



# HAUPTVERBAND DER ÖSTERREICHISCHEN SOZIALVERSICHERUNGSTRÄGER

1030 WIEN

KUNDMANNGASSE 21

POSTFACH 600

TEL. 0222/711 32

TELEX 136682 hvsat a

TELEFAX 711 32 3777

DVR 0024279

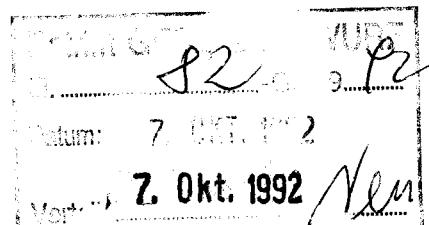
KI. 1203/DW

ZL. 12-43.32:43.02/92 Rf/En

Wien, 5. Oktober 1992

An das  
 Präsidium des Nationalrates

Parlament  
 1017 Wien



*St. Abgezogen*

**Betr.:** Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegegesetz);  
 Begutachtung

**Bezug:** Schreiben des Bundeskanzleramtes an den Hauptverband vom 17. Juli 1992, GZ 600.883/1-V/8/92

Das Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst hat uns ersucht, Ihnen 25 Ausfertigungen unserer Stellungnahme zu übersenden.

Wir übermitteln Ihnen hiemit die erbetenen Kopien.

Der Generaldirektor:

Beilagen

**HAUPTVERBAND DER ÖSTERREICHISCHEN SOZIALVERSICHERUNGSTRÄGER**

1031 WIEN KUNDMANNGASSE 21 POSTFACH 600 TEL. 0222/711 32 TELEX 136682 hvsat a TELEFAX 711 32 3777 DVR 0024279  
KI. 1203 DW

ZI. 12-44.66/92 Rf/En

Wien, 5. Oktober 1992

An das  
Bundeskanzleramt  
-Verfassungsdienst

Ballhausplatz 2  
1014 Wien

**Betr.:** Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von  
Aufträgen (Bundesvergabegesetz);  
Begutachtung

**Bezug:** Ihr Schreiben vom 17. Juli 1992, GZ 600.883/1-V/8/92

**A) Allgemeine Anmerkungen zum Entwurf**

Der Hauptverband begrüßt grundsätzlich den vorliegenden Entwurf, durch den neben der Umsetzung der als EWR-Recht zu übernehmenden Rechtsvorschriften der Europäischen Gemeinschaften insbesondere die auf dem Gebiet der Vergabe öffentlicher Aufträge derzeit gegebene Rechtszersplitterung beseitigt werden soll.

Unseres Erachtens ist es daher unverständlich, daß von den Selbstverwaltungskörpern, für die bundesrechtliche Regelungen bestehen, lediglich die Sozialversicherungsträger in den Geltungsbereich des beabsichtigten Bundesvergabegesetzes einbezogen werden sollen.

Überdies enthält der vorliegende Entwurf eine Vielzahl von Bestimmungen (z. B. Gespräche mit Lieferanten wären in der Regel kommissionell zu führen), aufgrund derer das Vergabeverfahren im Vergleich zu den bestehenden Regelungen wesentlich formeller durchgeführt werden müßte, wodurch für die Sozialversicherungsträger erhebliche zusätzliche Verwaltungskosten entstünden. In den nachstehenden Ausführungen zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes sind daher auch Anregung zur Vereinfachung des vorgeschlagenen Verfahrensablaufs enthalten.

Zu der von Ihnen aufgeworfenen Frage, ob die Durchführung des Nachprüfungsverfahrens den ordentlichen Gerichten (Gerichtshöfe erster Instanz) übertragen werden sollte, vertritt der Hauptverband die Ansicht, daß diese Kompetenz entsprechend dem Entwurf den unabhängigen Verwaltungssenaten im Interesse einer möglichst raschen Entscheidung zugeordnet werden sollte.

## **B) Zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfs**

### **Zu § 1 Abs. 1 des Entwurfs**

Da auch der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger bei der Vergabe von Leistungen durch das EWR-Recht betroffen wäre, sollte dieser zur Klarstellung in § 1 Abs. 1 Z. 4 des Entwurfs ausdrücklich angeführt werden.

### **Zu § 1 Abs. 2 des Entwurfs**

Die Auslobung von Ideen- und Entwurfswettbewerben sowie die Beauftragung mit künstlerischen Leistungen sollen gemäß § 1 Abs. 2 des Entwurfs vom Anwendungsbereich des beabsichtigten Bundesvergabegesetzes ausgenommen werden. Diese Ausnahmetatbestände sind unseres Erachtens nicht ausreichend determiniert. Dies ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil eine Definition dieser Begriffe für die Abgrenzung zwischen "Ideen und Entwurfswettbewerben" und "Vorschläge für eine Problemlösung" (vgl. § 28 Abs. 3 des Entwurfs) einerseits sowie zwischen "künstlerischen Leistungen" und "immateriellen Leistungen" (§ 28 des Entwurfs) andererseits von entscheidender Bedeutung ist. Abgrenzungsfragen sind insbesondere bei der Erstellung von Softwareprogrammen und der Erbringung von Architektenleistungen zu erwarten. Im gegebenen Zusammenhang wäre auch zu klären, ob unter dem Begriff "künstlerische Leistungen" alle eigentümlichen geistigen Schöpfungen im Sinne des § 1 Urheberrechtsgesetz zu verstehen sind.

### **Zu § 2 des Entwurfs**

Nach dieser Bestimmung soll es unter anderem der Bundesregierung obliegen, "sonstige Verordnungen" aufgrund des beabsichtigten Bundesvergabegesetzes zu erlassen.

Die Erläuterungen führen hiezu aus, daß diese Verordnungskompetenz der Bundesregierung aus Gründen der Einheitlichkeit geschaffen werden soll.

Hiebei ist unseres Erachtens allerdings auch zu berücksichtigen, daß durch das beabsichtigte Bundesvergabegesetz die Vergabe von öffentlichen Leistungen transparenter gestaltet werden soll. Es wäre daher überlegenswert, diese Bestimmung durch Verordnungsermächtigung zu den einzelnen Bestimmungen zu ergänzen, wodurch auch der Rechtszugang erleichtert werden würde.

### **Zu § 4 Abs. 2 des Entwurfs**

Der ausnahmslose Ausschluß von unmittelbar oder mittelbar in den Vorarbeiten für eine Ausschreibung beteiligten Unternehmen von der Teilnahme am Wettbewerb um die Leistung wäre insbesondere im technischen Bereich nicht zweckmäßig, da es in der Praxis oft notwendig ist, daß sich der Auftraggeber bzw. die beauftragten Ingenieurkonsulenten von einschlägigen Fachfirmen beraten lassen.

Die Beteiligung solcher Unternehmen am Vergabeverfahren soll daher auch gemäß § 4 Abs 2 des Entwurfs in begründeten Sonderfällen zulässig sein.

Unseres Erachtens sollte daher zumindest in den Erläuterungen näher präzisiert werden, unter welchen Voraussetzungen ein "begründeter Sonderfall" im Sinne des § 4 Abs. 2 vorliegt, der die Teilnahme eines Unternehmens, das bereits an den Vorarbeiten für die Ausschreibung beteiligt war, am Wettbewerb um die Leistung rechtfertigt.

### **Zu § 9 des Entwurfs**

§ 9 Abs. 1 des Entwurfs, wonach die Leistungsbeschreibung und die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages so abzufassen sind, daß sie in derselben Fassung sowohl für das Angebot als auch für den Vertrag verwendet werden können, ist nicht uneingeschränkt erfüllbar. Dies deswegen, weil bei vielen Bietern standardisierte Vertragsmuster (z. B. auch Behördenverträge) in Verwendung stehen, die aber von Bieter zu Bieter durchaus abweichen. Außerdem kann das für den Vertrag maßgebliche Leistungsverzeichnis bei Großaufträgen

zumeist erst nach Vorlage des augewählten Angebotes endgültig formuliert werden (z. B. Bezeichnung der Geräte). Zudem ist es nicht auszuschließen, daß zwischen Angebotserstellung und Auftragsvergabe Änderungen eintreten, die bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen sind.

### **Zu § 12 Abs. 2 des Entwurfs**

In dieser Bestimmung sollte der Begriff "Ausführungsort" näher definiert werden, um Auslegungsprobleme über die anzuwendenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften von vornherein auszuschließen.

