

BUNDESMINISTERIUM FÜR FINANZEN
PRÄSIDIUM

ZI. 05 0301/62-Pr.1/92

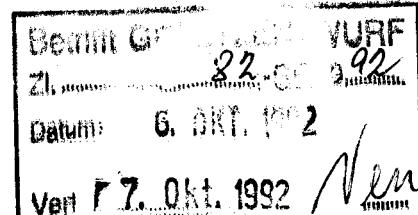
Himmelpfortgasse 4-8
Postfach 2
A-1015 Wien
Telefon 51 433 / Kl.
Durchwahl 1106

Sachbearbeiter: Dr. Stanzel

Begutachtungsverfahren;
Entwurf eines Bundesvergabegesetzes
Stellungnahme des Bundesministeriums
für Finanzen

An das
Präsidium des Nationalrates

Parlament
1017 W I E N



Dr. Alzinger

Im Sinne der Entschließung des Nationalrates, betreffend die Begutachtung der an die vorberatenden Körperschaften und Zentralstellen versendeten Gesetzesentwürfe, beeht sich das Bundesministerium für Finanzen in der Anlage seine Stellungnahme zu dem vom Bundeskanzleramt erstellten und mit Schreiben vom 17. Juli 1992, Zi. 600.883/1-V/8/92, versendeten Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) in 25-facher Ausfertigung zu übermitteln.

Beilagen

30. September 1992
Für den Bundesminister:
Dr. Binder

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

BUNDESMINISTERIUM FÜR FINANZEN
PRÄSIDIUM

ZI. 05 0301/62-Pr.1/92

Himmelpfortgasse 4-8
Postfach 2
A-1015 Wien
Telefon 51 433 / KI.
Durchwahl 1106

Dr. Stanzel
Sachbearbeiter:

An das
Bundeskanzleramt
Abteilung V/8

Ballhausplatz 2
1014 W I E N

Zum Schreiben vom 17. Juli 1992, ZI. 600.883/1-V/8/92, beeindruckt sich das Bundesministerium für Finanzen folgende Stellungnahme zu übermitteln:

Zu Pkt. 3.2 des Begleitschreibens des Bundeskanzleramt-Verfassungsdienstes:

Nach einer im Jahre 1990 im Auftrag des Bundesministeriums für Finanzen durchgeführten Studie über die ökonomischen Auswirkungen einer Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens, erschienen unter dem Titel "Ende des Protektionismus - ökonomische Effekte der Liberalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens in Österreich" (hgg. von J.M.Bauer und M.Marterbauer) im Service Fachverlag Wien 1991, lassen die Komplexität der Beschaffungsvorgänge des öffentlichen Sektors, aber auch der zugrundeliegenden ökonomischen Zusammenhänge und die Unsicherheit bezüglich unternehmerischer Reaktionen und Spielräume auf eine derartige Politik der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens eine umfassende seriöse Abschätzung der "Spareffekte" einer solchen Liberalisierung für Österreich nicht zu. Dazu komme das immense Problem der mangelhaften Verfügbarkeit von Daten zum öffentlichen Beschaffungswesen. Dies betreffe die Problematik der relativ veralteten Input-Output-Tabelle sowie die branchenmäßige Verteilung der öffentlichen Aufträge. Ein Versuch einer umfassenden Abschätzung der Liberalisierungseffekte wäre daher an derart viele Annahmen gebunden, daß nach Ansicht der Autoren der Studie (a.a.O. S.144) die Ergebnisse an "ökonomische Alchimie" grenzen würden.

Die Frage nach der Höhe der durch das Bundesvergabegesetz zu erzielenden Einsparungen beim Bund kann dementsprechend kaum beantwortet werden. Zum einen war die Bundesverwaltung schon bisher durch den 1976 und die im Anschluß daran ergangenen in den einzelnen Ressorts zur Einhaltung der im wesentlichen in der ÖNORM A 2050 dargelegten Grundsätze verpflichtet. Die Annahme von Einsparungen

durch das Bundesvergabegesetz würde der Verwaltung pauschal eine Verletzung dieser Grundsätze unterstellen. Zum anderen können administrative Mehrkosten durch eine weitere Spezifizierung der Vergabeverfahren nicht ausgeschlossen werden.

Zur Illustration der aus den unterschiedlichen Nachprüfungsinstrumentarien zu erwartenden Verwaltungsmehrkosten sei bemerkt, daß allein im Bundesministerium für Landesverteidigung von etwa 5 000 bis 6 000 Beschaffungsvorgängen mit einer Gesamtbruttoauftragssumme von 7 bis 8 Mrd. S jährlich ausgegangen werden kann. Angesichts dieser großen Zahl von Beschaffungsvorgängen ist daher auch mit einer entsprechenden Frequenz der Nachprüfungsstellen zu rechnen.

Um den Verwaltungsaufwand möglichst gering zu halten und ineffiziente Überschneidungen des Tätigkeitsbereiches der unterschiedlichen Prüforgane zu vermeiden, sollte eine straffere Organisation dieser Nachprüfung überlegt werden. Denkbar wäre, das bei den unabhängigen Verwaltungssenaten vorgesehene Verfahren bei den Handelsgerichten anzusiedeln und in Form eines Senatsverfahrens unter Beziehung von Vergaberechtsexperten als Feststellungsverfahren zu gestalten, wobei verfassungsrechtlich zu klären wäre, ob die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers durch das Gericht während des Vergabeverfahrens, also eine gerichtliche Kontrolle noch vor Zuschlagserteilung, zulässig ist.

Zu § 1

Das Bundesgesetz soll für die Vergabe von Aufträgen über Leistungen jeder Art durch den Bund gelten. Da der Entwurf keinerlei Einschränkungen vorsieht, erhebt sich die Frage, inwieweit sensible Beschaffungsbereiche etwa auf dem Rüstungssektor tatsächlich einer breiten Erörterung in den diversen Prüfungsverfahren unterzogen werden sollen. Auf diesen Umstand nehmen die §§ 25 und 26 keine Rücksicht. Es wäre im Hinblick auf Geheimhaltung möglicherweise zu prüfen, ob hier nicht Einschränkungen für genau zu definierende Bereiche vorzusehen wären, sofern die einschlägigen EG- und EWR-Vorschriften dies zulassen. An dieser Stelle sei erwähnt, daß das GATT den militärischen Bereich in weiten Teilen von der Geltung ausnimmt.

Zu § 1 Abs. 1 Z 2

Nach dieser Bestimmung sollen Anstalten, die von Personen verwaltet werden, die von Organen des Bundes bestellt sind, den Bestimmungen dieses Gesetzes über die Vergabe von Aufträgen und Leistungen jeder Art unterliegen.

Die Österreichische Postsparkasse (P.S.K.) ist eine durch das Postsparkassengesetz 1969, BGBl.Nr. 458, eingerichtete öffentlich(rechtlich)e Anstalt mit eigener Rechtspersönlichkeit (vgl. § 1 Abs. 1 leg.cit sowie Wenger, Wirtschaftsrecht II, Rz 81). Sie wird von einem Vorstand verwaltet, der von Organen des Bundes bestellt wird (vgl. § 8 leg.cit sowie Wenger, Wirtschaftsrecht II, Rz 88). Demnach würde, dem derzeitigen Wortlaut des § 1 Abs. 1 Z 2 des Entwurfes eines Bundesvergabegesetzes entsprechend, die P.S.K. den Bestimmungen dieses Bundesvergabegesetzes unterliegen.

