



**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
BUNDESMINISTERIUM  
FÜR WIRTSCHAFTLICHE ANGELEGENHEITEN

A-1011 Wien, Stubenring 1

DVR 37 257

Fernschreib-Nr. 111145 reggeb a, 111780 reggeb a

Telefax 713 79 95, 713 93 11

Telefon 0222/71100 Durchwahl

Name/Tel.-Klappe des Sachbearbeiters:

Geschäftszahl 14.239/6-Pr/7/92

Mag. Weilinger/5935

An das  
Präsidium des Nationalrates

Bitte in der Antwort die

Geschäftszahl dieses

Schreibens anführen.

Parlament  
1016 W i e n

Betr.:  
Bundesvergabegesetz;  
Stellungnahme

|                        |               |
|------------------------|---------------|
| Betrifft GESETZENTWURF |               |
| 1.                     | 82 GENO 12    |
| Datum:                 | 9. OKT. 1992  |
| Vert:                  | 10.10.92 Gape |

*St. Orzwanen*

Das Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten beehrt sich, in der Beilage 25 Ausfertigungen seiner an das Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst gerichteten Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesvergabegesetzes zu übermitteln.

Wien, am 25. September 1992

Für den Bundesminister:

MR Dr. Benda

25 Beilagen

F.d.R.d.A.:



**REPUBLIK ÖSTERREICH**  
BUNDESMINISTERIUM  
FÜR WIRTSCHAFTLICHE ANGELEGENHEITEN

A-1011 Wien, Stubenring 1  
DVR 37 257  
Fernschreib-Nr. 111145 reggeb a, 111780 reggeb a  
Telefax 713 79 95, 713 93 11  
Telefon 0222/71100 Durchwahl  
Name/Tel.-Klappe des Sachbearbeiters:

Geschäftszahl 14.239/6-Pr/7/92

Mag. Weilinger/5035

An das  
Bundeskanzleramt-VD

Bitte in der Antwort die  
Geschäftszahl dieses  
Schreibens anführen.

Ballhausplatz 2  
1014 W i e n

Betr.:  
Bundesvergabegesetz;  
Stellungnahme

zur do. Zl.: 600.883/1-V/8/92  
vom 17. Juli 1992

Das Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten beehrt sich, zu dem Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) folgende Ressortstellungnahme zu übermitteln:

Zum Entwurf im allgemeinen:

1.) Verhältnis zu den EG-Richtlinien

Im Gegensatz zu den Vergabegesetzentwürfen (VGE) 1969 und 1982 resultiert der Vergabegesetzentwurf 1992 nicht aus Unzukömmlichkeiten bei Vertragsvergaben, sondern ergibt sich aus der Anpassung an das EG-Recht. Die Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG, die durch den EWR-Vertrag für Österreich verbindliches Recht werden, bedarf daher in Österreich einer einheitlichen, EG-konformen normativen Regelung. Dies ist auch der Grund dafür, daß der Entwurf mehrere Vergabekontrollinstanzen und unterschiedliche Formalismen bezüglich der Vergabekontrolle enthält.

Die "harte Trennungslinie" bezüglich formalisierter Regelungen und Kontrollinstanzen werden die EG-Schwellenwerte bilden und die dementsprechenden Festlegungen in den einzelnen, auf Basis des

- 2 -

Vergabegesetzes zu erlassenden Rechtsverordnungen. Auch wenn Vertreter der Wissenschaft (z.B. Dr. Holoubek beim Bundesvergabegesetz-Symposion am 3.9.1992 im Österr. Normungsinstitut) auf dem Standpunkt stehen, daß es sich bei den EG-Schwellenwerten nicht um "Bagatellgrenzen" handelt und eine Differenzierung von Kontrollmaßnahmen oberhalb/unterhalb der Schwellenwerte sachlich nicht gerechtfertigt wäre, werden die EG-Schwellenwerte von ho. Seite ausdrücklich als Bagatellgrenzen hinsichtlich stärker formalisierter Vergaberegeln angesehen, da es weder vergabepolitisch noch verwaltungsökonomisch sinnvoll ist, die Bestimmungen des EG-Vergaberegimes aus formalen Zwängen zu übertreffen. Es sollte Ziel sein, alle Maßnahmen zu vermeiden, die eine "Inländerdiskriminierung" bewirken könnten, indem die gesetzlichen Regelungen des Vergabewesens in Österreich strenger ausfallen könnten, als dies durch die nationale Umsetzung des EG-Rechts notwendig ist bzw. strenger als in anderen EWR/EG-Staaten.

## 2.) Verwaltungsnähe

Weiters sollte es Ziel eines Bundesvergabegesetzes sein, die Grundsätze der Verwaltungsökonomie zu wahren und damit auch die Widerstände der Verwaltung gegen eine gesetzliche Regelung des Vergabewesens einzugrenzen. Eine - über die integrationspolitischen Erfordernisse hinausgehende - zu straffe, streng formalisierte und auch zu detaillierte Regelung, gerade letzteres zeichnet sich auch im gegenständlichen Entwurf ab, stünde im Widerspruch mit den Deregulierungsbestrebungen der gesamten Bundesregierung im Rahmen des laufenden Verwaltungsreformprojektes. Die anzuwendenden Bestimmungen sollten daher nur in jenen Bereichen streng formalisiert werden, wo dies aus integrationspolitischen Erfordernissen notwendig ist. Mit diesen Überlegungen verbunden ist auch die Befürchtung zu geringer Flexibilität des Entwurfs - vor allem auch hinsichtlich der sach- und ressortspezifischen Bedürfnisse der Vergaberegeln im Bereich unterhalb der Schwellenwerte.

## 3.) Vergabe unter EG-Schwellenwert

Was die Geltung des Bundesvergabegesetzes unterhalb der EG-Schwellenwerte betrifft, ist diese nach ho. Auffassung grundsätz-

- 3 -

lich unter vergabepolitischen Gesichtspunkten zu begrüßen, da damit auch die Basis für eine bundesweit einheitliche Regelung - zumindest für den Bereich der Vergaben des Bundes - geschaffen wird. Allerdings sollte dies mit gewissen Lockerungen (wie bei Ermächtigungs- und Wertgrenzen sowie bei den Vergaberegeln bzgl. immaterieller Leistungen, für die der Entwurf das "zweistufige Verfahren" vorsieht) verbunden sein.

Hiebei sollte nach ho. Auffassung folgendes beachtet werden:

Ermächtigungs- bzw. Wertgrenzen sollten pro Ressort festgelegt werden (allenfalls pro Sachbereich [Lieferungen/Bau/Dienstleistungen/Sektoren]);

Um eine bundeseinheitliche Regelung zu gewährleisten, könnten diese Verordnungen durchaus - wie im Entwurf vorgesehen - von der Bundesregierung erlassen werden.

Diese Ermächtigungs- bzw. Wertgrenzen sollten nicht zu niedrig angesetzt werden - dies läßt sich aus ho. Sicht dadurch rechtfertigen, daß ohnehin Vergabekontrollverfahren vorgesehen sind; letztere könnten leichter zugänglich gestaltet werden (die Diskussion beim Vergabegesetz-Symposium am 3.9.1992 im ON ging in diese Richtung und könnte aus ho. Sicht bei der Diskussion des vorliegenden Gesetzentwurfes aufgegriffen werden).

Bezüglich der Vergabe immaterieller Leistungen wird auf die Ausführungen zu § 28 verwiesen.

Eine grundsätzliche Anmerkung betrifft weiters die durch das EG-Recht teilweise ermöglichte Wahlfreiheit zwischen den verschiedenen Verfahrensarten der Auftragsvergabe:

Hier wird zur Diskussion gestellt, ob man die nach den Richtlinien teilweise gegebene Wahlfreiheit nicht auch für österreichische Vergaben übernehmen sollte.

Der Entwurf eines Bundesvergabegesetzes bleibt bei der für das österreichische Vergabewesen typischen Rangordnung:

Das offene Verfahren (=öffentliche Ausschreibung) soll die Regel sein; das nicht offene Verfahren (=beschränkte Ausschreibung) und das Verhandlungsverfahren (=Freihandvergabe) sind nur in

- 4 -

bestimmten, im Entwurf taxativ (aber nur vage bestimmt) aufgezählten Fällen zulässig. Daraus könnten sich nach ho. Ansicht die ersten großen Schwierigkeiten ergeben, weil die im Entwurf aufgestellten Abgrenzungsmerkmale für die einzelnen Verfahren einen derart hohen Unbestimmtheitsgrad aufweisen (vgl. etwa § 25 Zi.1: "...im Hinblick auf den geringen Wert der Leistung wirtschaftlich nicht vertretbar..."), sodaß bereits bei der Wahl des anzuwendenden Ausschreibeverfahrens das Auftreten massiver Probleme zu befürchten ist.

Nach ho. Ansicht wäre es zweckmäßiger, eine wertmäßige Abgrenzung für die einzelnen Verfahren (vgl. ansatzweise § 21 Abs. 8) festzuschreiben, wobei aber konkret gegen die dort genannte Wertgrenze von ho. Seite erhebliche Einwände geltend gemacht werden.

Weiters sieht der VGE 1992 das aufwendige Verfahren (offene Verfahren) auch für Fälle vor, die nicht unter die EG-Richtlinie fallen und geht damit im Sinne der oben genannten Befürchtungen insgesamt über die Auflagen zur europäischen Integration hinaus.

Abgesehen zu diesen Anmerkungen betreffend die Kriterien für die Wahl des Vergabeverfahrens ist eine der "Säulen" des Vergabewesens die gründliche und sorgfältige Planung und Vorbereitung der Ausschreibung. Auf die Gestaltung dieser Bestimmungen sollte besonderes Augenmerk gerichtet werden, da so wahrscheinlich manche aus der Vergangenheit bekannte negative Erfahrungen im Bereich der Auftragsvergabe vermeidbar gewesen wären.

Der Entwurf sieht darüberhinaus eine Reihe von Ansprüchen der Beteiligten im Ausschreibeverfahren vor, die über zivilrechtliche Ansprüche und Ansprüche aus der Amtshaftung hinausgehen. Es sollte sichergestellt werden, das sich daraus keine Kumulierung von Ansprüchen (vgl. § 16) ergibt. Einige dieser Ansprüche sind derart unbestimmt formuliert, sodaß auch hier mit Rechtsunsicherheit und damit verbundenem, unadäquatem Verwaltungsaufwand zu rechnen ist.

#### 4.) Ausnahme bei Wirtschaftslenkung:

Die uneingeschränkte Anwendbarkeit der Wirtschaftslenkungs-gesetze im engeren Sinn (Versorgungssicherungsgesetz etc.) müßte für den Krisenfall auch im Anwendungsbereich dieses Gesetzes sichergestellt sein.