### **Zu § 20 des Entwurfs**

Verhandlungen zwischen dem Auftraggeber und den Bietern über die Angebote sollen gemäß § 20 Abs. 1 des Entwurfs während des Vergabeverfahrens generell unzulässig sein.

In den Erläuterungen zu dieser Bestimmung wird ausgeführt, daß durch das Verhandlungsverbot insbesondere Wettbewerbsverzerrungen ausgeschlossen werden sollen.

Dies wird insbesondere dann der Fall sein, wenn sich aufgrund einer öffentlichen Ausschreibung eine große Anzahl von Bietern um die Leistungsvergabe bewirbt.

Es gibt jedoch auch Leistungsbereiche, in denen aufgrund von wenigen Bietern die Gefahr von Absprachen unter diesen besteht und Preisverhandlungen unter Beachtung des Diskriminierungsverbotes wirtschaftlich sinnvoll wären. Unseres Erachtens sollte daher in § 20 des Entwurfs zumindest vorgesehen werden, daß Verhandlungen unter bestimmten Voraussetzungen auch während des Vergabeverfahrens zulässig sind. Alternativ hiezu wäre auch der gänzliche Entfall des Verhandlungsverbots unter stärkerer Betonung des Gleichbehandlungsgebotes überlegenswert.

### **Zu § 21 Abs. 4 des Entwurfs**

In dieser Bestimmung soll entsprechend Punkt 19.5 des Entwurfs zur Neufassung der ÖNORM A 2050 eine Möglichkeit zur Wahrung der Vergabe in Teilen vorgesehen werden.

**Zu § 21 Abs. 6 des Entwurfs**

Zur Vermeidung von Absprachen der Lieferanten im Zusammenhang mit künftigen Ausschreibungen sollte den übrigen Bieter nicht mitgeteilt werden, wem der Zuschlag erteilt wurde.

**Zu § 21 Abs. 8 des Entwurfs**

Durch diese Bestimmung soll zwingend vorgesehen werden, daß bei der Vergabe von Aufträgen, deren Wert mindestens 200 Millionen Schilling beträgt, vor der Erteilung des Zuschlages ein Gutachten der Vergabekontrollkommission einzuholen ist. Diese Einschränkung der Vergabefreiheit erscheint für Sozialversicherungsträger sachlich nicht gerechtfertigt, da diese sowohl der Kontrolle des Rechnungshofes als auch der Aufsicht des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales unterliegen.

**Zu § 23 und § 25 des Entwurfs**

In diesen Bestimmungen ist die Zulässigkeit des nichtoffenen Verfahrens bzw. des Verhandlungsverfahrens nicht eindeutig geregelt. In den Erläuterungen wird daher auch ausgeführt, daß die Heranziehung eines bestimmten Verfahrens jeweils im Einzelfall zu prüfen wäre.

Unseres Erachtens wäre es daher überlegenswert, zumindest im Verordnungsweg eine einheitliche Wertgrenze festzulegen, unter welcher ein offenes Verfahren aus wirtschaftlichen Gründen unterbleiben kann. Ebenso sollten auch die Schwellenwerte des EG-Rechts, die dafür maßgeblichen sind, welches Nachprüfungsverfahren zur Anwendung kommt, in die österreichische Rechtsordnung umgesetzt werden.

**Zu § 24 Abs. 2 des Entwurfs**

In dieser Bestimmung sollte auch für jene Fälle Vorsorge getroffen werden, in denen nicht fünf Bewerber zur Verfügung stehen.

**Zu § 24 Abs. 3 des Entwurfs**

Der in dieser Bestimmung geforderte häufige Wechsel der einzuladenen Unternehmer erscheint nicht unbedingt zweckmäßig. So wäre es für einen

Bieter nicht einsichtig, daß er vom Ausschreibungsverfahren ausgeschlossen wird, obwohl er bislang die Leistungen korrekt erbracht hat.

### **Zu § 28 des Entwurfs**

Das zweistufige Verfahren gemäß § 28 des Entwurfs sollte nicht auf immaterielle Leistungen beschränkt werden, da dieses Verfahren z. B. auch im EDV-Bereich sinnvoll erscheint.

### **Zu § 29 des Entwurfs**

In dieser Bestimmung sollte eindeutig festgelegt werden, wie viele Mitglieder die Vergabekontrollkommission haben soll.

### **Zu § 38 des Entwurfs**

Es ist nicht einsichtig, weshalb die Einrichtung einer innerstaatlichen Schlichtungsstelle in einem Bundesland von der Anzahl der in diesem Land anfallenden Nachprüfungsverfahren abhängig sein soll. Entscheidend sollte nicht die Fallzahl, sondern ein bundesweites Interesse an einer korrekten Abwicklung des Vergabeverfahrens sein. Die Errichtung von Schlichtungsstellen sollte daher verpflichtend in allen Bundesländern vorgenommen werden.

### **Zu § 48 Abs. 1 des Entwurfs**

In dieser Bestimmung sollte der Begriff "Kosten der Angebotsstellung" näher definiert werden.

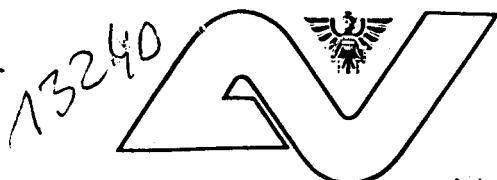
\*\*\*

Abschließend bitten wir Sie, auch die beiliegende Stellungnahme der Allgemeinen Unfallversicherungsanstalt zum vorliegenden Gesetzesentwurf zu berücksichtigen, die insbesondere auf praktische Erfahrungen mit dem Vergabeverfahren im Bereich der Sozialversicherung beruht.

Der Generaldirektor:



Beilage



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt

## Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

An den  
Hauptverband der österreichischen  
Sozialversicherungsträger  
Kundmannsgasse 21  
A-1030 Wien

Hauptverband der Österreichischen  
Sozialversicherungsträger

ab. 1. 1. 1992

ZL. 12-

Erledigt

Ihr Zeichen Ihr Schrb. Unser Zeichen Bearbeiter Tel.Kl. Wien, am  
12-44.66/92 28.07.1992 HGD 646/92 Dr. Hackl 357 07.09.1992  
Rf/En HWA/Dr.Hk/Hö

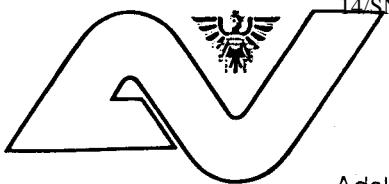
Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes  
über die Vergabe von Aufträgen  
(Bundesvergabegesetz) -  
B e g u t a c h t u n g

Die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt beeckt sich, zum Entwurf eines Bundesvergabegesetzes Stellung zu nehmen.

Aus der jahrzehntelangen Vergabepraxis sind massive Bedenken zu äußern, die sich wie folgt zusammenfassen lassen:

- Der Entwurf begünstigt zu stark die Bieterseite (Verhandlungsverbot, über EG/EWR-Richtlinien überschießende Informationsrechte).
- Der Entwurf ist teilweise übermäßig formalistisch-bürokratisch (Gespräche mit Lieferanten fast nur noch kommissionell, Interessentensuche mit Eröffnungs-Formalismus), sodaß die Abwicklung von Vergabeverfahren nur noch mit fast untragbaren Zeitverzögerungen und unvertretbar höheren Verwaltungskosten erfolgen könnte.
- Obwohl die mit Inkrafttreten des EWR-Vertrags vorzunehmende Harmonisierung des österreichischen Vergaberechts mit den einschlägigen EG-Richtlinien erklärter Anlaß für die Erlassung dieses Gesetzes ist, sind die vorgesehenen Bestimmungen keineswegs immer EG/EWR-konform (Zuschlagskriterium, grundsätzliche Ausrichtung der Leistungsbeschreibung an ÖNORMEN); andererseits ist man (unnötigerweise) teilweise strenger als gefordert (uneingeschränkter Primat des offenen Verfahrens, Verhandlungsverbot, Kommissionitis).
- Mit der angepeilten Regelung erfolgt eine Zersplitterung der Rechtsgrundlagen des öffentlichen Vergabewesens: Der Entwurf regelt viele Dinge nur sehr ungenau, manche (Angebotsfristen) überhaupt nicht und verweist auf nähere Ausführungen in Verordnungen der Bundesregierung, sodaß der Anwender statt bisher einer ÖNORM stets mehrere Rechtsquellen nebeneinander beachten muß (wozu im Bereich der Sozialversicherung noch weitere Durchführungsbestimmungen des Hauptverbands auf Grund der Ermächtigung des § 31

./.