Diese sich aus dem Wortlaut des Gesetzesentwurfes ergebende Konsequenz ist jedoch nicht im Einklang mit den umzusetzenden EWR-Regelungen und dem Sinn des Gesetzesentwurfes.

1. Der Gesetzesentwurf geht eindeutig davon aus, daß Unternehmungen, die eine gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben, nicht unter die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes fallen sollen (vgl. § 1 Abs. 1 Z 3 des Entwurfes).
2. Die P.S.K. ist eine Bank im Sinne des § 1 Abs. 1 Kreditwesengesetz 1979 und gemäß § 3 Abs. 1 P.S.K.-Gesetz 1969 zur kaufmännischen Geschäftsführung verpflichtet; sie übt somit eine gewerbsmäßige Tätigkeit (Bankgeschäfte) im Sinne der oben genannten Bestimmung des Bundesvergabegesetzes aus.
3. Die umzusetzenden Richtlinien des Rates (371 L 0305, Richtlinie 71/305/EWG, Abl.Nr. L 185 vom 16. August 1971, S.5; 377 L 0062, Richtlinie 77/62/EWG, Abl.Nr. L 13 vom 15. Jänner 1977, S.1 sowie Richtlinie 90/531/EWG, Abl.Nr. L 297 vom 29. Oktober 1990, S.1) sehen eindeutig vor, daß eine öffentlich(rechtlich)e Anstalt, die Bankgeschäfte betreibt, nicht unter deren Anwendungsbereich fällt.
 - 3.1. Art. 1 lit.b der Lieferkoordinierungs-Richtlinie 77/62/EWG definiert die öffentlichen Auftraggeber: Demnach fallen unter diesen Begriff nur der Staat, die Gebietskörperschaften und die im Anhang I aufgeführten juristischen Personen des Öffentlichen Rechtes. Für den Bereich des EWR gilt anstelle dieses Anhanges I die Anlage 3 (Liste der Körperschaften und Kategorien von Körperschaften des öffentlichen Rechts) zu Anhang XVI des EWR-Vertrages. Diese bestimmt in ihrem Pkt. I., daß in Österreich alle Körperschaften ohne industriellen oder kommerziellen Charakter, die der Finanzkontrolle des Rechnungshofes unterstehen, unter Art. 1 lit.b dieser Richtlinie fallen. Infolge ihres kommerziellen Charakters fällt die P.S.K. daher nicht unter den Anwendungsbereich dieser Richtlinie.

3.2. Auch in der Baukoordinierungs-Richtlinie 71/305/EWG wird in Art. 1 lit.b der Begriff des öffentlichen Auftraggebers definiert. Für den Bereich des EWR wird Anhang I dieser Richtlinie durch Anlage 1 zu Anhang XVI des EWR-Vertrages ersetzt. Diese ist im Wortlaut gleich wie die unter Pkt. 3.1. genannte Anlage 3. Somit ergibt sich auch aus dieser Richtlinie, daß die kommerziell tätige P.S.K. nicht von ihrem Anwendungsbereich erfaßt wird und daher nicht als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist.

3.3. In der Sektoren-Richtlinie 90/531/EWG wird die P.S.K. zwar von der in Art. 1 Z 2 enthaltenen Definition des öffentlichen Unternehmens erfaßt, doch ergibt sich in der Folge aus Art. 2 Abs. 2, daß die Tätigkeiten der P.S.K. (Bankgeschäfte) nicht unter diese Richtlinie fallen.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich somit, daß die Unterwerfung der P.S.K. unter die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes nicht im Einklang mit den bezughabenden EWR-Vorschriften steht und offenbar auch nicht vom Gesetzgeber beabsichtigt ist. Lediglich durch die dem § 1 Abs. 2 des Vertragsbedienstetengesetzes 1948 (bzw. dem ähnlich lautenden § 2 Abs. 1 Z 2 Prokuraturgesetz, StGBI 1945/172) nachgebildete Textierung der Bestimmung des § 1 Abs. 1 Z 2 des Entwurfes eines Bundesvergabegesetzes wird im Ergebnis die Einbeziehung eines nicht unter den beabsichtigten Anwendungsbereich des Gesetzes fallenden Unternehmens erreicht.

Andererseits wäre das Gesetz nach der Textierung des § 1 Abs. 1 Z 2 auf verschiedene Fonds, die von Personen verwaltet werden, die nicht von Organen des Bundes bestellt werden, nicht anwendbar.

§ 1 Abs. 1 Z 6 des Entwurfes enthält eine Generalklausel, wonach mittels Verordnung der Geltungsbereich des Gesetzes auf jegliche juristische oder physische Personen ausgedehnt werden kann, sofern dies in irgendeiner der EG-Richtlinien vorgesehen wird. Inwieweit diese Bestimmung dem Legalitätsprinzip nach Art. 18 B-VG gerecht wird, sollte nochmals geprüft werden.

Darüber hinaus sollten vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes nicht nur Dienstverträge, sondern auch Arbeitsleihverträge ausgenommen werden.

Zu § 1 Abs. 3

Durch die Richtlinien 80/767/EWG und 88/295/EWG hat die EG Durchführungsbestimmungen zum GATT-Beschaffungskodex erlassen. Die Verpflichtungen Österreichs aus dem GATT-Beschaffungskodex sind daher im gegenständlichen Gesetzesentwurf zwar formal erfüllt, müssen jedoch auf einen weiteren Länderkreis als den der EWR-Mitgliedsländer angewendet werden (z.B. auch auf die USA, Kanada und Japan).

Die laut Erläuterungen (S.14) "geringfügigen Unterschiede in den für die Anwendbarkeit maßgeblichen Schwellenwerten" sind jedenfalls nicht auf den GATT-Beschaffungskodex zurückzuführen, der zur Zeit nur einen einzigen Schwellenwert, nämlich SZR 130 000.-- kennt, sondern beruhen auf der Verschmelzung von EWG-Vergaberecht mit dem GATT-Kodex in den oben angeführten EG-Richtlinien.

Zu § 2 Abs.1

Diese Regelung erscheint im Hinblick auf Art. 18 Abs. 2 B-VG problematisch, da der Begriff "Rechtsakt" aus der ho. Sicht zu unbestimmt ist. Nach der österreichischen Rechtsordnung können Verordnungen grundsätzlich nur aufgrund entsprechend determinierter auf Gesetzesstufe stehender Bestimmungen erlassen werden.

Was den Inhalt derartiger Verordnungen anlangt, sollte bereits in diesen Bestimmungen auch auf die in § 46 Abs. 1 vorgesehenen Gestaltungsmöglichkeiten Bedacht genommen werden.

Die diesbezügliche Stellungnahme bleibt allerdings dem Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst vorbehalten.

Zu § 3

Aus systematischen Gründen könnten die Begriffsbestimmungen alphabetisch gegliedert werden.