#### 5.) Eignungsprüfung:

Die im vorliegenden Entwurf aufgestellten Kriterien zur Eignungsprüfung von Bietern sind teilweise weder durchsetzbar, zumutbar, noch für die Leistungsfähigkeit aussagekräftig (vgl. etwa das Beurteilungskriterium "letztgültige Lastschriftanzeige der Lohnsummensteuer" für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens). Unklar ist auch, welchen Einfluß die Eignungsprüfung auf die Vergabeentscheidung haben soll, da die Vergabe nach anderen Kriterien zu erfolgen hat (vgl. § 21 Abs.1). Will der Bund marktwirtschaftliche Bereiche erschließen, so wird man auch gewisse marktwirtschaftliche Risiken in Kauf nehmen müssen. Eine derart minutiöse Regelung, wie sie der § 19 darstellt, bringt außer hohem Verwaltungsaufwand insbesondere für den Auftraggeber, leichter Anfechtbarkeit der Ergebnisse und großen Verfahrensverzögerungen kaum einen sachlichen Beitrag. Insbesondere deshalb, weil nicht geregelt ist, welche Schlußfolgerungen aus den vorliegenden Unterlagen wie zu ziehen sind.

#### 6.) Kostenfrage:

Die das ho. Ressort treffenden Kosten zur Durchführung des Bundesvergabegesetzes wären entsprechend den Legistischen Richtlinien in geeigneter Form zu schätzen und die notwendigen organisatorischen Maßnahmen (Personaldeckung, etc.) zu überdenken. Von ho. Seite wird jedoch bezweifelt, daß derzeit eine solche Kostenschätzung überhaupt möglich - bzw auch sinnvoll und aussagekräftig - wäre, da Art und Umfang der Ausschreibeverfahren und die zu erwartenden Überprüfungsverfahren auch wegen der noch im Verordnungswege zu erlassenden Regelungen, nicht abschätzbar sind. Gerade im Bereich der Kontrolleinrichtungen bestehen grundlegende Bedenken und es ist - wie noch später auszuführen sein wird - generell fraglich, ob die beabsichtigten Kontrollstellen überhaupt bestehen bleiben werden (was die Unabhängigen Verwaltungssenate betrifft: überhaupt bestehen bleiben können)

- 6 -

bzw. ob sich ihr Aufgabenbereich - und damit auch ihr Personal- und Sachaufwand - nicht anders gestalten wird.

#### 7.) Verhältnis zur ÖNORM A 20-50:

Was die inhaltliche Ausgestaltung des Bundesvergabegesetzes im Verhältnis zur ÖNORM A-2050 betrifft, so lehnt sich dieses weitgehend an die Bestimmungen der neuen ÖNORM A 2050 an, hält aber deren nach ho. Ansicht treffendere Systematik (wie gesonderte abschnittsweise Behandlung von Ausschreibung, Angebot und Zuschlagsverfahren) nicht aufrecht. Es sollten auch unterschiedliche Textierungen im Vergabegesetzentwurf und in der zum Einspruchsverfahren aufgelegten überarbeiteten ÖNORM A 2050 soweit wie möglich vermieden bzw., falls Abweichungen aus legislatischen oder sonstigen Gründen unumgänglich erscheinen, auf ein absolutes Minimum beschränkt werden; dies gilt vor allem für Definitionen, materielle Grundsatzregelungen (die in den bereichsspezifischen Rechtsverordnungen ohnehin zu ergänzen sein werden und im gegenständlichen Entwurf daher als zu sehr ins Detail gehende Regelungen nicht günstig plazierte wären) und Überschriften. Für eine starke Anlehnung an die ÖNORM A-2050 spricht auch, daß durch das Bundesvergabegesetz eine Annäherung zwischen Bund und Ländern im Bereich des Vergabewesens möglicherweise herbeigeführt werden könnte und die Länder ihre Vergaberegeln überwiegend an der ÖNORM A-2050 orientieren.

Sollte es doch bei der vorgesehenen Detailliertheit der Ausführungen bleiben, so wird angeregt, dem Bundes-Vergabegesetz aus Gründen der einfacheren Lesbarkeit ein Inhaltsverzeichnis voranzustellen.

#### 8.) Kommentar zum Vergaberecht:

Schließlich wird von ho. Seite angeregt, auf der Basis der Erläuternden Bemerkungen, der Stellungnahmen im Begutachtungsverfahren, der Stellungnahmen im Einspruchsverfahren zur ÖNORM A 2050 sowie der intensiven vergabepolitischen Diskussion der letzten Jahre, einen Kommentar zum Vergabegesetz zu erstellen, sinnvollerweise zeitgleich mit den Arbeiten zu den bereichs-, sach- oder ressortspezifischen Rechtsverordnungen. Dadurch würden zum einen

- 7 -

Unklarheiten (die sich bei jeder Materie in einem gewissen Ausmaß ergeben) beseitigt und zum anderen der Furcht entgegengewirkt, daß "die Normunterworfenen die Bestimmungen so auslegen, wie es ihnen paßt" (siehe Diskussion zum Bundesvergabegesetz-Symposium am 3.9.1992 im ON); auch eine bessere Kenntnis der EG-Vergaberegungen als Grundlage für bestimmte Regelungen im österreichischen Vergaberecht könnte dadurch gegenüber dem Status quo erreicht werden.

Diese letzte Anregung mindert natürlich nicht die Verantwortung, ein entsprechend determiniertes Regelungswerk zu schaffen, das im Interesse einer sinnvoll ausgeübten und auf die "echten" Probleme beschränkten Kontrolle dessen Effizienz sichert. Effiziente Kontrolle und - ihr vorgelagert - exakte Planung und Vorbereitung der Ausschreibung des künftigen Leistungsvertrages sind, wie schon oben ausgeführt, Tragpfeiler des Vergabewesens.

#### 9.) Schlußbemerkung:

Das Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten nimmt in der Folge zwar sehr ausführlich zu einzelnen Bestimmungen des Entwurfes Stellung, doch das ist nicht gleichbedeutend damit, daß die dabei angesprochenen Regelungen insgesamt als notwendig und in ihren Konsequenzen zweckmäßig angesehen werden. Die Auseinandersetzung mit den Details soll nicht die im allgemeinen Teil dieser Stellungnahme aufgezeigte grundsätzliche Kritik relativieren.

#### Zu den Bestimmungen im einzelnen:

##### Zu § 1 Abs. 1 Z 3 und Z 6:

Hier stellt sich das Problem, daß Unternehmungen gemäß Zif. 3, die "keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben", wenn dies im Sinne der Gewerbeordnung 1973 auszulegen ist, nicht deckungsgleich ident sind mit jenen "die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllen" (EG-Baukoordinierungsrichtlinie). Die EG will damit Tätigkeiten erfaßt wissen, die der Staat für seine Bürger erbringt oder erbringen läßt. Das sind vornehmlich alle Maßnahmen der Daseinsvorsorge, beispielsweise im Kultus- und Sportbereich, im Gesundheits- und Sozialwesen. Der Zusatz "nicht gewerblicher Art" bei den im Allgemeininteresse

- 8 -

liegenden Aufgaben ist kein zusätzliches Kriterium, er dient lediglich der Klarstellung, daß die Wahrnehmung derartiger Aufgaben keine rein wirtschaftliche Tätigkeit ist. Es soll also nur die Abgrenzung zu den ausschließlich erwerbswirtschaftlich tätigen Unternehmen verdeutlicht werden.

Es wäre zu klären, ob die Tiergarten Schönbrunn Ges.m.b.H., die Schloß Schönbrunn Kultur- und Betriebsges.m.b.H. und die Bundesimmobiliengesellschaft m.b.H., wo jeweils umfangreiche Leistungsvergaben erfolgen, derartige Unternehmen darstellen, die wenn auch nach österreichischem Recht gewerblich tätig, im Sinne der EG-Baukoordinierungsrichtlinie Aufgaben "nicht gewerblicher Art" erfüllen und somit zur Anwendung der Baukoordinierungsrichtlinie verpflichtet wären.

Soll das Vergabegesetz für diese Gesellschaften angewandt werden, so wird auf die dargelegte Begriffsproblematik verwiesen !

Zu § 1 Abs. 1 Z 5:

Es erscheint nicht einsichtig, warum gerade die Verbundgesellschaft expressis verbis zur Gesetzesanwendung verpflichtet sein soll und eine Einbeziehung der Verbundgesellschaft im Wege der allgemein gehaltenen Bestimmung der Z 6, eventuell ebenfalls als Verfassungsbestimmung, offenbar als nicht ausreichend angesehen wird. Um zu vermeiden, daß durch diese ausdrückliche Hervorhebung in der Öffentlichkeit und insbesondere bei den Aktionären der falsche Eindruck erweckt werden könnte, das Vergabewesen der Verbundgesellschaft wäre in der Vergangenheit womöglich unzulänglich gewesen, sodaß der Verfassungsgesetzgeber einen besonderen Regelungsbedarf sah, wird nachdrücklich angeregt, zumindest in den Erläuterungen Bemerkungen zum Gesetzesentwurf für eine diesbezügliche, ausreichende Klarstellung zu sorgen.

Zu § 2:

In dieser Bestimmung wird normiert, wer zur Erlassung von Verordnungen verpflichtet ist (Bundesregierung). Nicht geregelt ist nach h.o. Ansicht:

- \* was passiert, wenn die Bundesregierung dieser Verpflichtung nicht (rechtzeitig) nachkommt,

- 9 -

Zum Problem der Erlassung durch die Bundesregierung wird überdies auf die unter § 2 (2) getroffenen Ausführungen verwiesen.

Zu § 2 (2):

Diese Bestimmung erscheint in der vorliegenden Form grundsätzlich problematisch. Sowohl sach- als auch ressortspezifisch sind (und werden) sehr unterschiedliche Bedürfnisse bezüglich der Vergaberegelerung gegeben (sein). So ist die Vergabe eines Lieferauftrages über Papierwaren oder Schreibwerkzeug (zB Bleistifte) in keiner Weise mit der Vergabe von Bauleistungen (Hoch- und Tiefbau) vergleichbar - und zwar sowohl was den Auftragswert als auch den administrativen Aufwand bei der Vergabe oder auch die Wahl des Vergabeverfahrens betrifft.

Um dem gerecht zu werden, sollte diese Regelung dahingehend ausgebaut werden, daß sach- und fachspezifisch unterschiedliche Regelungen gemacht werden können oder zB Ermächtigungsgrenzen pro Ressort festgelegt werden, die durch die gesamte Bundesregierung erlassen werden. Mit der Erlassung durch die Bundesregierung würde die Bundeseinheitlichkeit unterstützt und Novellierungen auf ein absolut notwendiges Minimum beschränkt. Bei einer Regelung nach Sachbereichen könnte auch den unterschiedlichen Bedürfnissen bezüglich der Zulässigkeit von Alternativangeboten Rechnung getragen werden, ebenso könnte beispielsweise das in § 12 Abs. 2 normierte Erfordernis der Einhaltung der jeweils am Ausführungsort geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften - was tatsächlich ja wohl nur auf den Ausführungsort Österreich bezogen werden kann - den Anforderungen entsprechend geregelt werden: man denke an den Fall des reinen Liefervertrages.