Seite 2 Brief HGD 646/92 07.09.1992

ASVG kommen).

Auch die Transformation der EG-Richtlinien (soweit diese im Einzelfall vom Gesetzestext abweichende oder über ihn hinausgehende Regelungen bedingen) soll lediglich in Form solcher Verordnungen erfolgen (d. h. es bestimmen dann Verordnungen, wer wann welche Gesetzesbestimmung nicht anzuwenden hat. Dies erscheint im Hinblick auf das Legalitätsprinzip (Stufenbau der Rechtsordnung) verfassungsrechtlich bedenklich.

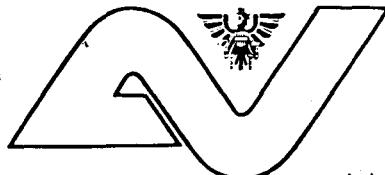
Nach den Erläuterungen ist für die Zukunft beabsichtigt, die Zersplitterung der Rechtsgrundlagen noch dadurch auszubauen, daß solche Verordnungen selbst keine inhaltlichen Anordnungen treffen, sondern sich auf die formelle Inkraftsetzung von - derzeit noch nicht vorhandenen - ÖNORMEN beschränken.

Dies hätte zur Folge

- + eine unnötige und kostspielige Verkomplizierung des Procedere, weil ständig "mehrgleisig" gefahren werden müßte,
- + eine Verwirrung bei den beteiligten Firmen, weil jeweils nach anderen Kriterien vorzugehen wäre und
- + eine totale Verunsicherung im "Grenzbereich", weil sich der Schwellenwert für die Anwendbarkeit von EG/EWR-Vergaberecht nach der Vergabesumme bemäßt, die jedoch erst nach Angebotsöffnung feststeht:  
Sollte sich also nachträglich herausstellen, daß diese unterhalb (oberhalb) des Schwellenwertes liegt, obwohl (nicht) EG/EWR-konform ausgeschrieben wurde, müßte das Verfahren widerufen und neuerlich ausgeschrieben werden, weil sonst die Vergabe rechtswidrig wäre (was beim derzeitigen Schwellenwert für Lieferaufträge insbesondere bei Anschaffung von Röntgenanlagen stets zu befürchten wäre).  
Praxisgerecht wären die Bestimmungen nur dann, wenn das gleiche Verfahren ober- und unterhalb des Schwellenwerts angewendet werden kann.
- Ebenfalls viel zu zersplittert erscheinen die mit der Nachprüfung der Rechtmäßigkeit von Vergabeverfahren betrauten Instanzen (unabhängige Sachverständige, **<bundesländerweise eingerichtete>** Schlichtungsstellen, **<bundesländerweise eingerichtete>** unabhängige Verwaltungssenate, Vergabekontrollkommission beim BMWA, EFTA-Überwachungsbehörde, ordentliche **<Zivil->**Gerichte, EuGH).

Im einzelnen ist zum vorliegenden Entwurf anzumerken:

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt

## Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 3 Brief HGD 646/92 07.09.1992

### Zu § 1 Abs 3 iVm § 2 Abs 1

Die Ermächtigung, bloß per Verordnung vom Gesetz abweichende Regelungen anzuordnen, erscheint - wie gesagt - verfassungsrechtlich bedenklich und dürfte auch dem vom EuGH geprägten Grundsatz des "effet utile" nicht gerecht werden.

### Zu § 3 Z 3 lit d und § 27 Abs 1

Der Entfall der öffentlichen Erkundung des Bewerberkreises für ein nicht offenes Verfahren oder ein Verhandlungsverfahren bei entsprechender Marktübersicht des Auftraggebers (= "ständige Liste präqualifizierter Bewerber") ist nach EG/EWR-Vergaberecht nur im Rahmen der "Sektorenrichtlinie" zulässig, unter die aber die meisten öffentlichen Auftraggeber (so auch die AUVA und alle anderen Sozialversicherungsträger) nicht fallen.

### Zu § 3 Z 11

Es ist nicht einzusehen, weshalb der Bestand einer Bietergemeinschaft - definitorisch - davon abhängig sein soll, daß die in ihr zusammengeschlossenen Unternehmer gemeinsam ein vollständiges Angebot einreichen, wenn gem § 13 Abs 2 Z 3 lit b auch Teilangebote zulässig sein können.

Das Wort "vollständigen" hätte daher (ersatzlos) zu entfallen.

Da gem § 15 Abs 3 Z 1 lit b bei Bietergemeinschaften das Angebot (mindestens auch) die Erklärung enthalten muß, daß sie im Auftragsfall die Leistung als Arbeitsgemeinschaften erbringen, sollte zwecks entsprechender Klarheit und Deutlichkeit dem § 3 Z 11 folgender zweiter Satz angefügt werden:

"Als Bietergemeinschaften sind nur Arbeitsgemeinschaften iSd Z 6 letzter Satz zugelassen."

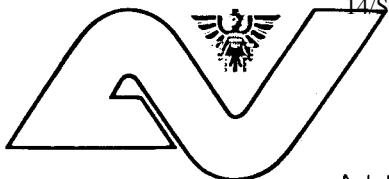
### Zu § 4 Abs 4

Diese Vorschrift erscheint teilweise zu unbestimmt: Auch die VÖEST (zB) ist eine Gesellschaft im Eigentum (letzten Endes) einer Gebietskörperschaft und die Übernahme eines allfälligen Verlustes (letzten Endes) durch den Bund zweifellos eine "Begünstigung" aus öffentlichen Mitteln; darf jetzt an die VÖEST im Wege des Wettbewerbs mit nicht begünstigten Mitbewerbern vergeben werden oder nicht?

### Zu § 5

In dieser allgemeinen Form ist das Diskriminierungsverbot auf Grund der (derzeitigen) internationalen Verpflichtungen der Republik Österreich nicht notwendig und daher zu weit, weil es gegenüber allen Ländern der Erde gelten würde (und wir aber nur gegenüber EWR- und GATT-Mitgliedern

./.



Seite 4 Brief HGD 646/92 07.09.1992

<im Bereich der Sozialversicherung nicht einmal gegenüber GATT-Mitgliedern> zur Gleichbehandlung verpflichtet sind).

Zu § 7 Abs 2

Der hier festgelegte Primat des offenen Verfahrens ist im EG-Bereich nur mehr für Lieferaufträge, nicht aber für Bauaufträge vorgesehen; die (überschießende) österreichische Regelung ist zwar nicht EWR-widrig, wirkt aber unnötigerweise verzögernd und verteuert (sofern nicht ein Ausnahmegrund gem § 23 zutrifft).

Zu § 8 Abs 1

Hier fehlt der (in der ÖNORM wohl enthaltene) Hinweis, daß bei geteilter Ausschreibung (und Vergabe) auch auf eine eindeutige Haftung (Gewährleistung und Schadenersatz für Mangelfolgeschäden) zu achten ist.

Zu § 9 Abs 6

Das Bundesvergabegesetz gilt generell für alle Arten von Aufträgen; bei bloßen Warenbeschaffungen brauchen den Bieter keine Auskünfte über "die für die Durchführung des Auftrages maßgeblichen arbeits- und sozialrechtlichen Verpflichtungen" erteilt werden. Das Wort "ferner" wäre daher durch das Wort "gegebenenfalls" zu ersetzen.

Zu § 11 Abs 4

Die vorrangige Bindung ("soweit wie möglich") der Leistungsbeschreibung an ÖNORMEN ist EG/EWR-widrig. Schon in der legendären "Dundalk-Entscheidung" hat der EuGH unmißverständlich betont, daß er jegliche Normierung, die strenger ist als eine allfällige Europa-Norm, als Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot ansieht (was ua zu Schadenersatzansprüchen des diskriminierten Bieters führt).

ÖNORMEN wären nach EG/EWR-Vergaberecht nur noch zulässig, soweit internationale Normen, insbesondere Europa-Normen, (noch) nicht bestehen.