Der Klammerausdruck "Vergabestelle" sollte zum bevorzugten bzw. einzigen Terminus gemacht werden. Der Terminus "vergebende Stelle" erscheint in diesem Zusammenhang eher ungünstig.

Der unter Z 7, 2. Absatz, verwendete Begriff "abgestuftes Verfahren für immaterielle Leistungen" sollte noch definiert werden. Oder handelt es sich hier um das zweistufige Verfahren gemäß Z 2 lit.e? In diesem Falle sollte eine einheitliche Terminologie gewählt werden.

Zu § 4 Abs. 1

Wenn in dieser Bestimmung (in Übereinstimmung mit Punkt 1.3.1 des vorliegenden Entwurfes der ÖNORM A 2050, aber in Gegensatz zu deren bisherigem Punkt 1,33) nicht nur von der Angemessenheit des Preises, sondern darüber hinaus auch davon die Rede ist, daß er der Marktlage entsprechen müsse, so erscheint dies im günstigsten Falle überflüssig, im schlechtesten Falle aber lediglich als Rechtfertigung für etwas dienlich, was der Gesetzgeber des ABGB wohl als "Vergabe zur Unzeit" (vgl. etwa § 830 ABGB) bezeichnet hätte.

Außerdem erschiene eine Regelung zweckmäßig, in welchen Fällen von einem Vergabeverfahren Abstand genommen werden könnte (z.B. wegen Geringfügigkeit des Wertes der Leistung, Gefahr im Verzug, Repräsentationsangelegenheiten).

Die Bestimmung des Abs. 4 erscheint insoweit problematisch, als eine Überprüfung und Feststellung, ob die angeführten Einrichtungen "in gleicher Weise begünstigt sind", nur schwer möglich sein wird.

Zu § 6 Abs. 1 i.V.m. § 33 Abs. 3

Die Befangenheitsgründe sind aus nicht nachvollziehbaren Gründen in diesen beiden Bestimmungen unterschiedlich definiert ("wichtige Gründe" bzw. bloß "Gründe"). Aus der ho. Sicht sollte eine einheitliche Regelung erfolgen.

Zu § 8 Abs. 1

Die Formulierung, daß zusammengehörige Leistungen ungeteilt auszuschreiben seien, ist entweder mißverständlich formuliert oder aber in vielen Fällen nicht zweckmäßig bzw. steht in sprachlichem Widerspruch zu § 10.

Das soll an einem praktischen Beispiel erläutert werden:

Die Anschaffung und Aufstellung von Arbeitsplatzcomputern besteht aus einer Reihe von Teilleistungen, die zweifellos technisch und wirtschaftlich zusammengehören. Daher werden diese Teilleistungen normalerweise auch in ein und derselben Ausschreibung auszuschreiben sein. Es ist jedoch äußerst unzweckmäßig und zum Schaden des Auftraggebers, eine solche Leistung nur als Gesamtleistung auszuschreiben, da die einzelnen Teilleistungen (Zentraleinheit, Bildschirm, Drucker, Software) kaum jemals von ein und demselben Bieter gleichermaßen optimal angeboten werden. In der Regel sind

die einzelnen Teilleistungen daher im Sinne einer optimalen Gesamtleistung an unterschiedliche Bieter zu vergeben.

Nun läßt zwar § 10 "ausnahmsweise" Teilangebote für Teilleistungen zu, es fragt sich jedoch, auf welche Teilleistungen sich diese Teilangebote beziehen sollen, wenn die Ausschreibung gemäß § 8 Abs. 1 nur ungeteilt, d.h. nicht in Form von Teilleistungen, erfolgen darf. Auch sind derartige Fälle insbesondere bei komplexen technischen Ausschreibungen so häufig, daß bezweifelt werden muß, ob es gerechtfertigt ist, sie als Ausnahmen zu apostrophieren.

Zu § 9

Die Anordnung der Absätze und ihre gegenseitigen Beziehungen könnten verbessert werden. Zunächst sollte gesagt werden, woraus eine Ausschreibung überhaupt zu bestehen hat (Abs. 4), bevor auf Details der Unterlagen eingegangen wird. Es wird daher empfohlen, die Absätze 4 bis 6 an den Beginn des Paragraphen zu stellen und die Absätze 1 und 3 hintanzustellen. Darüber hinaus sind die Beziehungen zwischen der Ausschreibung selbst (wie in Abs. 3 Z 7 definiert) und den Ausschreibungsunterlagen unklar, was z.B. bei § 14 Abs. 1 und § 20 Abs. 2 zu Interpretationsproblemen führen muß.

Zu § 9 Abs. 5

Die geforderte Aufnahme der Eignungskriterien sowie der zu ihrem Nachweis erforderlichen Unterlagen bereits in die Ausschreibung verlangt von der Vergabestelle etwas, das auch dem Gesetzgeber höchst selten und dann meist nur um den Preis bürokratischer Auswüchse gelingt: das vorwegnehmende Erfassen aller nur irgend denkbaren künftigen Problemfälle. Die Bestimmung erscheint daher praxisfern.

Zu § 11 Abs. 3

§ 11 Abs. 3 des Entwurfes bestimmt, daß in der Leistungsbeschreibung auf alle für die Erbringung der Leistung bedeutende Umstände hinzuweisen ist und gleiches für allenfalls notwendige Wartungsleistungen und Ersatzteillagerhaltungen sowie für zu erwartende Betriebs- und Erhaltungskosten gelten solle. Da sich in der Praxis gerade Wartungsleistungen und Ersatzteillagerhaltungen als ganz wesentlicher Kostenfaktor erweisen, sollte der Entwurf dahingehend abgeändert werden, daß diese Leistungen in jenen Fällen, in denen die Lieferung des Produktes und dessen Wartung bzw. die Ersatzteillagerhaltung aus einer Hand naheliegend sind oder zwingend erfolgen müssen, als wesentliche Kalkulationsparameter auch für den Auftraggeber bereits in die Ausschreibung für die Grundleistung mit aufgenommen werden müssen. Dies, um zu ver-

hindern, daß bei einer Preisvereinbarung über Wartung oder Ersatzteillagerhaltung nach einer bereits getroffenen Systementscheidung ein Wettbewerbspreis für diese Leistungen aufgrund der Quasi-Monopolstellung des Lieferanten nicht mehr erzielt werden kann.

Zu § 11 Abs.5

Der Begriff "umweltgerecht" bedarf - zumindest in den Erläuterungen - im Hinblick auf die Vielschichtigkeit der Auslegungsmöglichkeiten einer generellen Umschreibung (Orientierungshilfe) bzw. eines Hinweises auf bereits bestehende einschlägige Rechtsvorschriften.

Zu § 12 allgemein

Bei der Gestaltung der "sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages" werden Organe der Bundesverwaltung auch die nicht im Widerspruch zum Bundesvergabegesetz stehenden haushaltrechtlichen Vorschriften zu beachten haben (ev. Hinweis in den Erläuterungen); auf den vom ho. Bundesministerium im Zusammenwirken mit der Finanzprokuratur erstellten Mustervertrag für Werkverträge über immaterielle Leistungen (außer Forschungsaufträge), die mit ha. Runderlaß vom 30. April 1982, Zl. 01 3006/1-II/3/82, i.V.m. mit dem ha. Rundschreiben vom 16. August 1988, Zl. 03 0610/4-II/3/88, an die Ressorts versandt wurde, wird Bezug genommen.