Alternativ bzw. zusätzlich wäre zu überlegen, ob das Bundesvergabegesetz nicht eine betragsmäßige Untergrenze normieren sollte, ab der das Gesetz überhaupt erst zur Anwendung kommen soll, um so die echten wertmäßigen Bagatellfälle überhaupt aus dem Anwendungsbereich herauszuhalten - wiewohl ho. das Problem der Definition echter Bagatellfälle gesehen wird.

- 10 -

Zu § 2 Abs. 3:

Im Hinblick auf diese Bestimmung, der zufolge Verordnungen aufgrund Abs.1 und 2 einschlägige Normen zum Teil oder zur Gänze für bindend erklären können, sollte das Verhältnis Bundesvergabegesetz - Ö-Norm A 2050 betreffend der Präzisierung überdacht werden. Bei der Rechtserzeugung durch Erlassung von Verordnungen handelt es sich nämlich um eine Präzisierung von anderen generellen Normen (Walter-Mayer, Grundriß des österr. Bundesverfassungsrechtes 5, Seite 182). Da das Bundesvergabegesetz bestimmte Regelungen sehr präzise trifft und fast dieselben Regelungen in der Ö-Norm A 2050 enthalten sind, kann es zu Überschneidungen kommen.

Zu § 3 Z 1:

Anstelle von "Arbeiten und Lieferungen" sollte es hier "Lieferungen und Arbeiten" lauten, da Lieferungen immaterieller Art nicht denkbar sind.

Zu § 3 Z 6:

Hier sollte es richtigerweise "natürliche Personen und juristische Personen" lauten.

Zu § 3 Z 8:

Der Ausdruck "Bedingungen" anstelle von "Bestimmungen" entspricht wohl eher dem beabsichtigten Sinn dieser Regelung.

Zu § 3 Z 7 bis Z 14:

Die Abfolge dieser Begriffsbestimmungen sollte der Systematik der ÖNORM A 2050 angeglichen werden.

Zu § 4 Abs.1:

Vergabeethisch wäre es aus österreichischer Sicht richtig, die Bestimmungen des Abs. 1 um den Grundsatz der Umweltgerechtigkeit der Leistung zu ergänzen. Es wird allerdings zu bedenken gegeben, daß diesbezüglich gerne (auch von österreichischen Diskutanten) das Moment des Technischen Handelshemmnisses ins Spiel gebracht wird. Von ho. Seite wird daher zu einer sorgfältigen Abwägung dieser beiden Momente geraten.

- 11 -

Welchen Stellenwert die Umweltgerechtigkeit im Rahmen der Bestbieterermittlung (Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot) unter den dort angesprochenen "maßgeblichen Gesichtspunkten" haben soll, wäre auch zu überdenken. Vgl. auch die Ausführungen zu § 11 Abs. 5.

Weiters fällt zu diesem Absatz auf:

Aufträge sind u.a. "... zu der Marktlage entsprechenden Preisen ..." zu vergeben. Dagegen verlangt § 21 Abs.1 das wirtschaftlich günstigste Angebot auch hinsichtlich des Gesichtspunktes Preis. Unklar ist nunmehr, welcher Preis nun tatsächlich für die Vergabe ausschlaggebend sein kann (vgl. auch § 12 Abs. 3 Zi. 4 - 7: Einheitspreise, Pauschalpreise, Regiepreise, Festpreise). Der Preis der Marktlage wird zum Teil für Leistungen an den Bund gar nicht vorhanden sein (spezielle Güter, die sonst niemand kauft; wie z.B. Autobahnen, Eisenbahnen etc.), bzw. könnte durch Anbieterabsprachen manipuliert sein. Besser wäre die Vergabe allein zu angemessenen Preisen (Aufwandsersatz + angemessener Unternehmerlohn + angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals); vgl. hierzu auch die Regelung in § 18 Abs. 2 Zi. 4.

Zu § 4 Abs. 2:

Der Begriff "begründete Sonderfälle" in der vorletzten Zeile dieses Absatzes ist zu undeterminiert, da es sich hier um eine Ermessensbestimmung des bzw. der Auftraggeber handelt, wann auf eine Beteiligung der Unternehmer nicht verzichtet werden kann. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wer diese begründeten Sonderfälle dann kontrolliert. Die Vergabekontrollkommission ist nämlich gemäß § 32 Abs. 1 Ziff.1 und Ziff.2 nur bei Zweifelsfragen zuständig, die sich in einem Vergabeverfahren bei der Vollziehung einzelner Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hier zu ergangenen Verordnungen ergeben. Eine weiterreichende Kontrolle, bzw. ausführliche Erläuterungen zu "begründeten Sonderfällen" wären im Sinne der Rechtsstaatlichkeit wünschenswert.

- 12 -

Zu § 4 Abs.4:

Hier müßte vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Zuge der Begutachtung ein Vorschlag gemacht werden, wie zwischen den beiden Typen von geschützten Werkstätten sachlich und vergabepolitisch korrekt zu unterscheiden wäre, wobei ein Verweis auf die Bestimmungen des Behinderteneinstellungsgesetzes von ho. Seite als nicht benutzerfreundlich abgelehnt wird. Die beiden Typen wären möglichst anwendungsfreundlich zu definieren.

Weiters wäre noch zu klären, welche bewerbungsfähige Eigenbetriebe, Eigengesellschaften und Versuchsanstalten vom o.a. Ressort betrieben werden.

Der letzte Satzteil "sofern sie nicht aus öffentlichen Mitteln in gleicher Weise gegenüber Mitbewerbern begünstigt werden" ist unverständlich.

Zu § 5:

Diese Bestimmung sollte ersatzlos gestrichen werden, da das Regelungsziel ohnedies durch internationales Recht in Österreich erreicht wird. Außerdem normiert § 4 (1) ohnehin die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter.

Darüberhinaus drängt sich die Befürchtung auf, daß eine solche Bestimmung das Ende jedweder Präferenzbestimmungen - auch solcher mit Reziprozität - bedeuten könnte.

Im übrigen geht die gewählte Formulierung wohl eindeutig zu weit, da sich die Umsetzung der EG-Richtlinien nur auf die EWR-Vertragsparteien und nicht auf alle Staaten der Welt - was weder administrierbar noch verwaltungsökonomisch vertretbar wäre - beziehen kann.

Zu § 6 Abs. 1:

Es erscheint fraglich, ob der Befangenheitstatbestand durch die beabsichtigte generalklauselhafte Umschreibung ausreichend determiniert ist. Schließlich kann sich diese Regelung wohl immer nur auf die Enthaltung vom konkreten Verfahren beziehen. Die Formulierung des Abs. 1 wäre dahingehenden klarzustellen.

- 13 -

Zu § 7:

Vorschlag für eine Ergänzung des Abs. 2: "... hat für die Vergabe materieller Leistungen ein offenes Verfahren stattzufinden."

Vorschlag für neuen Abs. 3: "Nähere Regelungen über die Wahl des Verfahrens für die Vergabe immaterieller Leistungen sind mit Verordnung zu erlassen."

Hintergrund dafür ist, daß das offene Verfahren nicht oder nur fakultativ bei "Bagatellvorhaben" vorgesehen werden sollte. Näheres folgt bei den Ausführungen zu § 27 f.

Zu § 8 Abs. 1:

Inwieweit ein geteiltes Ausschreibeverfahren zulässig sein darf, wäre zunächst aus dem Blickwinkel der EG-Richtlinien zu normieren. Weiters müßten für die Zulässigkeit einer geteilten Leistung griffigere Erfordernisse genannt werden, als daß die Leistung "besonders umfangreich" zu sein hat.

Zu § 8 Abs. 2:

Das Wort "Leistungsbeschreibung" wird in der deutschen Fachliteratur als standisierte Leistungsbeschreibung verwendet. Um Verwechslungen zu vermeiden wird von ho. Seite vorgeschlagen, anstelle des Wortes "Leistungsbeschreibung" die Wendung "Beschreibung der Leistung" zu setzen.

Diese Anregung bezieht sich auch auf § 8 Abs.4, § 9 Abs.1, 3 und 4 sowie § 11 Abs. 1, 3, 5 und 6 und andere.

Weiters wird empfohlen, den Punkt am Ende des letzten Satzes des Abs. 2 zu streichen und um folgende Formulierung zu erweitern:

"... und von denen Unparteilichkeit gegenüber den Bewerbern und Bietern erwartet werden kann."

Zu § 9 Abs. 2:

Eine Konkretisierung dahingehend, was die maßgeblichen Gesichtspunkte für die Bestbieterermittlung sein können, wäre geboten. Vergleiche dazu auch die zu § 21 Abs.1 angestellten Überlegungen.

- 14 -

Zu § 9 Abs. 3:

Sobald Alternativangebote zugelassen werden, kann die hier angestrebte Vergleichbarkeit der Angebote nicht einmal annähernd erreicht werden, egal wie die Ausschreibungsunterlagen gestaltet sind.

Weiters sind die in den Worten "sichergestellt", "gewährleistet" und "müssen alle" ausgedrückten beabsichtigten Anforderungen undurchführbar. Gewisse Kriterien können unter der Voraussetzung eines noch zu vertretenden Verwaltungsaufwandes nur angestrebt werden.

Eine sprachliche Korrektur dahingehend wird angeregt, obwohl von ho. Seite die Ansicht vertreten wird, daß eine präzise Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen einer der wesentlichen Gesichtspunkte für ein korrektes, dem freien und lauterer Wettbewerb dienendes Verfahren ist.

Im Hinblick auf die geforderte Vergleichbarkeit der Angebote, die nach ho. Ansicht sehr wichtig ist, sollte der Umfang der Zulässigkeit von Alternativangeboten, deren nähere Regelung durch Verordnung erfolgen soll, grundsätzlich überdacht werden und auf die Fälle eingeschränkt werden, wo der alternative Ausführungsvorschlag tatsächlich innovativen Charakter hat. Vergleiche auch die diesbezüglichen Ausführungen zu § 10.

Zu § 9 Abs. 5:

Abgesehen davon, daß nicht determiniert ist, welche Eignungskriterien anzuführen sind, ergeben sich vermeidbare Doppelgleisigkeiten bei amtsbekannten Firmen, die bei jedem Vergabeverfahren wiederum die zum Nachweis der Eignung erforderlichen Unterlagen vorzulegen haben. Würden solche Unterlagen erst im Zuge eines Verfahrens und nur insoweit verlangt werden, als sie nicht schon amtsbekannt sind, wäre damit eine Verfahrensstraffung verbunden.