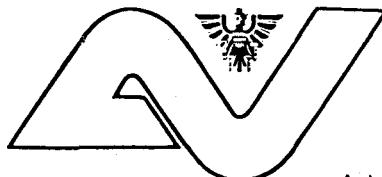
Zu 11 Abs 7 Z 4

Bei Vereinbarung von veränderlichen Preisen reicht eine zweckentsprechende Unterteilung der Preise (allein) nicht aus; sie wäre durch eine (angemessene und praktikable) "Preisgleitformel" (allenfalls unter den "Sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages") zu ergänzen.

Zu § 12 Abs 1

Hinsichtlich der vorrangigen Orientierung der Vertragsbestimmungen an ÖNORMEN gelten die zu § 11 Abs 4 geäußerten Bedenken sinngemäß.

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt

## Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 5 Brief HGD 646/92 07.09.1992

### Zu § 12 Abs 3 Z 3

Der letzte Satz konterkariert geradezu die zivilrechtliche Funktion der Vertragsstrafe als (vorweg) pauschaliertem Schadenersatz: Wenn ein Nachteil "auszumessen" (beweisbar) ist, dann kann unschwer auf die Vereinbarung einer Konventionalstrafe verzichtet werden, weil ohnedies der tatsächliche Schaden geltend gemacht werden kann; ihren eigentlichen Sinn hat die Vertragsstrafe aber in jenen Fällen, wo eben kein konkreter Schaden (= "Nachteil") auszumachen ist (daher die Vertragsstrafe diesem auch nicht "angemessen" sein kann) und man dennoch ein finanzielles Druckmittel haben möchte, um nicht bis zum Sanktnerleinstag warten zu müssen.

Außerdem beschwört diese Vorschrift die Gefahr herauf, daß in Verzug befindliche Auftragnehmer grundsätzlich Unangemessenheit der Vertragsstrafe einwenden (als Verstoß gegen zwingende gesetzliche Anordnung) und so - ungeachtet des Ausschlusses des richterlichen Mäßigungsrechts bei Vollkaufleuten - eine über die Sittenkonformität hinausgehende gerichtliche Überprüfung der Höhe der Vertragsstrafe erreichen, denn zum Unterschied zur ÖNORM will ja das Vergabegesetz (auch) den Bietern subjektive Rechte einräumen.

Der letzte Satz von Z 3 sollte daher besser entfallen.

### Zu § 12 Abs 3 Z 9

Der OGH hat in einem Erk v 08.07.1987 (WB1 1987, 314) ausgesprochen, daß bei Vereinbarung eines Haftrücklasses die Vertragsauslegung ergeben kann, daß das Recht des Auftraggebers auf Zurückbehaltung des Kaufpreises (Werklohnes) auf den Betrag des Haftrücklasses beschränkt ist. Das wäre aber eine Schlechterstellung des Auftraggebers, der bei offenen Mängeln ansonsten den gesamten Kaufpreis (Werklohn) zurückhalten könnte.

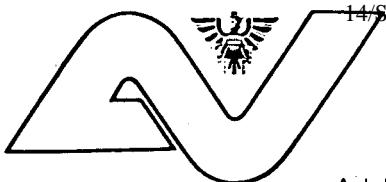
Der Z 9 wäre daher zweckmäßigerweise folgender Satz anzufügen: "Bei Vorschreibung eines Haftrücklasses ist ferner klarzustellen, daß dadurch das Zurückbehaltungsrecht des Auftraggebers in keiner Weise beschränkt wird."

### Zu § 13 Abs 1

Diese Vorschrift geht an der Tatsache vorbei, daß seit 1909 (V v 3.4.1909, RGB1 1909/101) der "Amtliche Lieferungsanzeiger" (vereinigt mit dem "Zentralblatt für die Eintragungen in das Firmenbuch in der Republik Österreich"; hrsg v BMWA, verlegt v Compass-Verlag) die offizielle Rubrik für authentische Publikationen der staatlichen Offertausschreibungen ist.

Der Lieferungsanzeiger hat - unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Verwaltung - noch den Vorteil, daß Einschaltun-

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 6 Brief HGD 646/92 07.09.1992

gen für den Auftraggeber kostenlos erfolgen, während sie in der "Wiener Zeitung" kostenpflichtig sind.

Der Ausdruck "Amtsblatt zur Wiener Zeitung" wäre daher durch den Ausdruck "Amtlicher Lieferungsanzeiger im Zentralblatt für die Eintragungen in das Firmenbuch in der Republik Österreich" zu ersetzen.

### Zu § 13 Abs 2 Z 6 lit a

Dem Entw fehlt überhaupt eine grundsätzliche Regelung über die Festsetzung der Angebotsfrist (in den EG/EWR-Richtlinien verpflichtend enthalten) sowie eine Regelung über mögliche Verlängerung der Angebotsfrist (vgl Pkt 2,41 ÖNORM A2050 v Juli 1953 bzw Pkt 2.6.2 Entw ÖNORM A2050 v Juli 1992).

### Zu § 16 Abs 6

Gemäß Erl zu § 14 hat man sich im vorliegenden Entw - im Gegensatz zur bisher üblichen Ausdrucksweise - entschlossen, nur vom "Widerruf" der Ausschreibung zu sprechen (der Ausdruck "Aufhebung" soll aus Gründen der terminologischen Klarheit der kassatorischen Entscheidung im Nachprüfungsverfahren vorbehalten bleiben). Dies wurde aber hier nicht eingehalten.

Daher wäre im 1. Satz der Ausdruck "die Aufhebung" durch den Ausdruck "der Widerruf" zu ersetzen.

### Zu § 16 Abs 10

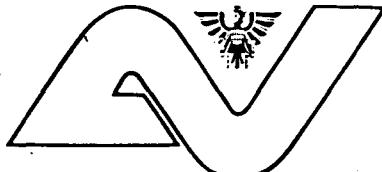
Die Vorschrift, Alternativangebote, von denen kein Gebrauch gemacht wird, dem Bieter auf Verlangen zurückzustellen, ist nicht nur unsinnig (vielleicht sind in ihnen Anregungen enthalten, die zwar nicht gleich, aber vielleicht später aufgegriffen werden können), sondern widerspricht auch der Ordnungsmäßigkeit der Aktenführung: Wie kann hinterher (zum Beispiel anlässlich einer Einschau oder eines Nachprüfungsverfahrens) die Nichtberücksichtigung eines Alternativoffers in nachprüfbarer Weise gerechtfertigt werden, wenn dieses nicht mehr aufliegt?

Der 2. Satz hätte daher ersatzlos zu entfallen.

### Zu § 17 Abs 1

Es bleibt hier völlig offen, wer den "unbefangenen Zeugen" abgeben soll. Die Vertreter der Bieter können damit nicht gemeint sein (erstens sind diese im nächsten Satz gesondert angeführt, zweitens vertreten sie am Verfahren beteiligte Parteien und sind deshalb nicht unbefangen). Bedienstete der Vergabestelle scheiden deinitionsgemäß wohl von vornherein aus; aber auch andere Bedienstete des Auftraggebers - auch wenn sie organisatorisch nicht der Vergabestelle zuzurechnen sind - haben stets die

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt

## Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 7 Brief HGD 646/92 07.09.1992

dienstrechtliche Verpflichtung, (ausschließlich) die Interessen ihres Dienstgebers wahrzunehmen. Sie gelten daher gleichfalls nicht als "unbefangen". Dritte Personen scheiden im allgemeinen aus Gründen des Datenschutzes von vornherein aus. Somit blieben nur noch amtswegig zur Verschwiegenheit verpflichtete Freiberufler (Notare).

Es entspricht aber sicher nicht den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit, wenn in Zukunft zu jeder Angebotsöffnung ein Notar beigezogen wird. So weit darf also das Mißtrauen gegenüber den Bedientsteten der öffentlichen Auftraggeber nicht gehen (noch dazu wo ohnedies den Bietern die Teilnahme an der Öffnung der Angebote gestattet ist, womit die Transparenz ausreichen müßte).

Der Ausdruck im 1. Satz "in Anwesenheit mindestens eines unbefangenen Zeugen" wäre daher (in Übereinstimmung mit Pkt 4.21 ÖNORM A2050 v Juli 1953 bzw. Pkt 4.2.1 Entw ÖNORM A2050 v Juli 1992) durch den Ausdruck "kommissionell" zu ersetzen.