Zu § 12 Abs. 2

Problematisch erscheint hier der bedingungslose und zwingend an die Vergabestelle gerichtete Auftrag, nachprüfbare Angaben darüber zu verlangen, daß die Angebote den jeweils einschlägigen, am Ausführungsort geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften Rechnung tragen. In der vorliegenden Fassung ergeben sich Zweifel an der Administrierbarkeit dieser Bestimmung, da einerseits bei einer Vergabestelle, die ein breiteres Branchenspektrum abzudecken hat, eine schier enzyklopädische Kenntnis dieser Materien erforderlich wird und das angesichts der erfahrungsgemäß äußerst umfangreichen arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften, und andererseits die Einhaltung vieler dieser Vorschriften ihrer Natur nach nur mittels eines qualifizierten Prüfungsapparates (wie er etwa beim Arbeitsinspektorat vorliegt) möglich erscheint.

Zu § 12 Abs.3

Unter Z 12 sollte die Aufzählung der Sicherstellungsmittel nicht taxativ erfolgen, sondern Beispielecharakter haben, da auch weitere Sicherstellungsinstrumente (grundbücherliche Sicherstellung, Warenpfand, Bürgschaft usw.) vorstellbar sind.

Zu § 13 Abs. 1

Das Erfordernis, die Ausschreibungen nunmehr grundsätzlich im Amtsblatt zu Wiener Zeitung kundzumachen, erscheint in Zusammenhang mit dem durch dieses Gesetz nicht unwesentlich erhöhten Umfang dieser Ausschreibungen in ein gewisses Spannungsverhältnis zum Grundsatz einer sparsamen Verwaltungsführung zu geraten. Allerdings induziert der Ausdruck "grundsätzlich" Ausnahmeregelungen, die aber nicht festgelegt wurden.

Gemäß der Richtlinie 88/295/EWG muß für bestimmte Beschaffungen eine Bekanntmachung in der TED-Datenbank erfolgen. Die Formulierung im § 13 Abs. 1 stellt lediglich auf die "Zweckmäßigkeit" einer TED-Bekanntmachung ab. Dies trifft nicht vollständig die Anforderungen der genannten EG-Richtlinie.

Zu § 13 Abs. 2 Z 6 lit.a

Diese Bestimmung verwendet den Terminus "Kennwort", ohne seine Bedeutung zu definieren.

Zu § 13 Abs. 3

Der Wortlaut schreibt vor, daß ein Ersatz der Druck- und Vervielfältigungskosten zu verlangen ist. Dies steht nicht nur im Widerspruch zu § 16 Abs. 9, sondern kann auch sehr unwirtschaftlich sein. Bei geringem Umfang der Ausschreibungsunterlagen steht die zulässige Höhe der Vergütung nämlich in keinem sinnvollen Verhältnis zum Aufwand für die Einhebung und Verrechnung der Vergütungsbeträge.

Zu § 14 Abs. 1

Wegen der Formulierung des § 9 (siehe oben) ist die Interpretation dieser Bestimmung problematisch. Es wäre weder sinnvoll noch wirtschaftlich vertretbar, bei einer Berichtigung oder Ergänzung der Ausschreibungsunterlagen (vor allem des Leistungsverzeichnisses) diesen Umstand in der Wiener Zeitung zu verlautbaren. In einem solchen Fall genügt es wohl, die Korrektur nur jenen Interessenten, die bereits Ausschreibungsunterlagen abgeholt haben, zukommen zu lassen (neu hinzukommende Interessenten erhalten dann ohnehin bereits den korrigierten Text).

Zu § 18 Abs. 5

Starre Auslegungsregeln scheinen wenig sinnvoll. Es ist z.B. nicht erfindlich, weshalb auch dann in Buchstaben angegebenen Preisen der Vorzug gegeben werden sollte, wenn die ziffernmäßig angegebenen mit dem gesamten Rechenwerk übereinstimmen

und die abweichende buchstabenmäßige Angabe klar erkennbar auf einen Tipp- oder diesem gleichzuhaltenden Schreibfehler beruht.

Zu § 18 Abs. 5 Z 2

Der zweite Satz dieses Absatzes scheint ein Irrläufer zu sein, denn er gilt vermutlich gleichermaßen für Z 1 bis Z 4 und wäre daher als separate Z 5 anzufügen.

Zu § 19 Abs. 5 Z 1 bis 5

Die im § 19 Abs. 5 Z 1 verwendeten Worte "letztgültige Lastschriftanzeige" sind aus zwei Gründen nicht optimal.

Es gibt keine ungültigen Lastschriftanzeigen, somit auch keine gültigen. Weiters ist das Wort "Lastschriftanzeige" zwar ein z.B. im § 227 Abs. 4 lit.a BAO verwendetes verbum legale, doch ist in der Praxis seit einiger Zeit als Oberbegriff für Mitteilungen über Lastschriften und über Gutschriften die Bezeichnung "Buchungsmitteilung" üblich geworden. Daher wird angeregt, die Worte "letzte Buchungsmitteilung (Lastschriftanzeige)" zu verwenden.

Im übrigen erscheinen diese Bestimmungen aus mehreren Gründen nicht unproblematisch und wirtschaftspolitisch bedenklich. Sollte sich nämlich herausstellen, daß ein Unternehmen Schulden beim Finanzamt oder der Sozialversicherung hat - wobei diese durchaus auch auf Meinungsverschiedenheiten über die Leistungspflicht beruhen können -, dann besteht die Gefahr, daß der Unternehmer aus diesen Gründen von der Auftragsvergabe ausgeschlossen wird. Vielleicht benötigt der Bieter die Auftragerteilung aber gerade zur Begleichung solcher Außenstände besonders dringend.

Zu § 19 Abs. 6 Z 1

Es ist nicht nachvollziehbar, warum von allen möglichen Befähigungsnachweisen ausgerechnet der Studiennachweis so besonders herausgehoben wird, obwohl er gerade bei den wenigsten Handelsgeschäften relevant erscheint. Es wird daher empfohlen, die Worte "Der Studiennachweis und die" durch das Wort "Ein" zu ersetzen.

Zu § 20 Abs. 2

Dieser Absatz ist nicht ganz klar. Nach der einleitenden Formulierung wären Erläuterungen der Ausschreibung auf Verlangen von interessierten Unternehmern nur im Geltungsbereich von Verordnungen gemäß § 2 Abs. 1 zulässig. Das ist weder sinnvoll noch praktisch einhaltbar. Bei komplexeren Ausschreibungen lässt sich trotz größter Sorgfalt nicht vermeiden, daß Unklarheiten bestehen bleiben, die der Erläuterung - meistens gegenüber allen Interessenten - bedürfen. Das ist absolut unabhängig davon, ob verordnungsmäßige Regelungen über dieses Gesetz hinaus bestehen oder nicht.

Des weiteren scheint es nicht sinnvoll und wirtschaftlich nicht vertretbar, derartige Erläuterungen, die sich in der Regel auf sehr spezielle Punkte der Ausschreibungsunterlagen beziehen, in der Wiener Zeitung usw. verlautbaren zu müssen. In allen diesen Fällen wird es genügen, jene Unternehmer, die die Ausschreibungsunterlagen behoben haben, zu verständigen, und neu hinzukommenden Interessenten diese Erläuterungen gleich mit den Ausschreibungsunterlagen zuzusenden (siehe auch die Bemerkungen zu § 14 Abs. 1).

Zu § 21 Abs. 1 und 2

Diese Bestimmung legt in dankenswerter Weise fest, daß der Modus der Bestbieterermittlung in der Ausschreibung zu veröffentlichen ist. Aus der bisherigen Erfahrung erschien es jedoch zweckmäßig, zur Klarstellung der Rechtslage die Ergänzung anzu bringen, daß in jenen Fällen, in denen derartige Gesichtspunkte in der Ausschreibung nicht angegeben sind bzw. soweit sie nicht angegeben sind, der Preis das maßgebende Kriterium zu sein hat. Das würde nicht nur mit dem GATT-Übereinkommen harmonieren, sondern wäre darüber hinaus von durchaus erzieherischer Wirkung zur Erlangung vernünftiger Ausschreibungsunterlagen. Das ließe sich auch bzw. zusätzlich im Abs. 2 bewirken, wenn an den letzten Satz der Nachsatz angefügt wird "...oder wenn in der Ausschreibung die für die Beurteilung maßgeblichen Kriterien nicht oder unzureichend angegeben wurden."

Bei der demonstrativen Aufzählung der in der Ausschreibung anzugebenden Gesichtspunkte im Absatz 1 könnten auch jene angeführt werden, die für die Umweltrelevanz von Bedeutung sind.

Zu § 21 Abs. 4

Diese Bestimmung gibt zu einer Reihe von Unklarheiten Anlaß. Sollte sie sich auf die Untergliederung der Gesamtleistung in Teilleistungen beziehen, dann wäre sie in vielen Fällen zum Schaden des Auftraggebers. Außerdem steht sie im Widerspruch zu § 10 (siehe obige Stellungnahme zu § 8 Abs. 1).

Sollte sie sich jedoch (auch) auf die Menge beziehen, dann sollte zumindest klargestellt werden, daß sie sich nicht auf Fälle gemäß § 11 Abs. 7 Z 2 bezieht, wenn eine kleinere als die ausgeschriebene Maximalmenge zugeschlagen wird.

Schließlich widerspricht diese Bestimmung in der vorliegenden Formulierung dem Grundgedanken des § 24 Abs. 4 und des § 26 Abs. 7. Sie verbietet nämlich, die Leistung bei gleichwertigen Angeboten - insbesondere bei vertretbaren Gütern - auf zwei oder mehr Bestbieter aufzuteilen, was schon aus Gründen der Risikominimierung wünschenswert sein kann.

Zu § 21 Abs.8

Im Abs.8 i.V. mit § 33 Abs.7 sollte formell nach dem Wort "Vergabekontrollkommission" in einem Klammerausdruck auf den 8. Abschnitt (§§ 29 ff.) hingewiesen werden.

Inhaltlich erscheint die zwingende Einholung eines Gutachtens der Vergabekontrollkommission in Anbetracht der damit verbundenen zeitlichen Verzögerung (gem. § 33 Abs.7 ist eine 3-monatige Äußerungsfrist vorgesehen!) problematisch; die Aufnahme einer entsprechend determinierten "Gefahr im Verzug" - Regelung wäre daher überlegenswert.

Auf die Stellungnahme zu § 29 wird hingewiesen.

§ 33 Abs.7 sieht darüber hinaus auch die Möglichkeit vor, daß kein Gutachten erstellt wird. Die dafür maßgeblichen Gründe wären allerdings noch anzuführen. Um unnötige Verzögerungen zu vermeiden, sollte jedenfalls noch vor Ablauf der Frist eine entsprechende Erklärung zu erfolgen haben.

Zu § 21 Abs. 8 i.V.m. §§ 22 ff.

Die Einrichtung der Vergabekontrollkommission wirft im Zusammenhang mit dieser Bestimmung eine ganze Reihe von ungelösten Problemen auf. Das soll am Beispiel einer umfangreichen Ausschreibung von EDV-Hardware erläutert werden.

Die Ausschreibungsunterlagen können in einem solchen Fall einen Umfang von mehr als 100 Seiten erreichen. Die Angebote füllen Aktenordner. Allen Ausschreibungsbedingungen und -unterlagen zum Trotz sind die Gesamtkosten einschließlich Betrieb und Wartung erst nach wochenlanger Rechenarbeit feststellbar, weil die Berechnungsgrundlagen vor allem bei den Dienstleistungen stark divergieren.

An der Evaluierung der Angebote und den praktischen Eignungstests sind viele spezialisierte Fachleute beteiligt, weil heute ein einzelner Mensch keinesfalls mehr alle Teilaufgaben dieser Technik beherrschen kann.

Es kann daher kein Zweifel daran bestehen, daß ein dreiköpfiger Senat bei einer derartigen Angebotsmenge sowohl qualitativ als auch quantitativ hoffnungslos überfordert ist.

Zusätzlich zählt, daß derartige Ausschreibungs- und Zuschlagsverfahren immer unter höchstem Termindruck stehen, weil die Ausrüstung meistens zur Vollziehung bestimmter Gesetze unabdingbar benötigt wird und die erforderliche Vorbereitungszeit im Gesetz in der Regel viel zu kurz bemessen wird.

Werden die Ausschreibungsunterlagen der Kontrollkommission nun sofort nach der Angebotseröffnung übermittelt, dann besitzt letztere nicht einmal vergleichbare Preise. Schon gar nicht weiß sie, was sich bei den Praxistests als brauchbar bzw. als unbrauchbar herausstellt.

Werden die Unterlagen der Kontrollkommission aber erst nach der internen Entscheidungsfindung mit allen einschlägigen Ergebnissen übermittelt, was nicht vor Ablauf von drei bis vier Monaten möglich ist, dann kann die Kommission erst zu diesem Zeitpunkt mit ihrer Tätigkeit beginnen. Angesichts des durch die Bewertungen und Testergebnisse noch gewachsenen Umfanges der Unterlagen ist nicht damit zu rechnen, daß die Kommission vor Ablauf der ihr zugestandenen drei Monate zu einem Ergebnis kommt.

Eine Zuschlagsfrist von insgesamt sechs bis sieben Monaten ist jedoch nicht mehr tolerierbar. Erstens wird dann in den meisten Fällen ein Gesetz nicht ab dem in ihm vorgesehenen Termin vollziehbar sein - was ein neuerliches Tätigwerden des Nationalrates erfordert -, und zweitens wäre es bei dieser überaus schnellebigen Materie keineswegs das erste Mal, daß die angebotenen Geräte ein halbes Jahr später längst durch Nachfolgemodelle abgelöst und gar nicht mehr lieferbar sind, sodaß die ganze Ausschreibung (mit dem gleichen vorhersehbaren Ergebnis) wiederholt werden müßte.

