationsaufwand jede bestehende Verwaltung überfordert und einen zwei- bis dreifachen Personalmehraufwand bedingt. Auch der Zeitaufwand bis zum Zuschlag (tatsächlichem Vertragsabschluß) wird sich für Klein-Aufträge so stark erhöhen, daß das Vergabewesen teilweise zum Stillstand kommen wird.

Die Übereinstimmung der Vergabeexperten (Bund/Länder) in der Arbeitsgruppe "EG/Föderalismus" im Jahr 1991 über die Erarbeitung eines Rahmengesetzes mit allfällig notwendigen Spartenregelungen auf dem Verordnungswege wird zwar nicht in Frage gestellt, dieses Rahmengesetz sollte jedoch nur die erforderlichen EWR- bzw. EG-Rechtsanpassungen beinhalten und nicht Regelungen unterhalb der dort vorgesehenen Schwellenwerte vorsehen.

Der Regelungsumfang des Entwurfes sollte sich daher auf die Umsetzung der EWR-Rechtsvorschriften, insbesondere bei der Einräumung von subjektiven Rechtsansprüchen zugunsten der an einem Vergabeverfahren Beteiligten, sowie auf das durch die künftigen internationalen Verpflichtungen unbedingt notwendige Ausmaß beschränken.

Einerseits wird von der Verwaltung dieselbe Flexibilität wie in der Privatwirtschaft gefordert, andererseits wird diese Forderung im wichtigen Bereich der Auftragsvergabe aufgegeben. Grundsätzlich sollte im Zuge der geplanten Verrechtlichung des Vergabewesens in Österreich die Ausgewogenheit der Interessen von Wirtschaft und öffentlicher Hand angestrebt werden und sollten nicht einseitig nur Bieterinteressen und -rechte gefördert werden.

II) Beantwortung der im Schreiben des Bundeskanzleramtes - Verfassungsdienst vom 17. Juli 1992 gestellten Fragen:

1) Im Hinblick darauf, daß die zahlreichen Verordnungsermächtigungen in der Praxis kaum - weder bei den Auftragnehmern noch auf der Auftraggeberseite - der gewünschten Transparenz dienen, ist die unter 3.1 gestellte Frage dahingehend zu beantworten, daß weitere Verordnungsermächtigungen nicht zweckmäßig erscheinen. Durch die bereits jetzt im Entwurf vorgesehene Vielzahl von zusätzlichen Verordnungen, die einerseits für die erforderlichen EWR-Bereiche und andererseits für die nationalen Belange zu erlassen sind, wären z.B. bei der Vergabe einer Bauleistung ein Rahmengesetz und zahlreiche Verordnungen zu beachten. Dadurch droht das Vergabewesen ähnlich unübersichtlich wie das Steuerrecht zu werden. Das Österreichische Normungsinstitut ist bereits auf dem Weg, die Zwei-Teilung im Baubereich betreffend die rechtlichen Vertragsbestimmungen (A 2060 und B 2110) aus Gründen der praktischen Anwendbarkeit wieder in eine einzige ÖNORM zurückzuführen.

2) Da keine Informationen über den Umfang der diesem Gesetz zu unterwerfenden Vergaben und schon gar nicht über die Zahl der jährlich abzuwickelnden Schlichtungen und Nachprüfungsverfahren vorliegen, sind die mit der Einrichtung einer Schlichtungsstelle beim Land Wien und mit der Inanspruchnahme des UVS Wien verbundenen Kosten derzeit nicht einmal annäherungsweise abschätzbar. Es ist aber im Zusammenhang mit der Beantwortung dieser Frage 3.2 auf die Ausführungen zu III) 3., S. 9 und IV) S. 21 zu verweisen.

3) Schließlich wird zu der unter 3.3 aufgeworfenen Frage die Auffassung vertreten, daß die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens als eine Kontrolle von Verwaltungsvorgängen nicht den ordentlichen Gerichten übertragen werden sollte.

### III) Stellungnahme aus verfassungsrechtlicher Sicht:

#### 1. Zur Kompetenzlage

Da das B-VG keinen eigenen Kompetenztatbestand für das öffentliche Vergabewesen kennt, kann eine Zuständigkeit des Bundes und der Länder nur im Wege der Interpretation des B-VG im Lichte der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes gefunden werden. Unbestritten ist, daß sowohl dem Bund wie auch den Ländern in einem abgesicherten Rahmen eine Zuständigkeit zur Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe zukommt. Über die genauen Abgrenzungen der Bundes- und Länderkompetenzen bestehen jedoch erhebliche Auffassungsunterschiede. Diese betreffen vor allem die Abgrenzung des persönlichen Geltungsbereiches der jeweiligen Gesetzesvorhaben bezüglich der ausgegliederten Rechtsträger und der Unternehmen, welche der Sektorenrichtlinie unterliegen.