Gemäß Satz 2 ist die Teilnahme an der Öffnung der Angebote "den Bietern" zu gestatten.

Hier ist zu berücksichtigen, daß es sich bei den Bietern fast durchwegs um juristische Personen oder Personengemeinschaften handelt (auch im Fall von Einzelfirmen wird nicht immer der Inhaber selbst erscheinen).

Der Ausdruck "Den Bietern" im 2. Satz wäre daher durch den Ausdruck "Je einem Vertreter jedes Bieters" zu ersetzen (womit gleichzeitig dem - schon öfter vorgekommenen - Fall vorgebeugt wird, daß einige Bieter ganze Delegationen entsenden und damit die öffnende Dienststelle in Platzprobleme bringen). Handlungsvollmacht der anwesenden Bietervertreter ist nicht erforderlich, weil ohnedies keine rechtsverbindlichen Erklärungen mehr abzugeben sind.

### Zu § 17 Abs 3

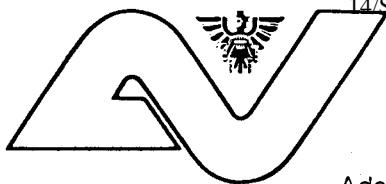
Die Wendung im 2. Satz "die wichtigsten Erklärungen des Bieters" weckt den Eindruck, als stünde es den Bietern frei, noch während der Öffnung der Angebote irgendwelche Erklärungen zu Protokoll geben (und damit unter Umständen das Angebot noch ändern oder zumindest ergänzen oder präzisieren) zu können.

Sie wäre daher durch die Wendung "wesentliche Erklärungen des Bieters, die mit dem Angebot schriftlich eingereicht wurden," zu ersetzen.

Im Entw bleibt leider offen, von wem die Niederschrift über die Öffnung der Angebote zu unterfertigen ist.

Entsprechend dem obigen Änderungsvorschlag zu Abs 1 wäre daher (in Übereinstimmung mit Pkt 4.2.5 Entw ÖNORM A2050 v Juli 1992) im Abs 3 folgen-

./.



Seite 8 Brief HGD 646/92 07.09.1992

der 2. Satz einzufügen:

"Die Niederschrift ist von den Mitgliedern der Kommission zu unterfertigen."

(Die Unterfertigung durch Bietervertreter erscheint nicht erforderlich; außerdem würde damit der - unzutreffende - Eindruck erweckt, durch Verweigerung der Unterschriftenleistung noch irgendetwas "bewirken" zu können).

Ob die angestrebte Transparenz wirklich so weit gehen muß, den Bieter ein Einsichtsrecht in die Niederschrift zu gewähren (sie beanspruchen dann nämlich sicherlich die Anfertigung einer Kopie), darf zumindest bezweifelt werden.

Wichtiger erscheint es u E, den bei der Öffnung der Angebote nicht anwesenden (vertretenen) Bieter das Recht zuzugestehen, in geeigneter Form diejenigen Informationen zu erhalten, die sie bei Teilnahme an der Öffnung der Angebot erhalten hätten. (Gerade diese Frage - die auch bisher nicht geregelt war - hat immer wieder Anlaß zu Zweifeln gegeben und wird in ihrer Bedeutung - wegen der größeren Entfernung zwischen Vergabestelle und Bieter im EWR - sicher noch zunehmen.)

Schließlich sollte - der Vollständigkeit halber, damit aus dem Entfall einer derartigen Bestimmung kein falscher Umkehrschluß gezogen wird - der Abs 3 (in Übereinstimmung mit Pkt 4,25 ÖNORM A2050 v Juli 1953 bzw Pkt 4.2.6 Entw ÖNORM A2050 v Juli 1992) um folgenden letzten Satz ergänzt werden:

"Nach Abschluß der Öffnung sind die Niederschrift, die Angebote und die Briefhüllen so zu verwahren, daß sie Unberufenen unzugänglich sind."

#### Zu § 18 Abs 5

Diese Regeln für die Auslegung von in sich widersprüchlichen Angeboten (sie wurden offensichtlich aus der ÖNORM A2050 übernommen) sind den Irrtumsregeln des ABGB (§§ 870 ff) völlig diametral; die Ansicht, daß anlässlich öffentlicher Auftragsvergaben die Bieter ihnen unterlaufene Angebotsirrtümer nicht geltend machen können, trifft nicht zu (vgl Krejci, ecolex 1991, 232 und die dort zit Literatur).

Es ist aber der Sinn der Angebotsprüfung konterkariert, wenn (zunächst) wegen eines offensichtlichen Multiplikationsfehlers der Preis einer Position nach unten korrigiert werden muß, der betroffene Bieter damit zum Billigstbieter wird und deshalb den Zuschlag erhält und anschließend unter Berufung auf das ABGB erfolgreich Vertragsanpassung verlangt, sodaß letztlich doch der höhere (und nicht mehr billigste) Preis bezahlt werden muß. Auf diese Weise wäre zur Legung von "Irrtümern" geradezu eingeladen.

Dieser Absatz wäre daher um die Vorschrift zu ergänzen, daß dem Bieter - so er für die Zuschlagserteilung in Frage kommt - der entdeckte Fehler bekanntzugeben ist mit der Aufforderung, die Fehlerbehandlung iSd Abs 5

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt

## Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 9 Brief HGD 646/92 07.09.1992

anzuerkennen und auf eine allfällige Irrtumsanfechtung verbindlich zu verzichten (letzteres ist nach der Jud zulässig); sollte er dies (binnen einer einzuräumenden, angemessenen Frist) nicht tun, wäre das Angebot auszuschließen.

### Zu § 18 Abs 6 Z 5

Im ersten Nebensatz ist hier von "vertiefter Angebotsprüfung" die Rede, welche aber weder hier noch sonst wo im vorl Entw erläutert wird (glaublich wurde sie aus der VOÖB des BMWA übernommen).

Über die mangelnde Determiniertheit (unbestimmter Gesetzesbegriff) hinaus erscheint es ferner problematisch, eine aus dem Bauwesen stammende Vorschrift auf andere Auftragsarten (z B Kauf von Waren ausländischen Ursprungs) zu übertragen (wo naturgemäß eine Aufgliederung in Personal-, Material-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten weder zu bekommen noch nachvollziehbar ist).

### Zu § 18 Abs 6

Konsequenterweise wäre schließlich noch die Aufzählung (vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließende Angebote) um eine - obigen Ausführungen zu Abs 5 - entsprechende Z 10 wie folgt zu ergänzen:  
 "10. in sich widersprüchliche Angebote gem Abs 5, wenn sich der Bieter auf Vorhalt nicht binnen angemessener Frist mit der dort vorgesehenen Regelung einverstanden erklärt und auf eine Anfechtung wegen Irrtums verbindlich verzichtet."

### Zu § 19 Abs 6 Z 5

Eine bloß unverbindliche Produktpräsentation erscheint u E als Nachweis der technischen bzw fachlichen Leistungsfähigkeit nicht immer unbedingt ausreichend, weil sie mit keinerlei Rechtsverbindlichkeit für den Bieter verbunden ist.

Das Wort "unverbindliche" hätte daher zu entfallen.

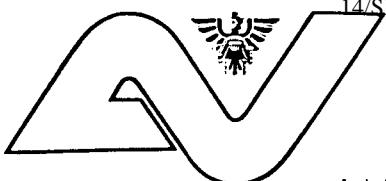
### Zu § 20 Abs 1

Das Verhandlungsverbot während jeglichen Ausschreibungsverfahrens wurde offenbar aus der bisherigen Fassung der ÖNORM A2050 (Pkt 4,4) übernommen.

Es wird aber in keiner EG-Richtlinie gefordert und erweist sich daher im Lichte des EG/EWR-Vergaberechts als überschießend.

Im Lichte der nationalen Vergaberechtsentwicklung erweist es sich als unzeitgemäß, weil damit eine schon lange in der Praxis als unwirtschaftlich und daher unhaltbar (der Hauptzweck von Vergabeverfahren ist für die Auftraggeber unbestrittenmaßen ein wirtschaftlicher!) em-

./.



Seite 10 Brief HGD 646/92 07.09.1992

pfundene Knebelung des Auftraggebers fortgeschrieben wird, da die Aufträge stets so vergeben werden müssen, wie die Angebote zum Zeitpunkt der Öffnung liegen.