Unter diesen Auspizien ist nicht erkennbar, wie die ganze Angelegenheit administrierbar sein soll.

Es wird daher angeregt, für EDV-Beschaffungen entweder ein eigenes Verfahren zu überlegen oder die Zuständigkeit der Kommission allenfalls auszuschließen.

Zu § 25 Z 6

In der vorliegenden Formulierung führt diese Bestimmung das ganze Gesetz ad absurdum. Bei komplexen technischen Ausschreibungen lässt sich insbesondere in Verbindung mit § 9 Abs. 3 immer ein kaum widerlegbarer Grund finden, warum eine eindeutige Leistungsbeschreibung angeblich nicht möglich ist. Andererseits bietet sie eine bequeme Methode, dem gesamten dargestellten Problemkomplex einfach auszuweichen.

Zu § 25 Z 6 i.V.m. § 3 Z 7 letzter Satz, § 9 Abs. 3, § 26 Abs. 3, § 27 und § 28

Bei komplexen technischen Ausschreibungen wie z.B. EDV-Hardware kommt es immer wieder vor, daß gewisse Teilauspekte - aus welchen Gründen auch immer - nicht erschöpfend und eindeutig beschrieben werden können, auch nicht durch Fachleute. In solchen Fällen ist die gedachte öffentliche Erkundung des Bewerberkreises kein zielführender Ausweg. Denn die in Betracht kommenden Interessenten sind in einem solchen Fall hinlänglich bekannt. Auch die Zielvorstellung ist konkret formulierbar, nur die Leistungsbeschreibung nicht in einer § 9 Abs. 3 genügenden Tiefe.

In solchen Fällen wäre ein zweistufiges Verfahren gemäß § 28 nicht nur die bessere, sondern die einzige sinnvolle Lösung des Problems überhaupt. Es ist daher nicht zweckmäßig, das zweistufige Verfahren auf immaterielle Leistungen zu beschränken. Nicht nur das vorgenannte Beispiel (EDV-Hardware) stellt zweifellos eine materielle Leistung dar. In vergleichbaren Situationen finden sich alle Ausschreibungen von hochtechnisierten materiellen Leistungen.

Es wird daher angeregt, die Einschränkung auf immaterielle Leistungen beim zweistufigen Verfahren fallen zu lassen und dieses Verfahren als alternative Lösung für § 25 Z 6 zuzulassen. Außerdem erscheint die lediglich an eine Wertgrenze gebundene zwangsläufige Einholung eines Gutachtens mit den Grundsätzen einer sparsamen Verwaltungsführung schwer zu vereinen zu sein.

Zu den §§ 29 ff allgem.

Gemäß § 31 Abs.1 sollen die Mitglieder dieser Kommission in Ausübung ihres Amtes unabhängig und an keine Weisungen gebunden sein. Im Hinblick auf die gutachterliche Tätigkeit der Kommission ist diese Weisungsfreiheit zu begrüßen. Inwieweit allerdings die einfachgesetzliche Statuierung dieser Weisungsfreiheit verfassungskonform ist, sollte nochmals überprüft werden. Folgt man der Argumentation in den Erläuterungen dazu, wonach sich die Weisungsfreiheit bei einer gutächtlichen Tätigkeit bereits unmittelbar aus der Verfassung ergibt, so könnte konsequenterweise die Bestimmung in § 31 überhaupt entfallen. Ein so genereller, direkt aus der Verfassung ableitbarer Grundsatz hätte dann allerdings auch für andere Kommissionen, deren Tätigkeit gutächtlichen Charakter hat, entsprechende Konsequenzen.

Von der Konzeption her soll diese Kommission offenbar vor allem für die vergebende Stelle beratende Funktion haben. Im Hinblick auf diese Gutachterfunktion erscheint es jedoch inkonsistent, die Tätigkeit der Kommission gerade für wirtschaftlich bedeutende Vergabeverfahren auszuschließen. Es sollte daher überlegt werden, ob sich der Auftraggeber nicht auch bei jenen Beschaffungsvorgängen, die einer nachprüfenden Kontrolle unterliegen sollen, zur Klärung von Zweifelsfragen im Vergabeverfahren dieses Gremiums bedienen können soll.

Die in § 21 Abs.8 vorgesehene Verpflichtung des zur Zuschlagserteilung berechtigten obersten Organes des Rechtsträgers, für Aufträge von über 200 Mio.S ein Gutachten bei der Kommission einzuholen, ist sowohl aus rechtlichen als auch aus wirtschaftlichen Überlegungen abzulehnen. Zum einen ist durch diese Bestimmung in der Regel der Minister selbst zur Auftragsvergabe berufen. Da dieser als oberstes Organ nicht an die Kommissionsentscheidung gebunden ist und darüber hinaus das Kommissionsgutachten keinerlei Bindungswirkungen entfalten soll, ist der Minister auch nach dem Befund der Kommission rechtlich weiterhin in seiner Entscheidung frei. Das Argument eines Beweismittels vor Gericht geht deshalb vermutlich ins Leere, weil das Gericht im Beweisverfahren gerade die Frage der schulhaften Verletzung von Vergabevorschriften zu klären hat und aus dem Grundsatz der Trennung von Verwaltung und Justiz in jeder Instanz nicht an die Entscheidung der Kommission gebunden ist. Darüber hinaus würde diese verpflichtende Inanspruchnahme der Kommission, die innerhalb von 3 Monaten zu entscheiden hat, zu einer wesentlichen Verzögerung der Vergabeverfahren und damit zu entsprechend langen Zuschlagsfristen führen, die allerdings die Unternehmen als kalkulatorisches Risiko in Form höherer Preise zu berücksichtigen hätten. Die Beschaffungen würden sich daher mit den langen Zuschlagsfristen nicht unerheblich verteuern.

Zu § 29 Abs.2 i.V. mit § 33

Eine Festsetzung der Höchstanzahl der Mitglieder erscheint nicht nur im Hinblick auf Art. 18 Abs.1 Bundes-Verfassungsgesetz notwendig, sondern auch im Hinblick auf die finanziellen Auswirkungen, die mit einem allfälligen Aufwandersatz für diese Mitglieder verbunden sind. Auch würde die in Abs. 3 vorgesehene "1/5-Regelung" ohne Bezug auf eine bestimmte Zahl ohne Determinierung sein.

Zu § 31 Abs.1

Die Begründung der Entbehrlichkeit, diese Bestimmung als Verfassungsbestimmung zu beschließen (Seite 36 der Erläuterungen), erscheint wenig überzeugend: Abgesehen davon, daß die Gewinnung des Leitsatzes, wonach eine Weisungsbindung mit dem Wesen einer gutächtlichen Tätigkeit unvereinbar sei, aus dem zitierten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 11. März 1992, Zl. B 228/64, nicht nachzuvollziehen ist, erscheint es sehr gewagt, eine solche Ausnahme aus der Ministerverantwortlichkeit lediglich auf Judikatur zu stützen, zumal angesichts der - gerade auch in der Finanzverwaltung - äußerst weitreichenden Konsequenzen des postulierten Prinzips [(a priori weisungsfrei wären demgemäß nicht nur die gutächtlich tätigen Revisionseinrichtungen, sondern auch alle (ja ebenfalls gutächtlich tätigen) Betriebsprüfer)] mit einer früher oder später erfolgenden Abkehr von dieser Rechtsprechung ernsthaft gerechnet werden müßte (siehe auch die Ausführungen zu den §§ 29 ff allgem.).

Zu § 33

Es sollte eine Regelung im Gesetzestext selbst (und nicht etwa in der Geschäftsordnung) vorgesehen werden, daß die Mitglieder der Kommission ihre Tätigkeit ehrenamtlich ausüben und lediglich Anspruch auf Aufwandersatz haben.

Überdies müßte noch bestimmt werden, wer die erste (konstituierende) Sitzung der Kommission einzuberufen hat.

In der letzten Zeile des Abs. 4 wäre das Wort "auszuführen" zu ersetzen durch die Worte "ausgeführt und dem Vorsitzenden des Senates zugeleitet haben".

Im Abs. 8 sollte die Geschäftsordnung der Zustimmung der Bundesregierung bedürfen.

Zu § 34 erster Satz

Gegen den geplanten § 34 erster Satz (Auskunftspflicht) bestehen erhebliche Bedenken. Nach dieser Bestimmung haben die im § 1 Abs. 1 des Entwurfes genannten Rechtsträger (also z.B. der Bund) der Kommission alle für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hiefür erforderlichen Unterlagen vorzulegen.

Diese Bestimmung unterscheidet beim Bund nicht zwischen seinen beiden Bereichen (Hoheitsverwaltung und Privatwirtschaftsverwaltung). Da für Zwecke der Privatwirtschaftsverwaltung eine Amtshilfe seitens der Hoheitsverwaltung grundsätzlich nicht in Betracht kommt und der § 34 des vorliegenden Entwurfes seine verfassungsrechtliche Grundlage, soweit die Hoheitsverwaltung angesprochen wird, letztlich nur im Art. 22 B-VG haben kann, bedarf es schon ganz bestimmter sachlich gerechtfertigter Gründe für eine gesetzliche Regelung, die etwa dem Bund als Träger von Privatrechten besondere Rechte einräumt. Solcher besonderer Gründe bedarf es insbesondere, wenn gegebenenfalls von den Abgabenbehörden des Bundes Auskünfte über Steuerpflichtige oder aus Steuerakten begehrt werden sollten. Diesbezüglich sind dem Besonderen Teil der Erläuterungen zu § 34 des vorliegenden Entwurfes leider keine Aussagen zu entnehmen.

Dies ist für die Abgabenbehörden des Bundes deshalb von besonderer Bedeutung, weil ihnen bestimmte Verschwiegenheitspflichten auferlegt sind (z.B. Amtsverschwiegenheit gemäß Art. 20 Abs. 3 B-VG, abgabenrechtliche Geheimhaltungspflicht gemäß § 48a Bundesabgabenordnung, Verschwiegenheitspflicht nach dem DSG).

Es wird daher vorgeschlagen:

- entweder im § 34 erster Satz die Auskunftspflicht auf die im § 1 Abs. 1 genannten Rechtsträger in ihrer Eigenschaft als Träger von Privatrechten zu beschränken
- oder dem ersten Satz dieses § 34 folgende Worte anzufügen: "..., sofern dem nicht gesetzliche Verschwiegenheitspflichten entgegenstehen". Letzterenfalls stellt sich dann allerdings für den zweiten Satz des § 34 die Frage, ob allfällige gesetzliche Verschwiegenheitspflichten auch für die an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmer gelten sollen, was nicht nur unzweckmäßig, sondern der Sachverhaltsermittlung sicherlich auch nicht förderlich wäre, oder ob sich diese auf gesetzliche Verschwiegenheitspflichten nicht berufen können sollen.

Zu § 35

Diese Bestimmung bedarf insbesondere im Hinblick darauf, daß die Kommissionsmitglieder ihre Tätigkeit ehrenamtlich ausüben sollen (siehe die obigen Ausführungen zu § 33), einer nochmaligen Überprüfung.

Zu den §§ 37 ff allgem.

Die hier getroffenen Regelungen erscheinen allgemein betrachtet unsystematisch und teilweise lückenhaft.

Der Begriff Streitschlichtung sollte zunächst grundsätzlich umschrieben werden und darauf aufbauend die Einrichtung und Tätigkeit der Schlichtungsstellen näher geregelt werden. Weiters wäre eine ausgewogene Abstimmung der Schlichtungsvorgänge und des Nachprüfungsverfahrens herbeizuführen, in deren Rahmen systematisch die Voraussetzungen und die Vorgangsweise geregelt werden müßte.

Fragwürdig erscheint auch die Betrauung einer Schlichtungsstelle nur nach Maßgabe der Anzahl von Nachprüfungsverfahren. Diese Stelle sollte grundsätzlich jederzeit zur Verfügung stehen bzw. gestellt werden.

Zu § 37

Die Einschränkung - so zweckmäßig sie auch scheinen mag - entspricht nicht der Grundvorstellung einer "rechtsstaatlichen Maßstäben gerecht werdenden Regelung". Es bleibt jedoch der weiteren Entwicklung überlassen, ob dieser Mangel durch die Interessentenvertretungen der Betroffenen oder im Hinblick auf das Gebot der Gleichbehandlung gleicher Sachverhalte noch relevant wird.

Zu § 38

Der Wortlaut dieses Paragraphen läßt nicht erkennen, wer aus welchen Gründen und unter welchen Voraussetzungen welche örtlich zuständige Schlichtungsstelle anrufen kann. Eine Klarstellung analog § 39 wäre zweckmäßig.

Inwiefern durch Bundesgesetz die Länder zur Einrichtung einer Schlichtungsstelle verpflichtet werden können, erscheint im Hinblick darauf, daß gemäß Art.12 Abs.1 Z 2 öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten Bundesangelegenheit lediglich in der Grundsatzgesetzgebung sind, nochmals überprüfenswert.

Aus den diesbezüglichen Erläuterungen ist überdies nicht zu entnehmen, aus welchem Grunde die Einrichtung der "Schlichtungsstellen" (ad hoc oder auf Dauer?) allein den Landeshauptmännern vorbehalten sein soll und in welcher Funktion diese hiebei tätig werden sollten (mittelbare Bundesverwaltung?).

Wenn mehrere Organwalter mit dieser Funktion betraut werden, bedürfte es wohl auch der Erlassung einer Geschäftsordnung; ein diesbezüglicher Hinweis fehlt jedoch im Entwurfstext.

Zu den §§ 40 ff.

Zur Übertragung der Nachprüfung von Entscheidungen des Auftraggebers im Vergabeverfahren an die unabhängigen Verwaltungssenate ist festzuhalten, daß diese Senate gemäß Art.129a Bundes-Verwaltungsgesetz zur Nachprüfung von Bescheiden und verfahrensfreien Verwaltungsakten eingerichtet wurden und damit nicht in 1. Instanz tätig werden können. Es ist daher fraglich, inwiefern diese Senate zur Entscheidung in einem erstinstanzlichen bzw. instanzenlosen Verfahren herangezogen werden können. Aus der Konzeption und dem bisherigen Aufgabenbereich der unabhängigen Verwaltungssenate stellt sich ferner die Frage nach der geeigneten fachlichen Qualifikation zur Entscheidung über vergaberechtliche Fragen.