Auch der vorliegende Entwurf eines Bundesvergabegesetzes trägt nicht zu einer Klarstellung der Kompetenzfragen bei, die wohl auch nur de lege ferenda durch eine entsprechende Ergänzung der verfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmungen erfolgen kann. Es ist daher nicht auszuschließen, daß Einrichtungen, die nach dem EWR-Recht den Regeln der öffentlichen Auftragsvergabe unterliegen, weder vom Bundesvergabegesetz, noch von den Ländervergabegesetzen erfaßt werden.

Während zum Regelungsbereich "zivilrechtliche Belange" keine Bedenken hinsichtlich einer Bundeskompetenz bestehen, sind in bezug auf das Vergabeverfahren Vorbehalte erforderlich. Die Zuständigkeit des Bundes ist diesbezüglich bei Aufträgen durch den Bund selbst, durch die im § 1 Abs. 1 Z 2 des Entwurfes genannten Stiftungen, Fonds und Anstalten sowie durch die Sozialversicherungsträger gegeben (Art. 10 Abs. 1 Z 11 und 13 sowie Art. 17 B-VG). Im übrigen kommt dem Bund als Annexkompetenz zu Art. 17 B-VG dort eine Zuständigkeit zu, wo er als für Vergaben maßgebender Kapitaleigner sich gleichsam selbst verpflichten kann (vgl. Korinek-Schwarzer in: Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters, Forschungsvorhaben der österreichischen Gesellschaft für Baurecht, 1982, S 64 ff). Soweit die Bundeskompetenz für das Vergabeverfahren reicht, kann der Bund auch Einrichtungen zur Kontrolle dieses Verfahrens schaffen (Art. 10 Abs. 1 Z 16 B-VG).

Die Voraussetzungen für eine Bundeskompetenz bestehen unter anderem für die Verbundgesellschaft (§ 5 Abs. 1 2. Verstaatlichungsgesetz, BGBl. Nr. 81/1947). Daher ist eine besondere Verfassungsbestimmung diesbezüglich nicht notwendig, zumal das 2. Verstaatlichungsgesetz durch den vorliegenden Entwurf nicht abgeändert wird. Der Kriegsfolgenkompetenztatbestand des Art. 10 Abs. 1 Z 15 B-VG kann schon deshalb nicht herangezogen werden, da die geplanten Vergaberegeln allgemein gelten sollen und nicht auf den Zustand nach einem Krieg bezogen sind. Eine Anwendung der Kompetenz des Art. 12 Abs. 1 Z 5 B-VG scheidet aus, da vergaberechtliche Bestimmungen nicht im Elektrizitäts-

tätswegegesetz, BGBl. Nr. 348/1922, enthalten waren und daher nach der Versteinerungstheorie nicht zum Begriff "Elektrizitätswesen" zählen. Die Überlegungen zur Änderung des 2. Verstaatlichungsgesetzes auf Grund der Kompetenztatbestände der Art. 10 Abs. 1 Z 15 und 12 Abs. 1 Z 5 B-VG (VfSlg 4939 und Korinek, Könnte das 2. Verstaatlichungsgesetz heute noch durch einfaches Gesetz abgeändert werden?, JBl 1970, S 544 sowie Marschall, Nachträgliche Änderung der Kompetenzgrundlage für ein Gesetz, JBl 1971, S 513) sind folglich im vorliegenden Zusammenhang nicht maßgebend.

Für die Unternehmungen gemäß Art. 126b Abs. 2 B-VG besteht eine Bundeskompetenz nur dann, wenn der Bund kraft seiner Beteiligung als für Vergaben maßgebender Kapitaleigner derselben angesehen werden kann. Eine Bundeskompetenz wird daher grundsätzlich nur dann gegeben sein, wenn der Bund über mehr als 50 % Anteile verfügt. Für alle sonstigen Unternehmungen besteht die Kompetenz des Landesgesetzgebers.

Es wird nicht verkannt, daß damit Probleme auftreten, die einer koordinierten Lösung bezüglich der Landesgesetzgebung bedürfen. Für eine solche Lösung bietet sich eine Art. 15a B-VG-Vereinbarung an. Eine stillschweigende Kompetenzverschiebung zum Bund ist aber ohne Verfassungsänderung nicht möglich.