Zu § 10:

Wie von Korinek in seiner Disposition für das Symposium zum Bundesvergabegesetz am 3.9.1992 im ON ausgeführt wird, gehören die Alternativangebote zu den schwierigsten Regelungsthemen des Vergaberechts. Einerseits hat die Zulassung von Alternativangeboten eine wünschenswerte innovative Wirkung, andererseits wird die

- 15 -

Vergleichbarkeit der Angebote durch Alternativangebote erschwert - nach ho. Ansicht wesentlich erschwert bzw manchmal sogar unmöglich gemacht. Diesen Ausführungen Korineks ist vollinhaltlich beizupflichten. Nicht jedoch kann ihm darin gefolgt werden, daß durch die im Entwurf diesbezüglich konzipierten Regelungen dieser Interessenskonflikt in begrüßenswerter Weise gelöst würde, wenn er als nähere Begründung (Erklärung) anfügt, daß der Entwurf damit einer Empfehlung der (bestehenden) Vergabekontrollkommission zur VOÖB folgt.

Nach der Definition des § 3 Z 14 ist ein Alternativangebot ein Angebot aufgrund eines alternativen Ausführungsvorschlages des Bieters. Nach § 10 darf ein Verbot von Alternativangeboten nur aus wichtigem Grund erfolgen und ist in der Ausschreibung festzulegen, ob ausnahmsweise ... Alternativangebote unzulässig sind. Hier zeigt sich ein gravierender Widerspruch: Alternative Ausführungsvorschläge, wie in § 3 definiert, sind nicht zugleich auch immer innovative Vorschläge. Eine Abwägung der Gesichtspunkte "innovativ" und "vergleichbar" kann daher nicht zu dem Ergebnis führen, daß Alternativangebote grundsätzlich (Umkehrschluß) zulässig sind, wenn andererseits die Vergleichbarkeit der Angebote dadurch gefährdet ist. Denn damit ist auch die Gefahr von unzumutbaren Wettbewerbsbedingungen bzw -verzerrungen für Bewerber/Bieter gegeben, weil ein Mitbewerber - gar nicht innovativ - z.B. "Äpfel anbietet, wenn Birnen ausgeschrieben sind" (dies ist zugegebenermaßen sehr polemisch formuliert).

Im Sinne dieser Ausführungen wird von ho. Seite entschieden vertreten, den Abs. 7 in § 18 in seiner jetzigen Form zu streichen und die Problematik der Alternativangebote einer gründlichen Reflexion zu unterziehen.

Darüberhinaus ist die Form der Niederschreibung von Alternativangeboten im Gesetz noch offen. Der Gedanke, sich im Gesetz im wesentlichen nur auf den Hinweis auf die zu erlassende Rechtsverordnung zu beziehen, erscheint sinnvoll.

Auch in Ergänzung obiger Ausführungen wäre jedenfalls folgender Satz im Interesse der leichteren Vollziehbarkeit im Gesetz aufzunehmen:

- 16 -

"Die Angebotsunterlagen eines Alternativangebotes sind so zu gestalten, daß eine Beurteilung ohne umfangreiche Vorarbeiten möglich ist und die Vergabe ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken für den Auftraggeber erfolgen kann."

Die "wichtigen Gründe" im 3. Satz des gegenständlichen Paragraphen wären außerdem zu undeterminiert.

Zu § 11 Abs. 1:

Bezüglich des terminus "Leistungsbeschreibung" wird wieder auf die Ausführungen zu § 8 Abs.2 verwiesen.

Das Wort "erschöpfend" wäre zu streichen.

Zu § 11 Abs. 3:

Der erste Satz sollte heißen:

"In der Leistungsbeschreibung ist auf besondere Umstände, die für die Erbringung der Leistung von Bedeutung sind, wie z.B. besondere Erschwernisse oder besondere Erleichterungen und besondere Anforderungen an den Leistungsgegenstand hinzuweisen."

Zu § 11 Abs. 5:

Die Umweltgerechtigkeit der Leistung sollte in den EB's weiter erläutert und in den Rechtsverordnungen konkretisiert werden.

Zu § 11 Abs. 6:

Hiezu wird folgende Formulierung vorgeschlagen:

"Bei Bedarf sind der Beschreibung der Leistung zusätzliche Unterlagen beizugeben wie z.B. Pläne, ...".

Zu § 11 Abs.7 Z 1:

Der zweite Satz: "Leistungen, die ... auszuweisen." ist baumeisterspezifisch. Das Verständnis dieser Bestimmung erfordert die Kenntnis der ÖNORM B 2061, zumal was den Begriff der Baustellen-gemeinkosten anbelangt.

Die Problematik liegt in der firmenindividuellen Kalkulation, die oft genug spekulativ ist. Hohe Preise für "Baustelleneinrichtung"

- 17 -

können als verdeckte Vorauszahlung genutzt werden. Spekulationen, daß der Fertigstellungstermin nicht gehalten werden kann, aus Gründen, die der Bieter nicht verantworten muß, führen zu spekulativ überhöhten zeitgebundenen Baustellenregionen.

Die Grenzen sind fließend. Die Baustellengemeinkosten (einmalig oder zeitbezogen) variieren von wenigen Schilling (Kosten des Aufhängens einer Firmentafel) bis zu ganz wesentlichen Prozentsätzen der Leistung (Baubaracken, Aufzüge, Bewachung usw).

Üblich ist (und in den Baukostenveränderungen in zwei Systemen verankert): Baustellengemeinkosten bei Baumeisterarbeiten in der Regel, bei anderen Leistungen als Ausnahme.

An den Anfang des 2. Satzes ist zu stellen:

"... sind, aufscheinen. Bei Baumeisterarbeiten sind grundsätzlich Leistungen, die einmalige ...".

Besser wäre jedoch, im Gesetz auf solche Detailregelungen zu verzichten und sie Verordnungen zu überlassen! So gesehen wäre der zweite Satz von Ziffer 1 ersatzlos zu streichen.

Zu § 11 Abs. 7 Z 3:

Praktisch ist "keine Bedeutung" unmöglich - "keine" wäre daher durch "geringe" zu ersetzen. Der 1. Satz lautet dann:

"... der getrennten Preisangabe geringe Bedeutung zukommen würde."

Zu § 11 Abs. 8:

Bezüglich der zu erlassenden Verordnung ist auf die zu § 2 gemachten Einwände zu verweisen, da auch im Bereich der Leistungsbeschreibung sach- bzw. ressortspezifisch andere Bedürfnisse gegeben sind.

Zu § 12 Abs. 1:

Hier wird eine Ergänzung mit folgendem Wortlaut angeregt:

"... insbesondere ÖNORMEN, standardisierte Leistungsbeschreibungen und sonstige Ausarbeitungen ...".

- 18 -

Zu § 12 Abs. 2:

Grundsätzlich ist die in den ersten drei Zeilen des gegenständlichen Absatzes normierte Verpflichtung zu bejahen, obwohl klargestellt werden müßte, daß mit dem jeweiligen Ausführungsort nur ein Ausführungsort in Österreich gemeint sein kann.

Im gegenständlichen Abs. werden vom Bieter nachprüfbare Angaben darüber verlangt, daß sein Angebot den in den obgenannten Zeilen normierten Verpflichtungen Rechnung trägt. Der Sinn dieser Regelung kann von ho. Seite nicht durchblickt werden. Wenn damit gemeint sein sollte, daß in der Ausschreibung die Einhaltung dieser Bestimmungen bei Zuschlag ausbedungen wird, so ergeben sich darüber keine "nachprüfbaren Angaben", die der Bieter vorlegen kann. Gemeint ist sicherlich, daß sich jeder Bieter verpflichtet, im Falle des Zuschlages die einschlägigen arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften (soweit sie den Auftrag betreffen) einzuhalten. Allerdings erhebt sich hier die Frage, wie die ausschreibende Stelle dies nach der Vergabe überprüfen kann. Aufgrund dieser Bedenken wird daher angeregt, anstelle "...; diesbezüglich sind von den Bietern nachprüfbare Angaben darüber zu verlangen, daß ihr Angebot diesen Vorschriften Rechnung trägt." die Formulierung "die Bieter erklären durch die Unterzeichnung des Angebotes, daß dieses den genannten Vorschriften Rechnung trägt." zu setzen.

Zu der Positionierung dieser Regelung im Vergabegesetz wird überdies darauf hingewiesen, daß diese in manchen Bereichen (zB reine Lieferaufträge) keine/wenig praktische Bedeutung haben wird.

Zu § 12 Abs. 3 Z 3:

Die Redaktoren scheinen davon auszugehen, daß Fälle, wo die Überschreitung der Frist für die Erbringung der Leistung einen erheblichen Nachteil bewirken würde, eher selten sind, was auch zur Wahl des Wortes "beschränken" geführt hat. Dies ist aber sicherlich in dieser Form nicht der Fall. Es wäre sicher besser, die Regelung dahingehend zu fassen, daß Vertragsstrafen für jene Fälle vorzusehen sind!

- 19 -

Zu § 12 Abs. 3 Z 6:

Die Wortfolge **"das sind die nach dem tatsächlichen Aufwand, zuzüglich Wagnis und Gewinn ermittelten Preise"** ist zu streichen.

Die genaue Kalkulation ergibt sich aus den ÖNORMEN im Detail. Die ÖNORM B 2061 sieht für alle Kalkulationen Rechenansätze für Wagnis und Gewinn vor, nicht nur für Regie.

Zu § 12 Abs. 3 Z 11:

Diese Regelung könnte insofern präzisiert werden, als festgelegt werden sollte, daß die Rückstellung des Vadiums mit Ende der Zuschlagsfrist erfolgen müßte, d.h. daß das Vadium nicht stillschweigend zu einer Kautio werden soll.

Zu § 13 Abs. 1:

Dieser Absatz sollte dahingehend abgeändert werden, daß die Ausschreibung grundsätzlich im Amtlichen Lieferanzeiger kund zu machen ist, da dies eine erheblich weniger kostenintensive Form der Kundmachung darstellt als die grundsätzliche Kundmachung in der Wiener Zeitung.

Erst dort wo für Österreich aufgrund internationaler Verträge eine entsprechende Verpflichtung besteht, sollte eine Kundmachung in der Wiener Zeitung vorgesehen werden. Darüberhinaus wird darauf aufmerksam gemacht, daß bei GATT-Ausschreibungen die Veröffentlichung in der TED-Datenbank zwingend vorgeschrieben ist. Diese zwingende Regelung fehlt hier.

Weiters wäre näher zu determinieren, was unter "zweckmäßig" zu verstehen ist.

Zu § 13 Abs. 2 Z 2 lit.b):

Die Formulierung **"die Art des Auftrages, der Gegenstand der Ausschreibung ist;"** ist unklar. Der Satz ist zu klären oder zu streichen.