Gemäß Art.129 sind die unabhängigen Verwaltungssenate zur Sicherung der Gesetzmäßigkeit der gesamten öffentlichen Verwaltung berufen. Gemäß herrschender Auffassung wird der Begriff der "gesamten öffentlichen Verwaltung" als der Bereich der Hoheitsakte verstanden. Nunmehr allerdings soll den unabhängigen Verwaltungssenaten die Nachprüfung privatrechtlicher Akte übertragen werden.

Darüber hinaus erscheint auch überprüfenswert, inwieweit aus der Tätigkeit der unabhängigen Verwaltungssenate nicht eine verfassungswidrige Überlappung mit der Gerichtszuständigkeit in einem allfällig anschließenden Schadenersatzverfahren entsteht, da die unabhängigen Verwaltungssenate das Vergabeverfahren bis zur Zuschlagserteilung auf seine Rechtmäßigkeit überprüfen können, das Gericht allerdings im Beweisverfahren zu einem Schadenersatzprozeß gemäß § 48 Abs.1 des Entwurfes gerade die Frage, ob eine Verletzung des Bundesvergabegesetzes vorliegt, als Voraussetzung für den Schadenersatzanspruch ebenfalls zu klären hat. Damit jedoch könnte eine Konkurrenz zum Verwaltungsverfahren vor den unabhängigen Verwaltungssenaten entstehen und damit das Recht auf den gesetzlichen Richter und der Grundsatz, daß nicht sowohl Verwaltung als auch Justiz zur Entscheidung über ein und dieselbe Rechtsfrage berufen sein können, verletzt werden.

Zur Gestaltung des Instruments der einstweiligen Verfügung im vorliegenden Entwurf ist zu bemerken, daß dieses, obwohl der Terminus aus dem zivilgerichtlichen Verfahren verwendet wird, mit der einstweiligen Verfügung im Gerichtsverfahren nicht identisch ist, da gegen die einstweilige Verfügung im Gerichtsverfahren sehr wohl - nicht aufschiebende - Rechtsmittel zulässig sind.

Zu § 41

Diese Bestimmung mag EWR- bzw. EG-konform sein, aber ihr Sinn ist nicht erkennbar. Aus Abs. 5 geht implizit hervor, daß eine solche Nachprüfung nur während des laufenden Vergabeverfahrens stattfinden kann. Es ist jedoch völlig unklar, welche "Entscheidungen des Auftraggebers" gemeint sein sollen. Die einzigen "Entscheidungen" des Auftraggebers, die den Interessenten während des Zuschlagsverfahrens rechtens zur Kenntnis gelangen können, sind der Ausschreibungstext, die Ausschreibungsunterlagen und allfällige Berichtigungen und Erläuterungen dazu. Alle übrigen Entscheidungen können den Bietern - von verbotenen Indiskretionen abgesehen - erst im Zuge der Zuschlagserteilung bekannt werden. Auch bei einem nicht offenen Verfahren können übergangene Unternehmen bei Einhaltung des Geheimhaltungsgebotes der ÖNORM A 2050 erst durch die Zuschlagserteilung von diesem Verfahren Kenntnis erlangen. Eine Klarstellung erschien zweckmäßig.

Zu § 42 Abs.2

Anstelle "unwiederbringlicher" Schäden sollte es lediglich "drohenden Schadens" lauten, da ein "unwiederbringlicher" Schaden erst zu definieren wäre.

Zu § 43 Abs. 2

Die Formulierung "diskriminierende Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale" erscheint bedenklich. Man könnte sie dahingehend interpretieren, daß bestimmte höherwertige Leistungen dann nicht verlangt werden dürfen, wenn sie bestimmte ausländische Unternehmer nicht erbringen können. Die erforderliche Qualität einer Leistung richtet sich jedoch nach technischen, organisatorischen und zum Teil sogar gesetzlichen Gegebenheiten und nicht nach der (nicht vorhandenen) Leistungsfähigkeit einzelner Unternehmer, gleichgültig ob aus dem In- oder dem Ausland. Vor allem bei technischen Leistungen ist diese Qualität oft untrennbar mit der Betriebssicherheit, aber auch mit der Sicherheit von Gesundheit und Leben verbunden. Solche Dinge sind natürlich belegbar. Aber Nachprüfungsverfahren kosten Zeit und Geld. Es sollte daher getrachtet werden, Formulierungen zu vermeiden, die derartige Verfahren provozieren könnten und die Auftraggeber verunsichern müssen.

Zu § 45

Angesichts der im Vergabewesen vorkommenden großen Unterschiede in der finanziellen Gewichtung der einzelnen Projekte scheint nur ein in Prozenten bemessener Höchstbetrag einer zu verhängenden Mutwillensstrafe wirklich adäquat, abgesehen davon, daß ein solcher Höchstbetrag wesentlich seltener den geänderten wirtschaftlichen Bedingungen angepaßt werden muß.

Zu § 46

Auf die Ausführungen zu § 2 wird hingewiesen.

Zu § 48

Abs. 1 normiert einen Anspruch des übergangenen Bieters auf Ersatz der Kosten der Angebotsstellung. Gemäß der Generalklausel in Abs. 5 bleiben allerdings Ersatzansprüche nach anderen Rechtsvorschriften unberührt. Es wäre zu prüfen, inwieweit dadurch nicht auch ein Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns gemäß § 1331 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch möglich erscheint und daher die in Abs. 5 normierte Generalklausel diese Möglichkeit zur Vermeidung von daraus allfällig erwachsenden erheblichen finanziellen Belastungen des Bundes vorsorglich ausschließen sollte.

Die Bestimmung des Absatzes 3 erscheint rechtspolitisch problematisch, da auf diese Weise die Zielsetzungen des gegenständlichen Entwurfes unterlaufen werden könnten. Es wird daher eine nochmalige Überprüfung dieser Regelung empfohlen.

Zu den Erläuterungen**A . Allgemeiner Teil****Zu Pkt. 1.1**

Daß ein individueller Rechtsschutz überhaupt nicht bestünde, ist in dieser absoluten Form nicht zutreffend. In diesem Zusammenhang wird auf eine rechtsschutzfreundliche Judikatur in Schadenersatzfragen im Beschaffungswesen in jüngster Zeit hingewiesen; dies setzt die Möglichkeit einer Beschwerde und Geltendmachung von vermeintlichen Ansprüchen voraus.

B. Besonderer Teil**Zu § 18**

Im 2. Absatz wird vom Ziel des Gesetzesentwurfes gesprochen, gemeint ist wohl das Ziel der gesetzlichen Regelung.

Im übrigen ist aufgefallen, daß eine Erläuterung zu § 35 gänzlich fehlt. Die Darstellung des gesamten Aufwandes der Kommission erscheint jedoch im Sinne der einschlägigen haushaltrechtlichen Bestimmungen unerlässlich.

25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme wurden dem Präsidium des Nationalrates zugeleitet.

30. September 1992

Für den Bundesminister:

Dr. Binder

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