Eine umfassende Kompetenz des Bundes für das Vergabeverfahren sonstiger juristischer und physischer Personen (§ 1 Abs. 1 Z 6 des Entwurfes) besteht nach den oben dargelegten Grundsätzen nicht. Auch die Verordnungen nach § 2 Abs. 1 des Entwurfes würden entsprechend dem zur Begutachtung versendeten Entwurf zu einer B-VG-Novelle (Schreiben des Bundeskanzleramtes vom 30. Juni 1992, Zahl 671.800/20-V/8/92) in Bezug auf diese Personen von der Landesregierung zu erlassen sein (Art. 18 Abs. 2 B-VG). Für das Vergabeverfahren sind weder die Zivilrechtskompetenz noch die sonstigen in den Erläuterungen - insbesondere auf Seite 10 - genannten Kompetenzen (unter Zugrundelegung der

Versteinerungstheorie und nach der herrschenden Lehre) geeignet, die vom vorliegenden Entwurf unterstellte umfassende Zuständigkeit des Bundes zu begründen.

Unter "Wettbewerb" wird eine Tätigkeit eines Mitbewerbers verstanden, mit der sich dieser im Wirtschaftsleben Vorteile verschaffen möchte (vgl. z.B. Holzhammer-Rinner, Österreichisches Handelsrecht, S 151). Der vorliegende Entwurf regelt jedoch primär nicht das Verhalten der Mitbewerber sondern jenes der Auftraggeber. Daß ein nicht EG- oder EWR-konformer Wettbewerb gleich unlauter sein muß (Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG), ist ferner ebenfalls nicht anzunehmen. Im Hinblick auf das Vergabeverfahren öffentlicher Auftraggeber bietet der genannte Kompetenztatbestand daher schon dem Wortlaut nach entgegen den Erläuterungen ebenfalls keine Grundlage für eine umfassende Zuständigkeit des Bundes.

Im übrigen kann auf den Zweck einer Regelung bei der kompetenzrechtlichen Zuordnung nur soweit Bedacht genommen werden, als die Kompetenznorm auf den Zweck als Abgrenzungsmerkmal verweist bzw. wenn Wortsinninterpretation und systematische Auslegung (der verfassungsrechtlichen Kompetenzbestimmungen) den Regelungszweck für die Abgrenzung einer Materie als bestimmend erscheinen lassen oder wenn im Lichte der Versteinerungstheorie der Regelungszweck für die Abgrenzung einer Materie kennzeichnend ist (VfSlg 4117, 5534, 10831; vgl. auch Holzinger, Die Zuständigkeit zur Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe in: Korinek (Hrsg.), Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Wenger-FS, S 155). Diese Voraussetzungen sind beim Kompetenztatbestand "Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbes" jedenfalls hinsichtlich der Abgrenzung zur gegenständlichen Auftragsvergabe nicht gegeben; eine dementsprechende Annahme im Sinne der Erläuterungen würde darüber hinaus exzessiv die bundesstaatliche Rücksichtnahmepflicht verletzen (VfSlg 10292). Zum Zwecke der Erhaltung des Ortsbildes könnte dann ebensogut der Landesgesetzgeber Regelungen über militärische Anlagen erlassen.

## 2. Zum Legalitätsprinzip:

Der gegenständliche Entwurf enthält zahlreiche Bestimmungen, die der geltenden Auffassung des Legalitätsprinzips nach der bisherigen österreichischen Gesetzgebungspraxis, Lehre und Judikatur in hohem Maße widersprechen. Dazu zählen vor allem die in § 2 Abs. 1 und § 39 Abs. 3 sowie § 46 Abs. 2 enthaltenen einfachgesetzlichen Ermächtigungen zu Gesetzesergänzenden Verordnungen - auch in Verbindung mit § 37, § 39 Abs. 1 sowie § 46 Abs. 1 - und die Verordnungsermächtigung in § 1 Abs. 3 für Gesetzesändernde Verordnungen. Dabei handelt es sich um exzessive formalgesetzliche Delegationen, die in keiner Weise näher determiniert sind. Besonders bedenklich erweist sich dies im Hinblick auf die Rechte Privater, die durch derartige Verordnungen schwer betroffen sein können (vgl. z.B. § 1 Abs. 1 Z 6 des Entwurfes). Zumindest müßten die teilweise in den Erläuterungen angegebenen Regelungsinhalte der Verordnungen determinierend in das Gesetz aufgenommen werden, doch wäre selbst das nicht in allen Punkten dem Demokratie- und Rechtsstaatsverständnis entsprechend ausreichend (vgl. z.B. den personellen und sachlichen Geltungsbereich und die Anwendungsvoraussetzungen, S 16 der Erläuterungen und Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 7. Auflage, S 221). In dem bereits zitierten Entwurf für eine Novelle zum B-VG ist zwar eine Änderung des Art. 18 B-VG vorgesehen, doch ist fraglich, ob diese für den vorliegenden Entwurf ausreicht. Die Schaffung einer verfassungsrechtlichen Grundlage für den vorliegenden Entwurf wäre ein schwerwiegender Eingriff in das demokratische und in das rechtsstaatliche Prinzip und bedürfte daher einer Volksabstimmung gemäß Art. 44 Abs. 3 B-VG. Der Verfassungsgerichtshof hat bereits bei geringfügigeren Maßnahmen des Bundesverfassungsgesetzgebers die Möglichkeit von Verletzungen der Grundprinzipien des österreichischen Verfassungsrechts dargelegt (VfSlg 11927; vgl. ferner zum demokratischen und rechtsstaatlichen Verständnis der österreichischen Bundesverfassung VfSlg 1871, 2966).