Synergie-Effekte durch Zusammenschau aller vorliegenden Angebote sind dadurch praktisch unmöglich (bzw. wären nur in Form einer zumeist aus Termingründen nicht mehr tunlichen Neuauusschreibung möglich, die aber verstärkte Gefahr der Absprache in sich birgt, weil die Bieter nun über Teilnehmerkreis und gegenseitige Preisvorstellungen voll informiert sind).

Für den in diesem Zusammenhang immer wieder ins Treffen geführten Bieterschutz erscheint das - selbstverständlich auch für Verhandlungen uneingeschränkt geltende - Diskriminierungsverbot bzw. Gleichbehandlungsgebot völlig ausreichend!

Auch die manchmal geäußerte Ansicht, Verhandlungen des Auftraggebers begünstigen Absprachen auf Bieterseite, verkennt einfach Ursache und Wirkung: Der - in letzter Zeit immer stärker zu bemerkenden - Neigung zu Absprachen kann effektiv nur durch entsprechende Verhandlungen im Vergabeverfahren begegnet werden. Der Hinweis auf die Sanktionsmöglichkeit von Absprachen im (verschärften) EWR-Wettbewerbsrecht ist völlig unzureichend, weil in den meisten Fällen die Absprachen nicht bewiesen werden können.

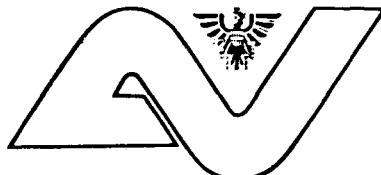
Das Verhandlungsverbot stammt aus einer Zeit, in der (gemäß dem Stackelberg'schen Marktformenschema) das Nachfragemonopol geradezu typisch war: Ein Nachfrager (staatliche Eisenbahnverwaltung) steht einer Vielzahl von (kleinen) Anbietern (Sägewerke bzw. Schottergruben) für Bahnschwellen bzw. Gleisschotter gegenüber.

Heutzutage aber ist eine ganz andere Marktform typisch, nämlich das Angebotsoligopol: Einige (wenige) Anbieter stehen einer Vielzahl öffentlicher Auftraggeber (Bundes-, Länder-, Gemeindedienststellen, Sozialversicherungsträger, andere öffentliche Körperschaften) gegenüber (zB Computer, Medizintechnik).

Unter den Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit wirkt das Verhandlungsverbot geradezu paradox: Infolge der nur ausnahmsweise Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens und des generellen Verhandlungsverbots bei Ausschreibungsverfahren darf nämlich immer nur in jenen Fällen verhandelt werden, wo es entweder kaum mehr etwas bringt (Wertgrenzen) oder von vornherein zum Scheitern verurteilt ist (Angebotsmonopol).

Außerdem wird die öffentliche Hand von den Repräsentanten der Wirtschaft wegen des unzeitgemäßen Verhandlungsverbots zumeist "milde belächelt", wobei man meint, es sei ausschließlich in der Geisteshaltung fauler und unfähiger Beamter begründet, die zu fundierten Angebotsverhandlungen weder gewillt noch in der Lage sind.

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt

## Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 11 Brief HGD 646/92 07.09.1992

Dieser - falsche - Eindruck sollte nicht durch Fortschreibung einer unzeitgemäßen und überschießenden Verfahrensregel verstärkt werden, wo doch gerade in der letzten Zeit die öffentliche Verwaltung in den Medien immer wieder als zu schwerfällig und zu wenig marktorientiert heruntergemacht wird.

Wenn man sich schon zum Prinzip der Marktwirtschaft bekennt und die Mechanismen der Privatwirtschaft als für die öffentliche Hand beispielgebend und richtungsweisend darstellt, dann sollen sich die privaten Wirtschaftstreibenden auch gegenüber der öffentlichen Hand auf das einstellen, was sie untereinander längst gewöhnt sind: auf Vergabeverhandlungen (viele von ihnen verlangen es geradezu immer wieder - wie die Praxis zeigt - auch von den öffentlichen Auftraggebern und finden das Verhandlungsverbot - gelinde gesagt - überholt).

Im Sinne der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit des Vergabeverfahrens ist es sicher vernünftiger, kostspieliges Humankapital im Bereich der öffentlichen Vergabedienststellen für fundierte und erfolgversprechende Angebotsverhandlungen zu nutzen anstatt mit Administration übermäßig bürokratischer Verfahrensvorschriften (zB sämtliche Gespräche und Erörterungen mit Bietern nur noch in Form von Kommissionen) zu vergeuden.

Das Verhandlungsverbot hätte daher zu entfallen; stattdessen wäre klarzustellen, daß auch im Rahmen von Verhandlungen stets alle Bieter gleich zu behandeln sind und jede Benachteiligung einzelner von ihnen verboten ist.

### Zu § 20 Abs 2

Wozu die Möglichkeit zur Erläuterung der Ausschreibung (ohnedies "auf Verlangen der interessierten Unternehmer") auf den Geltungsbereich von V gem § 2 Abs 1 beschränkt wird, ist weder aus den Erl ersichtlich, noch sonstwie ergründlich.

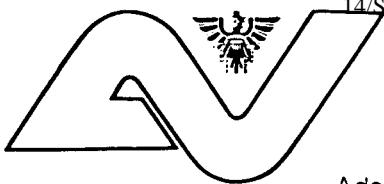
Diese Beschränkung hätte daher ersatzlos zu entfallen.

### Zu § 20 Abs 4

Ganz glauben die Autoren des Entw offenbar doch nicht an die Zweckmäßigkeit des Verhandlungsverbots, sonst würden sie es in diesem Abs nicht aufweichen ("unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende geringfügige Änderungen der Preise unter Wahrung der Grundsätze des Vergabeverfahrens zulässig").

Dies würde aber nur zu mehr Rechtsunsicherheit führen: Erstens ist das Maximalausmaß, bis zu dem die Geringfügigkeit reicht, nirgends festgelegt (unbestimmter Gesetzesbegriff); zweitens würde diese Vorsschrift einen unnötigen Druck zu nachträglichen technischen Änderungen auf Bieterseite erzeugen, um damit einen gewissen

./.



Seite 12 Brief HGD 646/92 07.09.1992

preispolitischen Spielraum zu eröffnen.

Die Regelung des Abs 3 sollte daher zu Gunsten einer generellen Verhandlungsmöglichkeit (siehe obige Stellungnahme zu Abs 1) entfallen.

Zu § 20 Abs 5

Die Vorschrift, Aufklärungsgespräche und Erörterungen nur noch kommissiell zu führen (wenn ohnedies Gründe und Ergebnisse eines solchen Vorgehens schriftlich festzuhalten sind), erscheint überschießend bürokratisch und ist weder mit den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Zweckmäßig vereinbar noch mit der derzeitigen Personalkapazität der Vergabedienststellen durchführbar.

Sie ist daher ersatzlos zu streichen.

Zu § 21 Abs 1

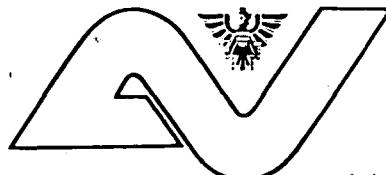
Bezüglich des Zuschlagskriteriums wird hier aus der bisherigen Fassung der ÖNORM A2050 (Pkt 4,61) - wenn auch textlich modifiziert - das Bestbieterprinzip fortgeschrieben.

Dies widerspricht aber grundsätzlich allen einschlägigen EG-Richtlinien (die schon mit Inkrafttreten des EWR auch in Österreich anzuwenden sind): Nach EG/EWR-Vergaberecht ist das Zuschlagskriterium (zunächst) der billigste Preis; andere Kriterien dürfen (ausnahmsweise) nur dann und insoweit in die Vergabeentscheidung einfließen, als sie bereits in der Bekanntmachung oder spätestens in der Ausschreibung (und möglichst schon in der Reihenfolge ihrer Relevanz) festgelegt wurden.