Zu § 13 Abs. 2 Z 7 lit.a):

Diese Bestimmung wäre erklärungsbedürftig.

Zu § 15 Abs. 1:

Der 1. Satz sollte ergänzt werden:

- 20 -

"... entsprechen und das Datum der Ausfertigung sowie eine rechtsgültige Unterfertigung einer für den Abschluß von Rechtsgeschäften befugten Person des Bieters aufweisen."

Bezüglich des zweiten Satzes müßte näher umschrieben sein, was ein Kurzleistungsverzeichnis ist. Die Beifügung "automationsunterstützt" zu Kurzleistungsverzeichnis paßt nicht, weil ein Kurzleistungsverzeichnis höchstens automationsunterstützt hergestellt werden kann.

Zu § 15 Abs. 2:

Der ho. Vorschlag dazu lautet: "Die Angebote müssen vollständig und formrichtig sowie frei von Schreib- und Rechenfehlern sein." (Vergleiche § 419 ZPO).

Zu § 15 Abs. 3 Z 2:

Hier wird die Einfügung eines Teilsatzes angeregt: "die Erklärung des Bieters, daß er zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt ist, die Bestimmungen der Ausschreibung kennt ...".

Zu § 15 Abs. 3 Z 3:

Vorschlag für eine Ergänzung: "... beabsichtigt; Bestimmungen, welche Leistungen als wesentlich anzusehen sind und in welcher Form die Subunternehmer im Angebot anzugeben sind, sind mit Verordnung zu erlassen;"

Zu § 15 Abs. 3 Z 9:

Die Forderung nach qualitativer Gleichwertigkeit von Alternativangeboten erscheint wenig zweckmäßig. Qualitative Höherwertigkeit müßte jedenfalls, bei besonders günstigem Preis-/Leistungsverhältnis könnte auch geringe qualitative Minderwertigkeit zulässig sein. Nur so sind Nutzwertanalysen für die ausschreibende Stelle überhaupt möglich.

Im übrigen wird darauf verwiesen, daß nur das geprüft werden kann (vgl. § 18), was auch im Angebot (§ 15) enthalten ist, die Entsprechung dieser Bestimmungen wäre nochmals einer Prüfung zu unterziehen.

Sollten diese Überlegungen keine Berücksichtigung finden, so wäre in jedem Fall folgende Ergänzung zu überlegen: "... allfällige Alternativangebote; diese haben dem ausschreibungsgemäßen Angebot qualitativ zumindest gleichwertig zu sein, wobei der Nachweis der Gleichwertigkeit der Leistung dem Bieter obliegt. Nähere Bestimmungen über die Anforderungen an Alternativangebote sind durch Verordnung festzulegen."

Zu § 16 Abs. 1:

Nach dem 1. Satz wird folgende Einfügung vorgeschlagen:

"die fristgerechte Einreichung der Angebote erfolgt unter alleiniger Verantwortung der Bieter. Allenfalls vom ..."

Zu § 16 Abs. 5, 6 und 10:

Es erhebt sich die Frage, ob in Abs. 5 tatsächlich die Kosten der Ausschreibungsunterlagen, und nicht jene der Angebote, gemeint sind.

Abs. 5, 2. Halbsatz deutet zwar darauf hin, nicht jedoch Abs. 6 und vor allem nicht Abs. 10. Der Sinn des Abs. 5, 2. Halbsatz ist nicht erkennbar, da bei Widerruf die Ausschreibungsunterlagen für die ausschreibende Stelle ohnedies ohne jeglichen Wert sind. Konsequenterweise müßten auch in dem Fall, daß kein Widerruf erfolgt, den Bewerbern, die nicht geboten haben, die Kosten ersetzt werden.

Zu § 17 Abs. 1:

Vorweg wird folgende Ergänzung nach "dort angegebenen Ort" vorgeschlagen: "von einem Vertreter des Auftraggebers und ...". Darüberhinaus ist unklar, wer der "unbefangene Zeuge" sein soll.

Zu § 17 Abs. 2:

Dieser Absatz wäre komplett neu zu gestalten (in Anlehnung an den Neuentwurf der ÖNORM A 2050):

Z. 1 (Neu!)

"Die geöffneten Angebote sind in der Reihenfolge, in der sie in das Eingangsverzeichnis eingetragen wurden, mit fortlaufenden Nummern zu versehen. Es ist festzustellen, ob das Angebot

- 22 -

unterfertigt ist, aus wieviel Teilen es besteht und ob die als Anlagen angeführten sowie in der Ausschreibung verlangten Bestandteile (zB Kalkulationsunterlagen, Vadiumsnachweis) des Angebotes tatsächlich vorhanden sind. Alle bei der Öffnung des Angebotes vorliegenden Teile sind während der Angebotseröffnung vom Vertreter der ausschreibenden Stelle so eindeutig zu kennzeichnen (zB lochen), daß ein nachträgliches Auswechseln feststellbar wäre."

#### Z. 2 (Neu!)

"Aus den Angeboten - auch Alternativangeboten - sind vorzulesen: Name und Geschäftssitz des Bieters, der Gesamtpreis (ohne USt.) oder der Angebotspreis (mit USt.) unter Berücksichtigung allfälliger Nachlässe und Aufschläge mit Angabe ihres Ausmaßes und, wenn die Vergabe in Teilen vorgesehen war, auch die Preise dieser Teile; wesentliche Vorbehalte und Erklärungen der Bieter."

#### Zu § 17 Abs. 3:

Der 1. und der 2. Satz wären durch den nachfolgenden zu ersetzen: "Es ist eine Niederschrift aufzunehmen, in welcher außer den nach Abs.(2) erforderlichen Angaben einzutragen sind: Datum und Uhrzeit von Beginn und Ende der Öffnung; Geschäftszahl, Gegenstand und Hinweis auf die Art des Verfahrens; die Namen der Anwesenden; Vermerke über offensichtliche Angebotsmängel (zB fehlende rechtsgültige Fertigung). Die Niederschrift ist von den Vertretern der ausschreibenden Stelle zu unterfertigen. Allen Bietern ....."

Der letzte Satz hätte zu lauten:

"Allen Bietern, jedoch nicht den sonstigen Außenstehenden ist auf Verlangen ..."

#### Zu § 18 Abs. 2:

Es wird nicht geprüft, ob der Bieter überhaupt zur Leistungserbringung befugt ist.

In Z 1 wird vorgeschlagen nach § 4 folgenden Klammerausdruck vorzusehen: "(Abs.2 und 4)".

In Z 3 wird die Ergänzung eines Satzes: "Eine Einschränkung der Zulässigkeit von Rechenfehlern kann durch Rechtsverordnung festgelegt werden." vorgeschlagen.

Bezüglich Z 4 wird vorgeschlagen zu ergänzen:

"Die Angebote können einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen werden; die dafür erforderlichen Bestimmungen sind mit Rechtsverordnung zu erlassen;".

Zu § 18 Abs. 3:

Hier wird die Streichung von "von vornherein" angeregt.

Darüberhinaus wird auf die möglichen Auswirkungen auf Alternativangebote verwiesen.

Zu § 18 Abs. 4:

In der gegenständlichen Bestimmung sollte anstelle von "Rechenfehlern" folgende Wendung verwendet werden: "offensichtlichen Schreib- und Rechenfehlern .." (vgl. bei § 15 Abs. 2); jedenfalls sollte sie um folgenden Satz ergänzt werden:

"Bestimmungen über den Ausschluß von Angeboten mit Rechenfehlern sind mit Verordnung festzulegen."

Zu § 18 Abs. 4 und 5:

Abs. 5, Ziff. 2 widerspricht sich mit der Berichtigungsmöglichkeit des Abs. 4. Im übrigen wurde diese - in Anlehnung an die alte ÖNORM A 2050 aufgestellte Formulierung - aus Zweckmäßigkeitsgründen aus der neuen ÖNORM A 2050 entfernt. Es ist nicht einsichtig, warum die Fehler der alten ÖNORM nunmehr im Gesetz Eingang finden sollten.

In Z 2 könnte die Wendung: "in einer Niederschrift" gestrichen werden.

Bei der Auslegungsregel der Ziff. 4 fehlt überdies eine Regelung für den Fall, daß veränderliche Preise vereinbart sind. Unklar ist, ob ein Vorgehen gemäß § 20 Abs. 3 diesfalls zulässig ist.

- 24 -

Zu § 18 Abs. 6:

In Z 5 ist unklar, was unter einem "nicht plausibel erklärbaren Preis" gemeint ist. Eine Ergänzung dahingehend wird angeregt:

"Angebote mit einem nicht plausibel erklärten Preis, wenn es der Bieter unterlassen hat, innerhalb der ihm gestellten Frist die verlangte Aufklärung zu geben oder diese nicht stichhaltig ist."

Überdies wird die Anfügung einer neuen Z 10 angeregt:

"10. nicht rechtsgültig gefertigte Angebote."

Zu § 18 Abs. 7:

Vorweg ist unter rein legislatischen Gesichtspunkten zu sagen, daß die Worte "aus wichtigen Gründen" überflüssig sind, da diese Voraussetzung ohnedies in § 10 genannt ist, obwohl darauf hingewiesen werden muß, daß "aus wichtigen Gründen" keine ausreichende Determinierung darstellt.

Aus den zu § 10 ausgeführten Überlegungen wird diese Bestimmung aber von ho. Seite entschieden abgelehnt, da eine Ausnahme vom Verbot von Alternativangeboten nur für den Fall, daß damit eine innovative Ausführungsvariante angeboten wird, einsichtig ist und ansonsten die Vergleichbarkeit als wichtigeres Ziel anzusehen ist (vgl bei § 10).

Zu § 19:

Die EG-Bestimmungen über den Nachweis der Eignung der Bieter sind strenger als die bisher in Österreich geltenden Regelungen.

Der Nachweis der Eignung sollte nur in dem in der EG normierten Umfang bzw. in dem Ausmaß erfolgen, als er für die Zuschlagserteilung gemäß § 21 maßgeblich ist. Es wäre nicht vertretbar, Nachweise zu verlangen, die in der EG gar nicht vorgesehen sind (vgl auch die Ausführungen zu den Kriterien der Eignungsprüfung im Allgemeinen Teil).

Was die Nachweise für die allgemeine und berufliche Zuverlässigkeit (Abs.4) betrifft, so drängt sich besonders die Frage auf, welche Auswirkungen hier ein "Fehltritt" über das gegenständliche Verfahren hinaus auf andere Vergabeverfahren hat, bzw. wie lange für den Bewerber ungünstige Nachweise nachwirken, ob und wenn ja, wie lange sie evident gehalten werden. Außerdem ist nicht klar, wegen welcher Verurteilungen die Zuverlässigkeit in Frage gestellt ist. Soll z.B. die Verurteilung wegen eines Verkehrsun-

- 25 -

falles den Ausschluß vom Zuschlag bewirken ?