Bemerkt wird, daß weder EG noch EWR eine solche Verfassungsänderung zwingend erfordern. Die Erfüllung der Verpflichtungen im Rahmen der europäischen Integration kann im gegebenen Zusammenhang durchaus auch durch die Parlamente erfolgen.

3. Zu §§ 38 und 40 Abs. 1:

Nach § 38 ist die Einrichtung einer Schlichtungsstelle beim Landeshauptmann (im Bereich der mittelbaren Bundesverwaltung) vorgesehen; die Durchführung eines informellen Streitschlichtungsverfahrens bei der Schlichtungsstelle soll Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Nachprüfungsverfahrens sein.

Gegen die Betrauung des Landeshauptmannes und der ihm unterstellten Organwalter mit der Funktion einer Schlichtungsstelle sind gewichtige Bedenken vorzubringen. Die in den Erläuterungen zum Ausdruck gebrachte Intention der Streitbeilegung durch eine von den Streitparteien verschiedene (gemeint ist wohl unabhängige) Schlichtungsstelle wird nicht erfüllt. Dies deshalb, weil im vorliegenden Fall ein Weisungsrecht der Bundesregierung bzw. der einzelnen Bundesminister an den Landeshauptmann besteht. Hier wäre es wohl besser, eine der jeweiligen Bundesvergabe-stelle übergeordnete Bundesdienststelle mit dem Schlichtungsverfahren zu betrauen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat wird im § 40 Abs. 1 als erste Instanz vorgesehen. Dies ist verfassungswidrig (vgl. Thienel, Verfahren der Unabhängigen Verwaltungssenate, 2. Auflage, S 366).

**IV) Zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes wird bemerkt:**

Zu § 1 Abs. 3:

Das Gesetz soll der Durchführung des EWR-Abkommens dienen. Es ist daher nicht verständlich, inwieweit in diesem Gesetz dem EWR-Abkommen widersprechende Bestimmungen enthalten sein sollen. Es erscheint überdies fraglich, ob in § 1 Abs. 3 auch auf andere Staatsverträge in der jeweils geltenden Fassung verwiesen wird oder ob hinsichtlich der nicht genannten Staatsverträge nur eine statische Verweisung erfolgt. Weiters ist es unklar, inwiefern rechtmäßige Durchführungsverordnungen zu Staatsverträgen dem Vergabegesetz widersprechen könnten, wenn dies nicht bereits die Staatsverträge selbst - allenfalls mit den Folgen der Derogation - bewirken. Darüber hinaus wird verfassungsrechtlich bedenklich dynamisch auf die hier genannten Verordnungen verwiesen.

Zu § 1 Abs. 1 Z 5 und 6:

Da Verordnungen gemäß § 2 Abs. 1 nur die Grundlage für die Umsetzung von Vergabevorschriften im Rahmen der europäischen Integration bilden, können für den durch Z 5 und 6 erfaßten Kreis von physischen und juristischen Personen nur Regelungen für Vergaben über den Schwellenwerten der EG-Richtlinien getroffen werden. Die in Z 6 vorgenommene Ausweitung des Geltungsbereiches des Bundesvergabegesetzes auf nicht näher eingeschränkte juristische und physische Personen ist verfassungsrechtlich problematisch, da hiedurch auch solche Einrichtungen der bundesrechtlichen Regelung unterworfen werden können, die - wenn auch von der Sektorenrichtlinie erfaßt - nach Auffassung Wiens der Landesgesetzgebungskompetenz unterliegen (z.B. Wiener Stadtwerke oder ausgegliederte Rechtsträger bzw. Einrichtungen, die unter Art. 127 B-VG fallen).