Letzteres ist zwar auch im vorliegenden Entwurf enthalten, doch ist das Verhältnis zwischen Regel und Ausnahme gerade umgekehrt, was in mehrfacher Hinsicht bedenklich erscheint:

- Die Problematik der Bestbieterkriterien im Hinblick auf den EWR wird damit für den einzelnen Rechtsanwender in den Vergabestellen verdeckt, so er sich nicht - wozu er nicht verpflichtet ist - den Originaltext der - für ihn selbst direkt nicht verbindlichen - einschlägigen EG-Richtlinien beschafft.
- Es geht auch gänzlich unter, daß selbstverständlich auch über den (genau festzulegenden) Bestbieterkriterien uneingeschränkt das Diskriminierungsverbot schwebt, womit sich sehr leicht - wenn Determinierungsgebot und Diskriminierungsverbot einander widerstreiten und wie ein "magisches Zweiwickel" wirken - die nach EG/EWR-Recht zulässige Ausnahme als Scheinausnahme erweisen kann.
- Darüber hinaus ist zu befürchten, daß die Umkehrung von Regelfall und Ausnahme durch den österreichischen Gesetzgeber als Vertstoß

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 13 Brief HGD 646/92 07.09.1992

gegen das vom EuGH entwickelte Prinzip des "effet utile" eingestuft wird und die Republik Österreich damit wegen nicht gehöriger Umsetzung des "acquis communautaire" als vertragsbrüchig gilt.

Es wäre daher in Anbetracht der anzustrebenden Konformität mit dem EWR-Vergaberecht das Billigstbieterprinzip zum Regelfall und das Bestbieterprinzip zur Ausnahme zu erklären.

### Zu § 21 Abs 2

Es ist kaum zu ergründen, wie die "Gewährleistung und deren Durchsetzbarkeit" in nicht diskriminierender Weise Bestbieterkriterium sein kann:

Umfang, Dauer und allfälliger Gerichtsstand sowie die anzuwendende Rechtsordnung (für den Fall von Streitigkeiten) können (müssen) in der Ausschreibung (einheitlich) festgelegt werden; natürlich es ist immer einfacher, ein (inländisches) Gerichtsurteil auch im Inland zwangsweise durchsetzen zu können, als im Ausland gegen einen mißlichen Vertragspartner Exekution führen zu müssen; das würde aber bedeuten, daß eine - unter sonst gleichen Voraussetzungen - von einem Inländer versprochene Gewährleistung stets besser einzustufen wäre als die eines Ausländers, somit also einen eindeutigen Fall von Diskriminierung.

Die Wendung "Gewährleistung und deren Durchsetzbarkeit" sollte daher entfallen.

### Zu § 21 Abs 6

Die Formulierung des 1. Satzes "Der Bieter, dem der Zuschlag erteilt wurde, ist hievon unmittelbar nach dem Zuschlag schriftlich zu verständigen" ist weder in sich noch mit der vorgesehenen Legaldefinition des § 3 Z 9 ("Zuschlag ist die an den Bieter gerichtete Erklärung, sein Angebot anzunehmen") konsistent.

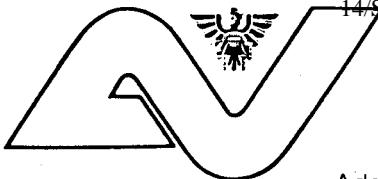
Wenn der Zuschlag die an den Bieter gerichtete Erklärung ist, dann braucht er hievon (nämlich von der Erklärung) nicht mehr verständigt zu werden; wenn dem Bieter (mittels Erklärung) der Zuschlag (schon) erteilt wurde, warum ist er "unmittelbar" danach (nochmals, schriftlich) zu verständigen?

Hier scheint also einiges durcheinander gekommen zu sein.

Gemeint ist wahrscheinlich folgendes:

"Der Zuschlag ist unverzüglich nach Fällung der Vergabeentscheidung und grundsätzlich schriftlich zu erteilen; sollte in begründeten Ausnahmefällen der Zuschlag in anderer Form erteilt werden, ist er unverzüglich schriftlich zu bestätigen."

./.



Seite 14 Brief HGD 646/92 07.09.1992

Dies sollte aber auch so (oder ähnlich) formuliert werden.

Der 2. Satz dieses Abs entält die Verpflichtung, den übrigen Bieter schriftlich mitzuteilen, wem der Zuschlag erteilt wurde. Diese Vorschrift hat bisher nicht bestanden und ist auch in den meisten EG-Richtlinien nicht gefordert; sie erweist sich daher insoweit als überschießend.

#### Zu § 21 Abs 5

Analog den vorstehenden Erwägungen wäre hier das Wort "Zuschlagserteilung" durch das Wort "Vergabeentscheidung" zu ersetzen (es sollen doch in erster Linie die für die getroffene Vergabeentscheidung maßgeblichen Erwägungen nachprüfbar sein und nicht bloß jene für die Form der Erklärung).

#### Zur Überschrift vor § 21

Im Sinne der vorstehenden Überlegungen wäre konsequenterweise auch hier das Wort "Zuschlagserteilung" durch das Wort "Vergabeentscheidung" zu ersetzen, weil letzteres der umfassendere und wesentliche Begriff ist, während erstes lediglich den abschließenden verfahrensrechtlichen Schritt bezeichnet.

#### Zu § 23 Z 4

Im Einklang mit den einschlägigen EG-Richtlinien wäre hier vor dem Beistrich einzufügen "und dies nicht im Verhalten des Auftraggebers selbst begründet ist" (denn bekanntlich kann man alles so lange liegen lassen, bis es schließlich "brennt").

#### Zu § 24 Abs 1 Z 1

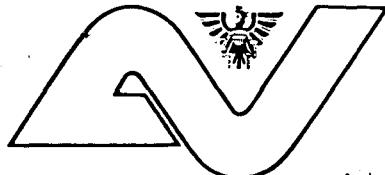
Warum Kostenersatz für die Abgabe von Angebotsunterlagen nur im Fall des offenen Verfahrens (öffentliche Ausschreibung) verlangt werden darf, ist nicht ganz einsichtig.

Die Kostenlastigkeit solcher Unterlagen hängt nicht immer nur vom Publizitätsgrad des Verfahrens ab. (Selbstverständlich kann beim nicht offenen Verfahren niemandem ein solcher Kostenersatz auferlegt werden, der sich nicht beteiligen möchte und daher die Unterlagen zurückstellt.)

#### Zu § 27 Abs 1

Der generelle Entfall des öffentlichen Erkundungsverfahrens "sofern ausreichende Marktübersicht besteht", ist im EG/EWR-Vergaberecht nur in Form von "ständigen Listen präqualifizierter Bewerber" gestattet, und auch dies nicht im Bereich sämtlicher Richtlinien.

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt

## Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 15 Brief HGD 646/92 07.09.1992

Die Ausnahme geht hier also zu weit!

### Zu § 27 Abs 5

Die sinngemäße Anwendung des Verfahrens für die Öffnung der Angebote bedeutet nicht nur unnötige und teure zusätzliche Bürokratie, sie ist auch geradezu eine Einladung zu Bieter-Absprachen, weil jetzt schon jeder weiß, wer seine (möglichen) Mitbewerber sind (ganz im Gegensatz zur Anordnung des § 13 Abs 3 letzter Satz, wonach beim offenen Verfahren Anzahl und Namen der Unternehmer, die ihr Interesse an der Teilnahme bekundet haben, bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten sind; dieses Geheimhaltungsinteresse des Auftraggebers zwecks Verhinderung von Absprachen hängt aber nicht vom Publizitätsgrad des Verfahrens ab, sondern besteht generell!).

Dieser Absatz hat daher zu entfallen.

### Zu § 28 Abs 4

Der vorletzte Satz ordnet abermals eine unnötige, teure und personell kaum durchführbare "Kommissionitis" an, obwohl laut letztem Satz ohnedies das Ergebnis in nachprüfbarer Form festzuhalten ist (was ausreichen müßte, wenn mit jedem Bewerber eine Niederschrift verfaßt wird). /

Die Wendung "in kommissioneller Form" hätte daher zu entfallen.

### Zu § 28 Abs 8

Aus den gleichen Überlegungen hat auch hier im vorletzten Satz die Wendung "in kommissioneller Form" zu entfallen.

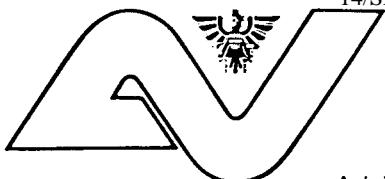
### Zu § 32 Abs 1

Unter dem Gesichtspunkt eines möglichst umfassenden Bieterschutzes fehlt hier die Möglichkeit der Vergabekontrollkommission, (auch) auf Ersuchen eines Bieters oder Bewerbers (oder zumindest seiner Interessenvertretung) tätig zu werden.

Dabei wird in den Erl (S 37) ausdrücklich erwähnt, daß ein durch das Vergabeverfahren sich für beschwert erachteter Bieter im Wege seiner Interessenvertretung eine Prüfung des Verfahrens erreichen können soll.

Wenn man aber vermeint, dem sei bereits durch das qualifizierte Minderheitenquorum dieser Z ausreichend Rechnung getragen, so ist dies rechtsstaatlich bedenklich und formalrechtlich auch nicht durchsetzbar, weil gem § 31 Abs 1 die Mitglieder der Vergabekontrollkommission "in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden" sind.

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt

## Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 16 Brief HGD 646/92 07.09.1992

### Zu § 37

Unter dem Gesichtspunkt eines möglichst umfassenden Bieterschutzes ist diese Einschränkung abzulehnen.

Außerdem handelt es sich um eine verfassungsrechtlich bedenkliche formal-gesetzliche Delegation, weil der Kreis der durch V einschränkbaren Anwendbarkeit nicht hinreichend vorherbestimmt ist.

### Zu § 39 Abs 1

Zur Einschränkung der Möglichkeit der Inanspruchnahme eines außerstaatlichen Schlichtungsverfahrens auf jene Fälle, für welche dies in V gem § 2 Abs 1 vorgesehen ist, sind die gleichen Bedenken zu äußern wie oben zu § 37.

In § 39 Abs 1 Z 2 lit a und b wird (zusätzlich) eingeschränkt auf die Fälle, daß ein Bewerber "meint", daß ihm im Zusammenhang mit einem Verfahren ... durch einen Verstoß gegen die Regelungen ... "ein Schaden entstanden ist oder ein Schaden zu entstehen droht."

Dies ist offenbar Ausfluß des in Österreich ungeschriebenen Gesetzes, daß immer zuerst etwas passieren muß, bevor etwas geschieht.

Sollte aber das Wort "meint" dahingehend auszulegen sein, daß eine bloße Behauptung genügt und es keinerlei Bescheinigung bedarf, dann ist diese (weitere) Einschränkung nicht mehr viel wert.

### Zu 41 Abs 1

Hier liegt ein unergründlicher Wertungswiderspruch vor:

Ein Interesse am Abschluß eines (Liefer-, Bau- oder Dienstleistungs-)Vertrages braucht der Unternehmer bloß glaubhaft zu machen, den (viel schwerer nachprüfbarer) Schaden (bereits entstanden oder droht zu entstehen) hingegen muß er nachweisen.

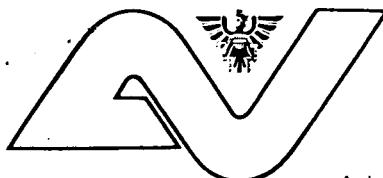
Zur Voraussetzung der Schadensträchtigkeit als Antragsvoraussetzung gelten die oben zu § 39 Abs 1 geäußerten Bedenken sinngemäß.

### Zu § 42 Abs 2

Einstweilige Verfügungen können also nur erlassen werden, wenn der drohende Schaden "unwiederbringlich" ist.

Laut st Jud des OGH (zuletzt: 4 Ob 20/92 v 24.3.1992 = ecolex 1992, 473 mwN) ist ein Schaden dann unwiederbringlich, wenn ... "die Zurückversetzung in den vorigen Stand nicht tunlich ist und Geldersatz entweder -

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt

## Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 17 Brief HGD 646/92 07.09.1992

etwa infolge Zahlungsunfähigkeit des Schädigers - nicht geleistet werden kann oder die Leistung des Geldersatzes dem angerichteten Schaden nicht völlig adäquat ist".

Die Adäquanz des Geldersatzes für einen nicht erhaltenen öffentlichen Auftrag wird wohl niemand ernsthaft bezweifeln. Das Insolvenzrisiko ist bei öffentlichen Auftraggebern (wo stets Gebietskörperschaften entweder selbst der Rechtsträger sind oder zumindest die Ausfallshaftung übernommen haben) praktisch null. Somit kann aber praktisch nie ein unwiedergebringlicher Schaden vorliegen, sodaß einstweilige Verfügungen praktisch nie erlassen werden können, womit eine unanwendbare und damit sinnlose Vorschrift vorläge.

Dem steht aber entgegen, daß in den einschlägigen EG-Richtlinien ("Rechtsmittelrichtlinien") die Möglichkeit der Erlassung solcher Verfügungen zwingend vorgesehen ist, sodaß Österreich dann auch in diesem Punkt nicht richtig in innerstaatliches Recht transformiert hätte.

### Zu § 46

Es bleibt hier offen, wer als solcher "sachverständiger Prüfer" anzusehen ist und welchen praktischen Wert (Rechtswirkung) eine solche "Bescheinigung" überhaupt haben soll.

Insgesamt erscheint das "Bescheinigungsverfahren" - insbesondere im Hinblick auf die (schon in der Präambel dieser Stellungnahme gerügte) Zersplitterung der Nachprüfungsinstanzen durchaus entbehrlich und sollte daher ersatzlos entfallen.

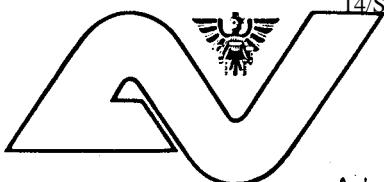
### Zu § 48 Abs 1

Der Zuspruch des Ersatzes der Kosten der Anbotstellung (= Vertrauensinteresse) entspricht der älteren Jud zur Lehre von der "culpa in contrahendo". Die jüngere Jud hingegen spricht auch das Erfüllungsinteresse (= entgangener Gewinn) zu, wenn ohne das schuldhaft-rechtswidrige Verhalten des Auftraggebers der Vertrag zustandegekommen wäre (was im Fall des übergangenen Bestbieters stets zutrifft).

IVm Abs 5 (wonach Ersatzansprüche nach anderen Rechtsvorschriften <also auch solche aus culpa in contrahendo?> unberührt bleiben) stiftet die Formulierung des Abs 1 Verwirrung, weil nicht klar ist, ob der Gesetzgeber hier die Jud zur culpa in contrahendo korrigieren will.

Da vor § 48 die Abschnittsüberschrift "Zivilrechtliche Bestimmungen" lautet und die schadenersatzrechtliche Jud in diesem Zusammenhang entwickelt und eindeutig genug ist, erscheint hier eine gesetzliche Präzisierung des Anspruches entbehrlich. Die Wendung nach dem Beistrich im 1. Satz "Anspruch auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung" wäre daher durch die Wendung "Anspruch auf Schadenersatz" zu ersetzen.

./.



# Allgemeine Unfallversicherungsanstalt

## Hauptstelle

Adalbert-Stifter-Straße 65, 1200 Wien · Tel. (0222) 331 11 · Fax Kl. 644 · Telex 114291

Seite 18 Brief HGD 646/92 07.09.1992

### Zu Blg 2 Pkt 3.1

U E ist der gegenteilige Standpunkt einzunehmen:

Aus Gründen der Rechtssicherheit, Übersichtlichkeit und Bestimmtheit wären die Verordnungsermächtigungen stark einzuschränken.

### Zu Blg 2 Pkt 3.2

Die im Verlaufe der vorliegenden Stellungnahme schon mehrmals gerügte Kommissionitis wird beträchtliche Kostenmehrungen (vor allem im Personalbereich) nach sich ziehen, ohne daß diesen irgendein postivier Effekt gegenüberstehen wird.

Einsparungen sind durch die in Aussicht genommene Regelung des Vergabewesens zumindest so lange nicht zu erwarten, wie am Verhandlungsverbot festgehalten wird.

### Zu Blg 2 Pkt 3.3

Da den ordentlichen Gerichten in jedem Fall die Entscheidung über Schadenersatzansprüche obliegt, ist ihre Befassung mit den Nachprüfungsverfahren (anstelle der unabhängigen Verwaltungssenate) im Sinne der Konzentration und der Rechtssicherheit überaus zu begrüßen.

Dies sollte aber nicht die einzige Konzentration sein.

Mit vorzüglicher Hochachtung  
Der Generaldirektor:  
Herr R. Wilhelm Thiel