Die Einleitungspassagen der Abs. 3 bis 6 lassen jeweils die Interpretation zu, daß einer der angeführten Nachweise genügt, bzw. die anderen ersetzt, was keineswegs der Fall ist (vgl. etwa Lastschriftanzeige für die Lohnsummensteuer gegenüber Bonitätsauskünften einer Bank). Keineswegs geregelt ist, wie aus diesen Unterlagen die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ermittelt werden soll und welche Auswirkungen bzw. Unterschiede in der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit für den Ausgang des Verfahrens zum Tragen kommen.

In Abs. 5 Z 11 wäre es besser anstatt "Anlagenvermögen" das Wort "Anlagevermögen" zu setzen, da dies der in der Betriebswirtschaft gängigere Begriff ist.

Bezüglich der Entschließung des Nationalrates zur Schwarzarbeiterbekämpfung bei öffentlichen Aufträgen kann davon ausgegangen werden, daß dies grundsätzlich von ho. Seite begrüßt wird.

Es wird aber noch einmal die auch in der Besprechung im BKA-VD am 23.9.1992 vertretene Ansicht wiederholt, daß eine derartige Regelung - die zudem am Gleichheitsgrundsatz zu messen sein wird - unter keinen Umständen dazu führen darf, daß die Vergabestellen als Exekutionsorgane der österreichischen Ausländerpolitik und als quasi-polizeiliche Überwachungsorgane von sozial- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen herangezogen werden.

Der Anbieter muß in der Lage sein, der vergebenden Stelle einen Nachweis vorlegen zu können, aus dem zweifelsfrei hervorgeht, daß er von einem Zuschlag nicht ausgeschlossen ist. Die vergebende Stelle darf nicht in die Lage kommen, selbst beurteilen zu müssen, ob "eine wesentliche Verletzung des Ausländerbeschäftigungsgesetzes vorliegt und in diesem Zusammenhang wesentlich gegen arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen verstoßen wurde."

Außerdem scheint es im Hinblick auf das Ziel eines solchen Ausschlusses, nämlich gleiche Wettbewerbsverhältnisse herzustellen, unangebracht, dieses Kriterium auf alle Vergabefälle anzuwenden. Von Bedeutung ist dieser Tatbestand nur bei großen Aufträgen. Es sollte daher jedenfalls die Vergabe von reinen Lieferaufträgen und die Vergabe im Verhandlungsverfahren von diesen Bestimmungen nicht berührt werden.

- 26 -

Außerdem ist noch zu klären, ob zwischen den in einem Strafverfahren Verurteilten und der anbietenden Firma ein Zusammenhang herstellbar ist. Schließlich muß auch das zeitliche Element eines allfälligen Bieterausschlusses geregelt sowie die Möglichkeit geschaffen werden, daß das anbietende Unternehmen nach erfolgter Trennung vom Verurteilten wieder einen Zuschlag erhalten darf. Administrativ kann darüberhinaus dem Auftraggeber nicht zugemutet werden diesen Nachweis zu überprüfen bzw. sogar evident zu halten. Eine Überwachung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen durch die Vergabebehörde wird somit entschieden abgelehnt.

Abschließend fällt auf, daß im Entwurf jegliche Bestimmung betreffend einer vertraulichen Behandlung der nach § 19 mitzuteilenden Daten durch den/die Auftraggeber fehlt.

Schließlich stellt sich noch die Frage, wie der/die Auftraggeber - auch bei bestmöglicher Qualifikation - unter Umständen sämtliche dieser Nachweise überprüfen soll(en); manche Auskünfte bedürfen sicher keiner großen Fachkenntnis, das Lesen von Bilanzen stellt sich diesbezüglich schon ganz anders dar.

Zu § 19 Abs. 7:

Hier wird folgender Ergänzungsvorschlag unterbreitet: "... nach den allenfalls richtig gestellten Angebotspreisen am ehesten ...".

Zu § 19 Abs. 9, § 21 Abs. 5, § 24 Abs. 4, § 26 Abs. 8 und § 28 Abs. 4 letzter Satz:

In diesen Paragraphen wird in jeweils unterschiedlicher Form festgelegt, in wieweit Ergebnisse von Überprüfungen oder Gesprächen festzuhalten sind. Einerseits sollen die Ergebnisse "schriftlich festgehalten werden", andererseits sollen sie in "nachprüfbarer Form" festgehalten werden.

Zur Vereinheitlichung wird daher vorgeschlagen, derartige Untersuchungsergebnisse "schriftlich festzuhalten", da der Begriff "in nachprüfbarer Form" ohnehin zu undeterminiert ist.

Zu § 20 Abs. 1:

Das strikte Verhandlungsverbot wird von ho. Seite sehr begrüßt.

Zu § 20 Abs. 5:

Etwas überraschend ist, daß Aufklärungsgespräche und Erörterungen kommissionell zu führen sind; aus Gründen der Transparenz und der Fairneß ist diese Regelung sinnvoll, wird aber in der Praxis nicht leicht durchzusetzen sein.

Zu § 21:

Vorweg wird angemerkt, daß Bestimmungen über die Umweltgerechtigkeit zwar Eingang in den gegenständlichen Entwurf gefunden haben (§ 11), leider aber nicht in die Bestimmungen über die Zuschlagserteilung aufgenommen worden sind.

Zu § 21 Abs. 1:

Kernstück für ein Vergabegesetz ist, nach welchen Kriterien der Zuschlag zu erteilen ist. Gerade diese maßgeblichen Kriterien werden jedoch nur beispielhaft angedeutet. Auffällig ist, daß der Preis als letztes Kriterium aufscheint und dieser nicht näher definiert ist. Außerdem erscheint unklar, was man unter einem wirtschaftlich günstigsten Angebot hinsichtlich Lieferfrist und Ausführungsdauer bzw. Ästhetik verstehen soll. Weiters wird nicht gesagt, wessen Rentabilität für die Zuschlagserteilung maßgeblich ist; die Rentabilität für den Bieter oder für den Auftraggeber.

Zu § 21 Abs. 3:

Nach diesem Absatz ist bei der Prüfung des Preises § 18 Abs. 6 Z 5 anzuwenden (Angebote mit einem nicht plausibel erklärbaren Preis). Der Sinn dieser Regelung ist nicht ersichtlich, da diese Angebote bereits auszuschneiden waren.

Zu § 21 Abs. 7:

Die Bestimmung des "wichtigen Grundes", nach dem eine Überschreitung der Zuschlagsfrist in Frage kommt, ist zu undeterminiert.

- 28 -

Zu § 21 Abs. 8:

Eine verpflichtende Gutachtenseinholung wird entschieden abgelehnt. Warum sollten diesbezüglich Vergaben mit einem Wert um die 195 Mio. öS anders behandelt werden als solche im Wert von 200 Mio. öS.

s wird auch darauf aufmerksam gemacht, daß sich für die Gutachtenserstellung im Hinblick auf § 33 Abs. 7 temporäre Probleme ergeben würden, da die Zuschlagsfrist üblicherweise mit 3 Monaten begrenzt ist.

Weiters ist nicht klar, wer die Entscheidung über die Erteilung des Zuschlages trifft. Ist beispielsweise das "sachlich zuständige oberste Organ des Rechtsträgers oder Wirtschaftskörpers" der Bundesminister ad personam oder kann er einen von ihm ausgewählten Vertreter ermächtigen.

Es werden bezüglich der Gutachten folgende Änderungsvorschläge unterbreitet:

- a) Ersatzlose Streichung der Verpflichtung zur Gutachtenseinholung. (Diese wird im Sinne der Verwaltungsvereinfachung präferiert.)

oder

- b) "Dieses kann ..." statt "Dieses hat ..." zu Beginn des 2. Satzes und "Dieses ist gegebenenfalls ..." zu Beginn des 3. Satzes.

Zu § 23:

Die Z 1 wäre im Sinne der im Allgemeinen Teil und den zu § 2 der Stellungnahme ausgeführten Überlegungen folgendermaßen zu ergänzen:

"... oder der Auftragswert den in der Verordnung festgesetzten Betrag nicht überschreitet."

Zu § 24 Abs. 1 Z 2:

Der Hinweis (§§ 21 und 22) müßte richtigerweise "§ 19" lauten.

Zu § 24 Abs. 3:

Vorweg wird begrüßt, daß auch bei nicht offenen Verfahren kleine und mittlere Unternehmer unter Bedachtnahme auf die im Hinblick auf Art und Umfang des Auftrags erforderliche Leistungsfähigkeit zur Angebotsabgabe einzuladen sind.

Ansonsten fällt folgendes auf:

Die relativ zwingende Bestimmung, die einzuladenden Unternehmer bzw die geeigneten Unternehmer soweit bzw. so häufig wie möglich zu wechseln, erscheint uneinsichtig.

- a) bei nicht offenen Verfahren sollten - unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes - alle in Frage kommenden Unternehmer eingeladen werden, für die Auftragsvergabe hat das Bestbieterprinzip zu gelten,
- b) bei Verhandlungsverfahren wird auch der Grad der früheren zufriedenstellenden Leistungserbringung zu beachten sein, außerdem ist vorgeschrieben, mehrere verbindliche Angebote zu Vergleichszwecken einzuholen.

Fraglich ist, wer den Auftraggeber kontrolliert, ob die einzuladenden Unternehmer häufig gewechselt werden. Die Vergabekommission ist nämlich gemäß § 32 Abs 1 des Entwurfes nur bei Zweifelsfragen zuständig, die sich in einem Vergabeverfahren bei der Vollziehung einzelner Bestimmungen dieses Bundesgesetzes oder der hiezu ergangenen Verordnungen ergeben. Fraglich ist daher, ob hier nicht eine weitergehendere Kontrolle vonnöten wäre. Oder die Bestimmung wäre zu streichen.

Zu § 25 f:

Unter Bezug auf die Ausführungen von Frau MR. a.D. LAMPE-HELBIG vom Bundesbauministerium in Bonn beim Bundesvergabegesetz-Symposium am 3.9.1992 im ON wird von ho. zur Diskussion gestellt, ob unterhalb der EG-Schwellenwerte analog zur Bundesrepublik Deutschland das Verfahren der freihändigen Vergabe gelten soll.

- 30 -

Dafür spricht (LAMPE-HELBIG) der geringere Grad der Formalisierung des Verfahrens, dagegen spricht aus ho. Sicht, daß zwei ähnliche, aber nicht gleiche Verfahren im Vergabegesetz festzulegen wären und daß dadurch allenfalls mehr Verwirrung als Nutzen gestiftet werden könnte.

Zu § 25 Z 2:

In der 3. Zeile sollte es besser heißen: "... zur Hauptleistung geringfügig sind oder nicht ohne ...".