Zu § 4 Abs. 1:

Hier wird der Grundsatz aufgestellt, daß Aufträge zu einem auch "der Marktlage entsprechenden Preis" zu vergeben sind. Es fehlen Beurteilungskriterien zur Feststellung eines derartigen Preises, der auch in einem Spannungsverhältnis zu einem angemessenen Preis (objektiv überhöhter, aber der Marktlage entsprechender Preis) bzw. einem gerade durch eine Ausschreibung bewirkten günstigen Preis stehen kann. Diese Bestimmung sollte entsprechend den Erläuterungen als Ziel formuliert werden. Die jetzige Sprachfassung erweckt auch Bedenken im Hinblick auf das Legalitätsprinzip.

Zu § 7:

Die Verpflichtung zur Anwendung des offenen Verfahrens geht über die in EG-Richtlinien enthaltene freie Wahl der Vergabeart hinaus. Eine strengere Regelung als es die EG-Richtlinien vorsehen, sollte in das Vergabegesetz keinen Eingang finden.

Zu § 8 Abs. 2 letzter Satz:

Bei den Vorarbeiten wird noch nicht feststehen, ob ein Unternehmer für die Vergabe in Frage kommt. Entsprechend den Erläuterungen kann nur auf die voraussichtliche Vergabe abgestellt werden.

Zu § 9 Abs. 2 und § 21:

Die in den EG-Richtlinien vorgesehene Wahlfreiheit hinsichtlich "Bestbieter-Billigstbieterprinzip" sollte nicht aufgegeben werden.

Zu § 11 Abs. 1:

Bei den Begriffen "vollständig" und "erschöpfend" handelt es sich um eine Tautologie.

Zu § 11 Abs. 5:

Aus der Formulierung dieser Bestimmung geht nicht eindeutig hervor, ob in jedem Fall ein Erfordernis nach umweltgerechten Produkten bzw. Verfahren zwingend ist oder ob sich dies an der jeweiligen Leistung orientiert, im Einzelfall also überhaupt erübrigen kann. Es wäre daher besser vom "jeweiligen Erfordernis" zu sprechen. Die Beurteilung der Umweltgerechtigkeit einer Leistung könnte überdies in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten im Ausschreibungsverfahren führen, zumal die Vergabestellen häufig mit der Lösung dieser Fragen, die möglicherweise im Einzelfall nur von Sachverständigen beurteilt werden können, überfordert sein werden.

Zu § 12 Abs. 1:

Für den Landes- und Gemeindebereich ist es unvorstellbar, daß zwingend auf ÖNORMEN Bedacht zu nehmen ist.

Zu § 12 Abs. 2:

Diese Bestimmung wäre dahingehend zu ergänzen, daß die Nichtbeachtung der am Arbeitsort geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen zum Entzug des Auftrages führen kann. Es stellt sich aber auch die Frage, wie der von den Bietern geforderte Nachweis beschaffen sein soll, und wer die "nachprüfbaren Angaben" dann tatsächlich überprüfen soll; die mit der Vergabe



befäßen Bediensteten werden auf Grund ihrer Ausbildung wohl dazu nicht in der Lage sein.

Zu § 12 Abs. 3 Z 3:

Vertragsstrafen sollten nicht nur beschränkt, sondern immer zulässig sein, da ansonsten Verpflichtungen des Auftragnehmers nur schwer durchsetzbar sind.

Zu § 13 Abs. 1:

Durch die Verwendung des Wortes "grundsätzlich" soll wohl zum Ausdruck gebracht werden, daß nicht jede Ausschreibung im Amtsblatt zur Wiener Zeitung kundzumachen ist. Allerdings fehlt jeglicher Hinweis, welche Ausschreibungen ohne an einem Formmangel zu leiden formlos kundgemacht werden können. In diesem Zusammenhang wäre auch zu bedenken, daß Kundmachungen in der Wiener Zeitung nicht unerhebliche zum Teil bisher nicht angefallene Kosten verursachen.

Zu § 14:

Eine Ausschreibung sollte auch nach Eröffnung der Angebote bei zu hohen (im Sinne des § 4 unangemessenen) Preisen widerrufen werden können.

Zu § 14 Abs. 5:

Der zweite Satz dieser Bestimmung sollte entweder näher ausgeführt werden oder entfallen. Ein völliger Verlust der Hand-

lungsfreiheit des Auftraggebers ist jedenfalls auch während des Vergabeverfahrens nicht gegeben.

Zu § 15 Abs. 3 Z 9:

Für den öffentlichen Auftraggeber können auch Alternativangebote interessant sein, die keine qualitativ gleichwertigen Leistungen zum Gegenstand haben, aber weniger kosten.

Zu § 16 Abs. 4:

Es sollte dem Auftraggeber überlassen bleiben, ob er eine Vergütung für besondere Ausarbeitungen vorsieht oder nicht.

Zu § 16 Abs. 5:

Auch hier sollte es dem Auftraggeber überlassen werden, einen Kostenersatz für Ausschreibungsunterlagen vorzusehen. Überdies sollte eine Rückstellung der Ausschreibungsunterlagen nur dann erfolgen müssen, wenn die Kosten der Angebotsunterlagen eine noch einzuführende Bagatellgrenze überschreiten, um zu verhindern, daß die Kosten des Verwaltungsaufwandes die Kosten der Angebotsunterlagen überschreiten.

Zu § 16 Abs. 7:

Die Zuerkennung einer Vergütung sollte unterbleiben, um den Verwaltungsaufwand nicht unnötig zu erhöhen.

Zu § 17:

Eine "öffentliche Angebotseröffnung" bei geringwertigen Ausschreibungen (kommen bei der Stadt Wien häufig vor), ist aus Zeit- und Personalgründen nicht durchführbar.

Zu § 18 Abs. 4:

Es sollten nur die Firma, die nicht Bestbieter bleibt, und die Firma, die zum Bestbieter wird, von der Berichtigung verständigt werden müssen.

Zu § 18 Abs. 5 Z 2:

Das Erfordernis, daß die Berichtigungen in einer Niederschrift zu vermerken sind, müßte generell gelten und wäre in Abs. 4 aufzunehmen.

Zu § 18 Abs. 6 Z 1:

Um Auslegungsprobleme hinsichtlich der Rechtzeitigkeit eines Angebotes zu vermeiden, sollte auch hier der in § 16 Abs. 1 verwendete Begriff "eingereichte Angebote" verwendet werden.

Zu § 18 Abs. 6 Z 5:

Anstelle des Wortes "plausibel" wäre das Wort "überzeugend" (oder "einleuchtend") zu setzen. Hinsichtlich der stichhaltigen Begründung wäre zu ergänzen, daß es sich um eine solche wirt-

schaftlicher Art unter Beachtung der Rechtsvorschriften handeln muß.

Zu § 19 Abs. 4 Z 2:

Die eidesstattliche Erklärung sollte sich nicht nur auf Urteile sondern auch auf Bescheide beziehen (vgl. z.B. die in den Erklärungen genannten Fragen der illegalen Ausländerbeschäftigung).

Zu § 19 Abs. 5 Z 6, 9, 10 und 11 sowie Abs. 6 Z 3 und 4:

Es wäre zu überlegen, auch in diesen Fällen eidesstattliche Erklärungen vor Gericht zu verlangen.

Zu § 20 Abs. 1:

Verhandlungen mit Bietern sollten, sofern sie nicht gegen den Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung aller Bieter verstoßen, immer zulässig sein, da diese der Realität des Wirtschaftslebens entsprechen.

Zu § 21 Abs. 3:

Die Bestimmung des verwiesenen § 18 Abs. 6 Z 5 betrifft nur einen Spezialfall. Es ist unklar, ob die Verweisung generell zu verstehen ist, d.h. bei allen Preisprüfungen eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt werden soll, in deren Rahmen der Bieter Gelegenheit zur Aufklärung erhält, oder nur dann, wenn kein überzeugend erklärbarer Preis genannt ist. Die Aufnahme dieses Hinweises im § 21 ist systematisch verfehlt, da derar-

tige Angebote nach § 18 Abs. 6 Z 5 schon vorher auszuschneiden gewesen wären.

Zu § 21 Abs. 6:

§ 21 Abs. 6 sollte dahingehend modifiziert werden, daß es dem Auftraggeber überlassen bleiben soll, ob er den übrigen Bietern schriftlich mitteilt, wem der Zuschlag erteilt wurde. Durch die Bekanntgabe des Bestbieters könnten unerwünschte Verabredungen unter den Bietern begünstigt werden.

Zu § 22 Abs. 2:

Eine Weitergabe von Teilen der Leistung sollte nur mit Zustimmung des Auftraggebers möglich sein.

Zu § 24:

Bei den nicht offenen Verfahren (geringwertiges Auftragsvolumen) sollte von einer öffentlichen Angebotseröffnung abgesehen werden können. Es ist auch nicht einzusehen, warum die Angebotsunterlagen den zur Angebotserstellung eingeladenen Unternehmen kostenlos zur Verfügung gestellt werden sollen.

Die Eignungsprüfung ist vor der Einladung zur Angebotserstellung nicht immer möglich (zu aufwendig).

Zu § 24 Abs. 2:

Die Anzahl der einzuladenden Unternehmer (mindestens 5) ist für manche Branchen zu hoch; bei geringwertigen Ausschreibungen ist die öffentliche Erkundung des Bewerberkreises in der Praxis viel zu aufwendig und auch nicht notwendig. Wenn jemand Zeit für eine Erkundung hat, hat er auch Zeit für eine öffentliche Ausschreibung.

Zu § 25 Z 11:

Die bisherige Formulierung der ÖNORM A 2050, nämlich daß in Fällen der besonderen Dringlichkeit ein Verhandlungsverfahren möglich sein soll, ist unbedingt beizubehalten, um die Gebietskörperschaften vor wirtschaftlichen Nachteilen zu bewahren.

Zu § 26 Abs. 3:

Verhandlungsverfahren kommen vorwiegend anlässlich geringwertiger Vergaben oder großer Dringlichkeit zur Anwendung. In solchen Fällen ist aber eine öffentliche Bietersuche nicht praktikabel.

Zu § 26 Abs. 5:

Einen Bieter zu prüfen, der in der Folge nicht den Zuschlag bekommt, kann nicht im Sinne einer ökonomischen Verwaltung sein.

Zu § 26 Abs. 7:

Diese Bestimmung widerspricht der Praxis. Wenn ein qualifizierter Bieter gefunden wurde, der überdies der billigste ist, erscheint ein Wechsel nicht zielführend.

Zu § 27 Abs. 1:

Wie bereits oben ausgeführt ist eine öffentliche Erkundung (des Bewerberkreises) viel zu zeitaufwendig und in der Regel nicht notwendig. Wenn genügend Zeit vorhanden ist, wird man ein offenes Verfahren durchführen können.

Zu § 28 Abs. 1:

Statt § 12 müßte hier richtig § 11 angeführt werden.

Zu § 28 Abs. 5:

Es bleibt unklar, in welcher Weise ein Verhandlungsverfahren durchgeführt werden kann, wenn die Erkundung des potentiellen Auftragnehmerkreises erfolglos geblieben ist.

Zu § 28 Abs. 8:

Die Gründe für eine Regelung ("aus Gründen der Geheimhaltung") sollten nur in den Erläuterungen und nicht im Gesetzestext genannt werden. Die Bestimmung, daß auf die gleichartige Behandlung aller Bieter besonders Bedacht zu nehmen ist, sollte ent-

fallen, da diese Vorschrift generell gilt und keiner besonderen Bekräftigung, deren normativer Gehalt fraglich wäre, bedarf.

Zu § 29 Abs. 3:

Verfassungskonform könnte nur ein Vorschlagsrecht der Kammern vorgesehen werden, nicht jedoch eine Bindung der Bundesregierung an die Vorschläge; dafür bedürfte es einer ausdrücklichen verfassungsmäßigen Grundlage (vgl. z.B. Art. 67 Abs. 1 letzter Satz B-VG und Walter-Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts, 7. Auflage, S 240).

Zu § 31 Abs. 1:

Die Unabhängigkeit der Mitglieder der Vergabekontrollkommission kann der einfache Gesetzgeber nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes nicht für die gesamte Amtsausübung, sondern nur für die Erstellung von Gutachten festlegen.

Die Erläuterungen sind insofern unzutreffend, als der Verfassungsgerichtshof im bezogenen Erkenntnis VfSlg 4929 nur ausgesprochen hat, daß alle Sachverständigen, also auch die Amtssachverständigen an die Wahrheitspflicht gebunden sind. Eine verfassungsmäßige Grundlage für die Weisungsfreiheit wird vom Verfassungsgerichtshof nicht für entbehrlich erachtet; sie ist auch schon deshalb erforderlich, weil die Mitglieder der Kommission nicht nur Gutachten erstellen, sondern ebenso andere Tätigkeiten ausüben (z.B. § 33 Abs. 8; vgl. im übrigen Antoniolli-Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, S 337).



Zu § 33 Abs. 4:

Es müßte richtig lauten: "das in der Minderheit gebliebene Mitglied kann ....."

Zu § 38:

Da in Wien auf Grund des Sitzes der zentralen Vergabestellen des Bundes mit zahlreichen Schlichtungen zu rechnen ist, würde die Einrichtung einer innerstaatlichen Schlichtungsstelle beim Landeshauptmann in Wien mit einem erheblichen Aufwand verbunden sein, der der Stadt Wien vom Bund abzugelten wäre.

Vor allem aber erscheint die Einrichtung einer solchen Schlichtungsstelle beim Landeshauptmann auch nicht zweckmäßig. Denn die mit den Aufgaben der Schlichtungsstelle beauftragten Landesbediensteten hätten die sehr umfangreichen Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und aller gemäß § 2 erlassenen Verordnungen der Bundesregierung anzuwenden, was zweifellos nur bei einer weitgehenden Übereinstimmung zwischen der Bundesregelung und den Landesvergabegesetzen zumutbar wäre.

Zu den §§ 41 und 43:

Diese Bestimmungen regeln die Voraussetzungen für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Danach kann die Aufhebung jeder verfahrensrechtlichen Entscheidung im Rahmen des Vergabeverfahrens wegen Rechtswidrigkeit beantragt werden. Diese Formulierung ist zu weit, da dadurch alle Verfahrensbestimmungen des gegenständlichen Entwurfes und der gem. § 2 erlassenen Durchführungsverordnungen zumindest theoretisch zum Gegenstand eines Nachprüfungsantrages gemacht werden können. Es sollten

hier - ähnlich wie im Landesmustergesetzentwurf - konkrete Nachprüfungstatbestände angeführt werden.

Zu § 41 Abs. 3 Z 1:

Hier sollte besser von einem angefochtenen rechtswidrigen Verhalten des Auftraggebers gesprochen werden, da in einem Verfahren dem Begriff "Entscheidung" eine besondere Bedeutung im Sinne eines Bescheides zukommt und überdies eine rechtswidrige Benachteiligung eines Unternehmers auch durch Unterlassung (Untätigkeit) denkbar ist.

Zu § 41 Abs. 3 Z 7:

Ein Nachweis über die Durchführung eines Schlichtungsverfahrens kann schon deshalb nicht verlangt werden, da nach Abs. 2 ein bloßes Verstreichen einer 14-tägigen Frist nach Einschaltung der Schlichtungsstelle als für die Antragstellung ausreichend normiert wird. Überdies kann ein derartiger Nachweis dann gar nicht erbracht werden, wenn die Schlichtungsstelle innerhalb der 14-tägigen Frist untätig geblieben ist.

Zu § 42 Abs. 6:

Da die einstweiligen Verfügungen keineswegs nur das Verfahren betreffen, handelt es sich dabei nicht um Verfahrensanordnungen im Sinne des § 63 Abs. 2 AVG. Der erste Satz wäre daher zu streichen. Es genügt durchaus ohne ausdrückliche Aussage über den Rechtscharakter der einstweiligen Verfügungen die abgesonderte Berufung darüber auszuschließen. Im Hinblick auf unabsehbare Folgen in der Judikatur, wenn der Bundesgesetzgeber, der auch das AVG erlassen hat, hier Verfahrensanordnungen plötzlich

gleichsam definiert, sollte diese Äußerung des ersten Satzes unbedingt unterbleiben.

Zu § 43 Abs. 1 Z 1:

Diese Bestimmung ist nur schwer verständlich und sollte daher sprachlich verbessert werden.

Zu § 45:

Die Höhe der Mutwillensstrafe sollte an den Auftragswert gebunden werden, zumal eine Begrenzung auf 100.000,-S bei Großaufträgen im Hinblick auf die angestrebte abschreckende Wirkung als zu gering erscheint. Fraglich ist, ob parallel zu Mutwillensstrafen ein Schadenersatzanspruch in Frage kommt.

Zu § 48 Abs. 1:

Auch hier sollte die Voraussetzung für die Zuerkennung eines Schadenersatzanspruches an den übergangenen Bieter - analog den vorstehenden Ausführungen zu den §§ 41 und 43 - nicht in der weiten Form "...schuldhafte Verletzung dieses Bundesgesetzes oder der aufgrund dieses Bundesgesetzes ergangenen Verordnungen..." umschrieben werden; vielmehr sollte ein Schadenersatzanspruch auf den Fall beschränkt sein, daß vom unabhängigen Verwaltungssenat die Rechtswidrigkeit eines Zuschlages wegen Verletzung konkreter Rechtsvorschriften festgestellt worden ist.

Auch wird darauf hingewiesen, daß der Begriff Rechtsträger wohl in der staatlichen Verwaltung (Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung), nicht aber bei auftragsvergebenden privaten Unter-

nehmen (etwa im Bereich der Sektorenrichtlinie) gebräuchlich ist.