Zu § 25 Z 7:

Angemerkt wird, daß nach der Satzfolge "vor allem Geheimhaltung" ein Beistrich fehlt.

Zu § 25 Z 11:

Der erste Teil des Absatzes wäre zu streichen - der Absatz würde dann lauten:

"Gefahr im Verzug besteht, insbesondere weil der ursprüngliche Auftragnehmer ..."

Zu § 26 Abs.3:

Die kategorische gesetzliche Forderung nach "mindestens drei" verbindlichen Angeboten ist praxisfremd und unvollziehbar. Sie läßt nicht zuletzt für Verordnungen zu wenig Spielraum.

Überspitzt formuliert, müßten für den Kauf von zehn Radiergummi drei verbindliche Angebote eingeholt werden. Praxisbezogen wird man froh sein, für das Dichten eines tropfenden Wasserhahnes, ja selbst für die (gar nicht so billige) Behebung eines Rohrbruches auch nur eine willige Firma zu finden. Die Preisangemessenheit läßt sich im Großen und Ganzen sogar an Hand von Erfahrungswerten gut abschätzen.

Der 1. Satz sollte daher besser lauten:

"Hiebei sind zu Vergleichszwecken nach Möglichkeit mehrere Angebote einzuholen. In den Fällen ...".

(In einer künftigen Verordnung können Wertgrenzen eingezogen werden, um Mißbrauch zu vermeiden.)

Zu § 26 Abs. 4:

Ein §-Zeichen wäre zu streichen, da lediglich auf einen- und zwar § 19, verwiesen wird.

Zu § 26 Abs. 7:

Bezüglich der Wendung: "ist unter den geeigneten Unternehmern so häufig wie möglich zu wechseln" wird auf den zweiten Absatz der Ausführungen zu § 24 Abs. 3 verwiesen.

Zu § 27 f:

Die Formalisierung der Vergabeverfahren für immaterielle Leistungen ist jedenfalls vor dem Hintergrund der am 18.6.1992 vom Rat der Europäischen Gemeinschaften erlassenen Dienstleistungs Koordinierungs-RL (RL 92/50/EWG) zu sehen.

Das bedeutet vor allem, daß in den EG bzw. im EWR unter anderem Planungsleistungen, technische Beratungen etc. gemäß Anhang 1A der Anwendung dieser Richtlinie unterworfen sind und die Richtlinie auf Aufträge ab einem Schwellenwert von 200.000 ECU bzw. 2,8 Millionen ÖS ohne MWSt anzuwenden ist.

Als Verfahren, die oberhalb dieses Schwellenwertes korrekter Weise anzuwenden sein werden, kommen sowohl das offene, als auch das nicht offene und schließlich das Verhandlungsverfahren in Betracht.

Hinsichtlich einer Anwendung der Bestimmung des Art. 11 Abs. 2 lit. c) der Dienstleistungs Koordinierungs-RL, der auf "geistig schöpferische Dienstleistungen" und auf eine nicht hinreichend genaue Festlegbarkeit vertraglicher Spezifikationen abzielt, werden zweifellos noch Diskussionen bezüglich der Form der innerstaatlichen Umsetzung notwendig sein.

Weiters erscheint der im Bundesvergabegesetzentwurf enthaltene Primat des offenen Verfahrens für die Vergabe materieller Leistungen richtig, sollte aber auch auf diese Vergaben eingeschränkt werden; bezüglich der Vergabe immaterieller Leistungen, und hier vor allem geistiger Leistungen, wären nach h.o. Ansicht ebenfalls noch Diskussionen zu führen. Außerdem soll das offene

- 32 -

Verfahren nicht (oder nur fakultativ) bei "Bagatellverfahren" vorgesehen werden. In der Folge wären entsprechende Regelungen mit Rechtsverordnung zu erlassen. Zu den Regelungen des § 28 im besonderen wird auf die dort niedergeschriebenen Ausführungen verwiesen.

Zu § 27 Abs. 7:

Von ho. Seite wird eine Umformulierung vorgeschlagen: "Jenen Teilnehmern, deren Teilnahmeanträge nicht berücksichtigt wurden, sind auf ihr Verlangen die Gründe der Nicht-Berücksichtigung bekanntzugeben."

Zu § 28:

Bei der derzeit geplanten Regelung des § 28 wird der Weg eingeschlagen, für nicht ausreichend beschreibbare Leistungen ein formalisiertes Verfahren der Suche nach geeigneten (oder zumindest geeignet erscheinenden) Bewerbern in der ersten Stufe und der Verhandlung der konkreten Auftragsbedingungen in der zweiten Stufe vorzusehen und damit von der klassischen Freihandvergabe im Bereich der immateriellen Leistungen zumindest teilweise wegzukommen.

Grundsätzlich ist dem Vorhaben zuzustimmen, den Weg der Problemlösung über eine Interessentensuche zu sichern. Absatz 3 formuliert aber bereits Vorschläge für eine Problemlösung, was nicht mehr der Weg, sondern bereits das Ziel ist. Der erste Schritt (Vorschlag für den Weg) kann mit einem Kostenersatz bedacht werden. Um aber vom Weg zur konkreten Problemlösung zu kommen, muß bereits eine Leistung erbracht werden, die über jene der 1. Stufe hinausgeht aber trotzdem unbezahlt bleibt. Dazu kommt, daß in der zweiten Stufe Problemlösungsvorstellungen als Grundlage für die Vergabe bekanntgegeben werden. Damit greift aber der Vergebende unzulässigerweise in Schutzrechte ein. Es erscheint undenkbar und bestehenden rechtlichen Regelungen (Schutz des geistigen Eigentums) zuwiderzulaufen, wenn im ersten Verfahrensschritt eine bestimmte Problemlösung (§ 28 (3)) als zweckmäßigste erkannt wird, und in einem zweiten Schritt Angebote Dritter für die weitere Ausarbeitung dieser Problemlösung eingeholt werden (§ 28 (6)). Wenn dann noch Gespräche über Art, Güte, Umfang und Entgelt

der angebotenen Leistungen zu führen sind, dann erhebt sich der Verdacht, daß diese Regelungen nicht ausreichend durchdacht sind: Was soll ein Gespräch über die Art der angebotenen Leistung oder über die Güte der Leistung? Nicht einmal § 21 Abs. 1, der die Grundsätze für die Zuschlagserteilung beinhaltet, enthält eine derart undifferenzierte Formulierung.

Überhaupt fällt auf, daß für das Verhandlungsverfahren und das zweistufige Vergabeverfahren äußerst kasuistische Regelungen getroffen werden. Diese provozieren die sonst verbotenen Preisverhandlungen geradezu. In diesem Bereich wäre nach ho. Ansicht mit einer Flut von Nachprüfungsverfahren zu rechnen. Das dem vorzubeugen sein wird, ist unbestritten.

Abschließend sei nochmals auf die Dienstleistungs-RL der EG, die nach dem sogenannten "Pipeline- Acquis" in die nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften umzusetzen sein wird (wobei dieser Umsetzung aber bereits jetzt Rechnung getragen werden sollte), als "Stein des Anstoßes" hingewiesen. Eine vergabepolitische Diskussion bezüglich immaterieller Leistungen kann nicht ohne Berücksichtigung dieser, bereits als geltendes EG-Recht anzusehenden Richtlinie stattfinden. Zweifellos wird deren innerstaatliche Umsetzung noch zu diskutieren sein.

Für ein teilweise weniger formalisiertes Verfahren unterhalb des EG-Schwellenwertes ist auch noch zu klären, in welchen Fällen von geistigen Leistungen Gebühren und Honorarordnungen als "behördlich anerkannte Tarife" anzusehen sein werden, um eben unterhalb des Schwellenwertes weniger formalisierte Verfahren zur Anwendung bringen zu können.

In Summe zeigt sich, daß dieser gesamte Komplex noch grundlegender Erörterungen bedarf.

#### Zu § 28 Abs. 1:

Der Verweis im vorliegenden Absatz wäre richtigzustellen, sodaß es lauten sollte: "... daß eine Beschreibung der Leistung gemäß § 11 ...".

- 34 -

Zu § 28 Abs. 5:

Unklar ist, mit wem gemäß diesem Absatz bei erfolglosen Ermittlungen ein Verhandlungsverfahren durchzuführen ist bzw. überhaupt durchgeführt werden kann.

Zur Vergabekontrolle im weiteren Sinn (§§ 29 - 47):

Es wird vorgeschlagen, das Regime der Vergabekontrollkommission (§§ 29 - 36) sachlich auszudehnen, bei gleichzeitiger Streichung der obligatorischen Gutachtenserstellung vor Zuschlagserteilung bei Vergaben mit durchschnittlicher Angebotssumme von S 200 Millionen (§ 21 Abs. 8).

Zur innerstaatlichen Streitschlichtung (§ 38) wird vorgeschlagen, diese bundeseinheitlich - so weit es Bundesvergaben betrifft - auszurichten, eben z.B. diese bei der Vergabekontrollkommission anzusiedeln.

Zum Nachprüfungsverfahren (§§ 40 - 44) wird eine 2-stufige Vorgangsweise vorgeschlagen. Anstelle der Unabhängigen Verwaltungssenate (UVS) sollte für den EG-relevanten Teil eine eigene mit den notwendigen Garantien ausgestattete, zentrale Stelle für die Vergaben im Bereich des Bundes eingerichtet werden.

Damit wäre eine kontinuierliche einheitliche Rechtsentwicklung durch mit der Vergabematerie bestens vertraute Sachverständige eher gewährleistet.

Im Rahmen dieser Bundesbehörde sollte in einem ersten Schritt der Versuch einer vergleichweisen Bereinigung ermöglicht werden können - sie hätte somit Schlichtungsfunktion. Erst subsidiär sollten die ordentlichen Gerichte angerufen werden können (sukzessive Zuständigkeit).

Gegen die Einbindung der Unabhängigen Verwaltungssenate bestehen erhebliche Bedenken; diesbezüglich wird auf die Ausführungen zu § 40 verwiesen.

Weiters wird angemerkt:

Zu § 29:

Im Hinblick auf die besondere Erwähnung der Verbundgesellschaft im § 1 Abs. 1 Z 5 des Entwurfes (vgl. die dazu formulierten Einwände) im Bereich des öffentlichen Vergabewesens und im Hinblick auf den Anteil der Verbundgesellschaft am gesamten österreichischen Investitionsvolumen erschiene es angemessen, der Verbundgesellschaft im Gegenzug einen Sitz in der Vergabekontrollkommission beim BMfWA einzuräumen, da das Unternehmen auf dem Gebiet des Vergabewesens über eine umfassende und langjährige besondere Erfahrung verfügt, die im Wege der Mitwirkung in der Kommission nutzbringend verwertet werden könnte.

Der von der Verbundgesellschaft geleitete Konzern verfolgt eine einheitliche Geschäftspolitik, hiezu gehört auch das Vorgehen nach abgestimmten Vergaberichtlinien. Um eine Einheitlichkeit auch in Hinkunft zu gewährleisten und weiterhin die gewünschten Synergieeffekte zu erzielen sowie eine sparsame Gestion sicherzustellen, erscheint es unbedingt erforderlich, nicht nur die Verbundgesellschaft, sondern auch die Konzernunternehmen, die zweifellos ebenso von der Sektorenrichtlinie erfaßt werden, dem Geltungsbereich des Gesetzes zu unterstellen, um zu vermeiden, daß die Konzernunternehmungen getrennt von der Muttergesellschaft in einer abweichenden gesetzlichen Regelung, die sich unter Umständen länderspezifisch verschieden gestalten könnte, erfaßt werden.

Zu § 29 Abs. 2:

Es werden hier zwar Ausführungen zu der Zusammensetzung der Vergabekontrollkommission getroffen, Angaben über die Anzahl der Mitglieder fehlen jedoch.

Was die Person des Vorsitzenden betrifft, so wird angeregt, ein knapp gehaltendes Anforderungsprofil für den Vorsitzenden zu erstellen, z.B. folgender neuer 2. Satz des Abs. 2: "Der Vorsitzende muß über ein rechtswissenschaftliches Studium verfügen und über eine mindestens fünfjährige Berufserfahrung sowie besondere Kenntnisse des Vergabewesens verfügen. (...)"

- 36 -

Zu § 29 Abs. 4:

Bezüglicher aller Mitglieder sollte das Erfordernis der Berufserfahrung auf 5 Jahre gesenkt werden.

Zu § 32 Abs. 1 Z 2:

Hier wird nochmals auf die zu § 21 Abs. 8 geäußerten massiven Bedenken gegen eine zwingende Verpflichtung zur Einholung eines Gutachtens der Vergabekontrollkommission bei Vergaben mit einem Wert von mindestens 200 Mio.ÖS hingewiesen.

Zu § 33 Abs. 8:

Hier wird folgende Ergänzung vorgeschlagen: "Die Kommission hat eine Geschäftsordnung zu erlassen, die der Genehmigung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten bedarf.

Zu § 35:

Im Zusammenhang mit den grundsätzlich noch zu überarbeitenden Aufgaben, die die VKK noch übernehmen könnte bzw. den Erleichterungen, die sich wahrscheinlich ergeben würden, wenn der zwingende Charakter der Bestimmung des § 21 Abs. 8 fällt, ist eine Schätzung der kostenmäßigen Konsequenzen für Einrichtung und Betrieb der VKK derzeit unmöglich.

Zu § 38 Abs. 1:

Es wird vorgeschlagen, die Schlichtungsstelle bundeseinheitlich einzurichten, zumindest insoweit, als es die Vergabe von Aufträgen durch Bundesdienststellen betrifft; eventuell könnte der Vergabekontrollkommission die Streitschlichtung übertragen werden, wie oben schon angeregt.

Zu § 38 Abs. 3:

Im § 38 Abs. 3 fehlt eine eindeutige Regelung darüber, wer Antragsteller sein kann (wohl nur derjenige, der die Rechtswidrigkeit einer Vergabeentscheidung behauptet).

Ferner fehlt im § 38 eine eindeutige Regelung, ob die Anrufung der Schlichtungsstelle eine Verfahrensvoraussetzung für die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist; außerdem ist nicht geklärt, welche rechtliche Qualifikation das Tätigwerden der

Schlichtungsstelle hat, insbesondere ob bei einer gütlichen Einigung der Streitteile ein Nachprüfungsverfahren nicht mehr zulässig ist.

Zu § 40:

Aus ho. Sicht werden die Unabhängigen Verwaltungssenate aus folgenden Gründen abgelehnt:

Der Unabhängige Verwaltungssenat hat nach Maßgabe des § 43 Abs. 1 die Kompetenz, im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene "Entscheidungen" eines Auftraggebers aufzuheben.

Wie sich aus Abs. 2 ergibt, kommt als Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen insbesondere auch die Streichung von für ausländische Unternehmer diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsdokumenten, den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.

Eine derartige Entscheidung ist jedoch nicht ein Hoheitsakt des Vergabeorganes, sondern eine Handlung, die der vorvertraglichen Willensbildung dient, d.h. sie ist jedenfalls dem Bereich des Privatrechtes zuzuzählen.

Nach Art. 129 a Abs. 1 Z 3 B-VG können die UVS zwar auch im privatwirtschaftlichen Bereich tätig werden, wodurch ihre Funktion als Organ der Nachprüfung im Vergabeverfahren möglich ist, dies stellt aber aus der bisherigen Praxis von UVS und VwGH für die Verwaltungskontrolle ein Novum dar. Aus diesem Grunde wird die Einschaltung der UVS abgelehnt, da es sich bei der Vergabekontrolle um eine sehr komplexe und fachspezifische Materie handelt, für die nicht nur die gegebene sehr hohe Qualifikation der Mitglieder der UVS, sondern vor allem einschlägige Kenntnisse erforderlich sind.

Darüberhinaus sind auch unter praktischen Gesichtspunkten Bedenken anzumelden. Nach (erfolgloser) Einschaltung der Schlichtungsstelle ist nach dem Entwurf der Rechtsweg zu den UVS in den Ländern vorgesehen. Abgesehen von den Problemen, die sich im

- 38 -

Zusammenhang mit diesen (Landes)-Schlichtungsstellen ergeben könnten (Gefahr unterschiedlicher Schiedspraxis in den Ländern über Bundesvergaben, Problem des Vertrauens in die Unabhängigkeit eines als Kontrollorgan und "Streitschlichter" tätigen Landesbeamten), wäre auch die Gefahr der Uneinheitlichkeit der Kontrolle durch die Unabhängigen Verwaltungssenate nicht von der Hand zu weisen.

Zu § 41 Abs. 1:

Im § 41 Abs. 1 selbst - und nicht in den Erläuterungen - sollte ausdrücklich dargelegt werden, daß die Zuschlagsentscheidung keiner Nachprüfung unterzogen werden kann.

Zu § 41 Abs. 2:

Diesbezüglich wird auf die Ausführungen zu § 38 hingewiesen.

Zu § 43:

Auch hier sollte klargestellt werden, daß die Zuschlagsentscheidung keiner - stets aufhebenden - Entscheidung durch das Nachprüfungsorgan zugänglich ist.

Zu § 44 Abs. 2:

In dieser Bestimmung sollte klargestellt werden, ob nach Ablauf der Einmonatsfrist eine Entscheidung nicht mehr zulässig bzw. was die Konsequenz einer Fristversäumnis ist.

Zu § 45:

Es wird vorgeschlagen, Mutwillensstrafen mit bis zu 1 % der Auftragssumme laut letztgültiger Kostenschätzung (= jene, die im aktuellen Beschaffungsprogramm enthalten ist) zu limitieren. 100.000 öS sind, wenn man an einen Auftrag von 100 Millinen öS oder mehr denkt, ein "Bettel", der niemanden am Querulantismus hindert.

Zu § 47 Abs. 2:

In der gegenständlichen Bestimmung ist richtigerweise **"die rasche Weiterleitung von Informationen im Verkehr mit dem Auftraggeber einerseits und der EFTA - Überwachungsbehörde andererseits"** wichtig. Um dieses Erfordernis nicht durch bürokratische Hemmnisse zu konterkarieren, ist die Wortfolge am Ende des letzten Satzes **"des Bundeskanzlers und des Bundesministers für Finanzen"** ersatzlos zu streichen.

Eventuell könnte die Bestimmung aber auch durch eine Mitteilungspflicht an den Bundeskanzler und den Bundesminister für Finanzen ersetzt werden.

Zu § 48 Abs. 1:

Die im letzten Satz des § 48 Abs. 1 vorgesehene Beweislastumkehr zu Lasten des Auftraggebers, die die Vermutung einer Rechtsverletzung beinhaltet, erscheint äußerst problematisch und nicht plausibel, weshalb die in den zivilisierten Rechtsordnungen gängige Beweislast hinsichtlich Kausalität festgelegt werden müßte.

Zu § 48 Abs. 4:

Diese Regelung solle nicht nur für einstweilige Verfügungen gelten, sondern für alle Verfahren, die von einer Partei eingeleitet werden, Anwendung finden. Allerdings wird es dem Auftraggeber beträchtliche Schwierigkeiten bereiten, die Höhe der Vermögens Nachteile (Schaden bzw. unnötiger Aufwand) nachzuweisen.

Zu § 49:

Dieses Bundesgesetz soll gleichzeitig mit dem Abkommen über den europäischen Wirtschaftsraum in Kraft treten. Gemäß § 35 obliegt die Geschäftsführung der Kommission dem Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten. Bis zum vorgesehenen Zeitpunkt des Inkrafttretens wird das Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten nicht in der Lage sein, die Vergabekontrollkommission einzurichten. Eine entsprechende Legisvakanz wäre daher vorzusehen.

- 40 -

Zusammenfassung:

Abschließend wird bezüglich der Fragen, die zusätzlich zur Begutachtung des gegenständlichen Entwurfes an die begutachtenden Stellen gerichtet wurden, auf die Ausführungen, die diesbezüglich in der Stellungnahme zum Entwurf selbst getroffen wurden, verwiesen.

Wenn ein Resümee gezogen werden darf, so erscheint aus ho. Sicht eine abschließende Begutachtung des Entwurfes kaum möglich. Ohne auf die zahlreichen legislatischen Änderungs-/Verbesserungsvorschläge eingehen zu wollen, sind evidentermaßen noch sehr viele in einem größeren Zusammenhang zu sehende Problemkreise vorhanden, die teilweise noch grundsätzlicher Diskussionen bedürfen. Beispielfhaft genannt werden folgende Fragenkomplexe:

- \* Verhandlungsverfahren versus freihändige Vergabe unterhalb der EG-Schwellenwerte,
- \* Schwarzarbeiterbekämpfung bei öffentlichen Aufträgen,
- \* umweltgerechtes öffentliches Beschaffungswesen,
- \* Zulässigkeit von Alternativangeboten,
- \* Vergabeverfahren für immaterielle Leistungen und schließlich
- \* die gesamte Strukturierung und Organisation der Kontrolle, insbesondere bezüglich der Schlichtung und Nachprüfungsverfahren.

Darüberhinaus ist natürlich auch noch die Frage der budgetären Auswirkungen offen.

Aufgrund dieser Umstände kann die Begutachtung des Entwurfes eines Bundesvergabegesetzes nicht als abgeschlossen betrachtet werden.

Dem Präsidium des Nationalrates wurden u.e. 25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme übermittelt.

Wien, am 25. September 1992

Für den Bundesminister:

MR Dr. Benda

F.d.R.d.A.:

