

BUNDESMINISTERIUM FÜR WISSENSCHAFT UND FORSCHUNG

B M
W FMINORITENPLATZ 5
A-1014 WIENTELEFON
(0222) 53120-0

DVR 0000175

GZ 5432/28-7/92

Präsidium des
Nationalrates
Parlament
1017 Wien

ENTWURF GESETZENTWURF	
Zl.	82-GE/1992
Datum:	28. SEP. 1992
Verfollt:	29.9.92

Dr. Schwanger

BA;
Entwurf eines Bundesgesetzes über die
Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabe-
gesetz);
Stellungnahme des BMWF

In der Anlage wird in 25 Ausfertigungen die Stellungnahme des
Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung zum Entwurf
eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesver-
gabegesetz) übermittelt.

ANLAGE

Wien, 15. September 1992

Für den Bundesminister:

Dr. FRÜHAUF

F.d.R.d.A.:

BUNDESMINISTERIUM FÜR WISSENSCHAFT UND FORSCHUNG

B M
W FMINORITENPLATZ 5
A-1014 WIENTELEFON
(0222) 53120-0

DVR 0000175

GZ 5432/28-7/92

Bundeskanzleramt
Ballhausplatz 2
1014 Wien

Entwurf eines Bundesgesetzes über die
Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabe-
gesetz);
Stellungnahme

Das Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung beehrt sich zu dem mit do. GZ 600.883/1-V/8/92 ausgesendeten Entwurf eines Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz) wie folgt Stellung zu nehmen:

I. ALLGEMEINES

1. Wie auch den Erläuterungen und dem Vorblatt zu entnehmen ist, sind für den vorliegenden Gesetzentwurf zwei Ansatzpunkte maßgebend. Einmal das EWR-Abkommen, das Österreich zur Umsetzung der vergaberechtlichen EWR-Regelungen durch nach außen bindende generelle Rechtsvorschriften verpflichtet. Zum Zweiten der Umstand, daß das öffentliche (Auftrags-) Vergabewesen derzeit durch eine Reihe von rechtsstaatlichen Mängel gekennzeichnet sei. Hiezu wäre zunächst einmal festzustellen, daß der gegenständliche Gesetzentwurf in seinem Regelungsgehalt zweifellos über das hinausgeht, was durch EWR-Regelungen geboten ist. Zum anderen aber auch die nicht zu übersehende Tatsache, daß -

- 2 -

so wünschenswert "die Verwirklichung rechtsstaatlicher Grundsätze auch im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe" ist - jede derartige gesetzliche Regelung(en) und im besonderen die des gegenständlichen Entwurfes für die Vollziehung, d.h. für die(eine) wirtschaftsorientierte Verwaltung mit der Forderung nach Effizienzkriterien in vielfacher Hinsicht zusätzlichen bürokratischen Aufwand und unübersehbare administrative Belastungen bedeuten. Dies steht aber eindeutig im Gegensatz zu allen Vorstellungen und Bemühungen um eine Verbesserung der Effizienz der Verwaltung, modernen Verwaltungs- und Managementmethoden auch in der öffentlichen Verwaltung, einer nach den Grundsätzen der Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit zu verbessernden leistungsfähigen Verwaltung, sowie auch der ständigen Forderung nach "Deregulation".

Die Notwendigkeit der vergaberechtlichen EWR-Regelungen durch nach außen bindende generelle Rechtsvorschriften ist unbestritten; sie sollten jedoch darauf beschränkt bleiben. Weiters sollten aber auch Überlegungen angestellt werden, welche auf eine Vereinfachung der Regelung des Ausschreibungsverfahrens hinauslaufen, die dem Auftraggeber mehr Rechte bei der Auftragsvergabe einräumt, Kosten am Personalsektor vermindert und gleichzeitig die Kontrolle durch ordentliche Gerichte (Straf- und Zivilgerichtsbarkeit) sichert. Die Schaffung von neuen Verwaltungsbehörden als Kontrollinstanzen ist kein wirklich wirksames rechtliches Mittel, um Mißbrauch zu verhindern.

Schließlich ist noch grundsätzlich auf die Kostenfrage eines derartigen Gesetzesvorschlages einzugehen. In den Erläuterungen wird zur Kostenfrage lediglich wie folgt - aus ho. Sicht unbefriedigend - Stellung genommen: "Eine genaue Abschätzung der mit dem vorliegenden Vergabegesetz-

- 3 -

entwurf verbundenen Einsparungen (Anmerkung: Welche sollten dies sein?) und Kosten ist im gegenwärtigen Stadium der Gesetzesvorbereitung noch nicht möglich". Tatsache ist, daß dem vorliegenden Gesetzentwurf - im Gegensatz zu den immer wieder erhobenen Forderungen und Absichtserklärungen - keinerlei Kostenangaben oder auch Aufwands-Nutzen-Vergleiche angeschlossen sind. Tatsache ist, daß ein derartiges Vergabegesetz zweifellos einen höheren Verwaltungsaufwand induziert, der letztlich wieder nur in erhöhten Kosten des Verwaltungsaufwandes zum Ausdruck kommen kann. Auf die Kosten der Vollziehung eines derartigen Bundesvergabegesetzes wird im folgenden noch im einzelnen eingegangen.

Tatsache ist, daß die Durchführung der ÖNORM A2050 derzeit schon personalintensive Verwaltungsabläufe erfordert. Durch weitere Auflagen und Einrichtung zusätzlicher Kontrollinstanzen ist sicherlich ein Verwaltungsmehraufwand erforderlich, der im letzten zu Rückwirkungen auf den Personalstand (Wunsch bzw. Notwendigkeit nach zusätzlichem Personal) führen wird.

2. Weiters ist zum Gesetzentwurf bzw. zu der ho. Stellungnahme noch anzumerken:
 - 2.1 Die nachstehenden Äußerungen beschränken sich im wesentlichen auf Punkte, die aus einer anwendungsorientierten Perspektive von Belang erscheinen und lassen verfassungs- (insb. kompetenzrechtliche), rechtssetzungstechnische (insb. Regelungsinhalte aufgrund von Verordnungen im Sinne des § 2) sowie allgemeine rechtspolitische Gesichtspunkte im Zusammenhang mit der Schaffung vom "Sonderzivilrecht" weitestgehend außer Betracht.

- 4 -

- 2.2 Die in dem gegenständlichen Gesetzestext eingearbeiteten Teile des Entwurfes der ÖNORM A 2050 (neu) entsprechen in einer Reihe von Fällen nicht der Letztfassung dieses Entwurfes (z.B. Behandlung von Rechenfehlern in Angeboten, Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens gemäß § 25 Z 3 etc.).

Die notwendige Ergänzung der nicht übernommenen Regelungsbereiche bzw. die noch fehlenden und zweckmäßigerweise bundeseinheitlich zu regelnden Durchführungsbestimmungen (z.B. Wertgrenzen für die einzelnen Vergabeverfahren, Höhe von Haft- bzw. Deckungsrücklässen, Vertragsstrafen u.ä.) können nach ho. Auffassung daher nur in Form von Verordnungen der Bundesregierung zum Bundesvergabegesetz erfolgen, da eine (teilweise) Übernahme der ÖNORM A 2050 gemäß § 2 (3) des Gesetzentwurfes infolge der zahlreichen inhaltlichen und sprachlichen Abweichungen zu schwerwiegenden Schwierigkeiten in der praktischen Anwendung führen würde.

- 2.3 Es darf darauf hingewiesen werden, daß bisher das GATT-Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen nur für jene Beschaffungen über dem Schwellwert (1992: öS 2,047.006,--) Gültigkeit hatte, die von den in der Anlage zum GATT-Übereinkommen angeführten Beschaffungsstellen erfolgten. Im ho. Ressortbereich waren dies bisher lediglich die BVFA sowie Beschaffungen der Zentralstelle. In Hinkunft werden die verwaltungsaufwendigen Regelungen des Vergabegesetzes (z.B. Veröffentlichung des Ausschreibungstextes in englischer und deutscher Sprache, Aufnahme der Ausschreibungen in die TED-Datenbank, Veröffentlichung des Zuschlages im offenen Verfahren etc.) für alle Beschaffungen über den Schwellenwerten gelten.

- 5 -

II. ZU DEN BESTIMMUNGEN IM EINZELNEN

1. Zu § 1 Abs. 1:

Ausgehend vom skizzierten Entwurfstext würde der Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes einerseits die Vergabe von Forschungsaufträgen durch das Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung und auch durch andere Bundesministerien umfassen.

Andererseits wäre zumindest klärungsbedürftig, inwieweit etwa die Akademie der Wissenschaften oder die Universitäten sowie wissenschaftliche Einrichtungen im Sinne des FOG im Rahmen ihrer Teilrechtsfähigkeit unter die oben zweit erwähnte Kategorie von Rechtsträgern, auf die das Bundesvergabegesetz anwendbar sein soll, fallen.

Im Gegensatz zur Feststellung unter Pkt. 1.1. des Allgemeinen Teiles der Erläuterungen bestehen für den Bereich der Vergabe von Forschungsaufträgen sehr wohl bundesgesetzliche Regelungen, nämlich in den §§ 12 u. 13 FOG 1981, BGBl.Nr. 341, i.d.g.F. Einzelheiten regeln die gemäß § 13 Abs. 4 erlassenen Richtlinien der Bundesregierung (veröffentlicht im Amtsblatt zur Wiener Zeitung vom 18. Mai 1982, Nr. 114).

Im EWR-Vertrag ist das öffentliche Auftragswesen im Art. 65, der auf den Anhang XVI verweist, geregelt. Im Anhang XVI werden bezug habende EG-Richtlinien angeführt, etwa jene zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge, jene zur Koordinierung der Verfahren zur

- 6 -

Vergabe öffentlicher Bauaufträge, jene zur Koordinierung der Verfahren der Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, jene betreffend die Auftragsvergabe im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie die Verordnung (EWG, EURATUN, 371 R 1182).

Nach Rücksprache mit dem Völkerrechtsbüro des Bundesministeriums für Auswärtige Angelegenheiten ergibt eine erste EWR-rechtliche Grobprüfung, daß die im Rahmen des EWR zu übernehmenden EG-Vorschriften über das öffentliche Vergabewesen den Bereich der Vergabe von Forschungsaufträgen nicht betreffen. Die Vergabe von Forschungsaufträgen würde aus Teilen des Bereiches "Forschungsförderung" angesehen und im Rahmen der EWR-Verhandlungen auch getrennt vom Bereich "Öffentliches Vergabewesen" verhandelt.

Im Hinblick auf bereits bestehende bundesgesetzliche Regelungen einerseits sowie der Tatsache, daß eine Anpassung an die EWR-Vorschriften über das öffentliche Vergabewesen nicht erforderlich erscheint, wäre der Bereich der im Forschungsorganisationsgesetz geregelten Vergabe von Forschungsaufträgen aus dem Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes, etwa durch entsprechende Anführung im § 1 Abs. 2 - der Bereiche, für die das Bundesvergabegesetz nicht gilt, nennt - auszunehmen.

Die EWR-Anpassung im Bereich "Forschungsförderung", hier namentlich im Hinblick auf die Bestimmungen des EWR-Vertrages über staatliche Beihilfen in den Art. 61 ff. und den einschlägigen Anhängen hiezu, ist insoweit bereits im Gange, als je ein Entwurf einer Novelle zum Forschungsorganisationsgesetz 1981 sowie zum Forschungsförderungsgesetz 1982 aufgrund des Beschlusses der Bundesregierung in der

- 7 -

Sitzung des Ministerrates am 7. Juli 1992 mittlerweile dem Nationalrat zur weiteren verfassungsmäßigen Behandlung zugeleitet wurde.

2. Zu § 1 Abs. 2:

§ 1 Abs. 2 sieht ausdrücklich den Ausschluß der Anwendung dieses Gesetzes auf die Auslobung von Ideen - und Entwurfsarbeiten und die Beauftragung künstlerischer Leistungen vor.

Unter Bedachtnahme auf obige Ausführungen ist hier die Beauftragung mit wissenschaftlichen Leistungen einzufügen. Genauso wie bei künstlerischen Aufträgen sind die vorgesehenen Verfahrensarten auch auf Forschungsaufträge bzw. auf wissenschaftliche Expertengutachten nicht anwendbar, weil angesichts der wissenschaftlichen Spezialisierung und der unterschiedlichen wissenschaftlichen Qualifikationen die sonst gegebene Möglichkeit der Vergleichbarkeit der Leistungen und damit auch die Vergleichbarkeit der Preise fehlt. Es handelt sich auch bei wissenschaftlichen Expertengutachten um höchst persönliche und nicht vertretbare Leistungen.

Die Bedingungen für die Beauftragung wissenschaftlicher oder künstlerischer Leistungen sind noch enger, als § 23 Z 2 bzw. § 25 Z 3 dies vorsehen.

Es muß also dafür gesorgt werden daß die Beauftragung sowohl der Universitäreinrichtungen und wissenschaftlichen Anstalten als auch der einzelnen Universitätslehrer mit der Erbringung wissenschaftlicher Leistungen aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen wird.

- 8 -

3. Zu § 1 Abs. 3:

Die Regelung des Abs. 3 ist völlig unverständlich: Welchen Sinn hat es, die vergaberechtlichen Regelungen des EWR-Abkommens durch das Bundesvergabegesetz (BVG) in Österreich umzusetzen (dies ist gemäß Vorblatt die vornehmliche Intention des Bundesvergabegesetzes), wenn eben dieses Bundesvergabegesetz nicht gilt, sofern im EWR-Abkommen abweichende Regelungen für die Vergabe von Aufträgen vorgesehen sind?

Darüber hinaus erscheint es nach ho. Auffassung verfassungsrechtlich bedenklich, daß die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes insoferne nicht gelten sollen, als ihnen in Verordnungen zur Durchführung von zwischenstaatlichen Vereinbarungen materiell derogiert wird.

4. Zu § 2:

§ 2, insbesondere § 2 Abs. 2 scheinen verfassungswidrig, da die Grundzüge der zu erlassenden Verordnungen im Bundesvergabegesetz nicht angeführt sind. Dies gilt auch für jene Bestimmungen, die von der Textierung her als Wertgrenzen angesehen werden können (z.B. § 23 Z. 1, § 25 Z. 1, § 28 Abs. 2).

5. Zu § 3 Z 2 lit. a:

In Z 2 lit. a. sollte an die Stelle von "unbeschränkte" "nicht bestimmte" treten: Zum einen ist "unbeschränkt" logisch unrichtig (zu jedem beliebigen Zeitpunkt existiert

- 9 -

weltweit immer nur eine "beschränkte Anzahl" von Unternehmen), zum anderen können in der Ausschreibung bestimmte Qualifikationen der Bieter definiert werden, die die Anzahl der zur Abgabe von Angeboten aufgeforderten Unternehmer a priori beschränken.

6. Zu § 3 Z 6:

In Z 6 müßte es in der ersten Zeile statt "und" "oder" heißen. Ferner erhebt sich bei der derzeitigen Formulierung die Frage, ob handelsrechtliche Personengesellschaften, eingetragene Erwerbsgesellschaften (was immer darunter auch zu verstehen sein mag) keine juristischen Personen sind.

Die Definition von "Arbeitsgemeinschaften" wäre - der Systematik entsprechend - unter einer eigenen Ziffer vorzunehmen. Besagte Definition ist übrigens äußerst holprig formuliert: Weitaus besser geglückt ist sie im Entwurf einer überarbeiteten ÖNORM A 2050 (dort Punkt 1.2.5).

7. Zu § 3 Z 7:

Im Sinne des Pkt. 31 der Legistischen Richtlinien soll es im 2. Absatz offenbar "zweistufiges" Verfahren heißen.

8. Zu § 4 Abs.1:

Nach den "Erläuternden Bemerkungen" soll insb. diesem Absatz der Stellenwert einer Auslegungsregel für das gesamte BVG zukommen. Unter diesem Blickwinkel erscheint die (der

- 10 -

ÖNORM entnommene) Wendung "zu angemessenen, auch der Marktlage entsprechenden Preisen" überaus problematisch und daher entbehrlich. Einerseits sind Zuschläge auf Angebote mit bekanntermaßen überhöhten Preisen durch die Gebärungsgrundsätze des Bundes ohnehin ausgeschlossen. Andererseits sollte jedoch vermieden werden, daß Zuschläge auf vordergründig unter(markt)preisige Angebote vorschnell in den "Geruch" gesetzlicher Unzulässigkeit geraten, gibt es doch im modernen Wirtschaftsleben eine Vielzahl rationaler und damit seriöser Beweggründe für Unternehmen, öffentlichen Auftraggebern Angebote unter Verzicht auf Gewinnspannen oder sogar positive Deckungsbeiträge zu unterbreiten: Interesse am raschen Aufbau attraktiver Referenzlisten bei neu auf dem Markt erscheinenden Unternehmen mag ein solcher Grund sein, die Spekulation auf werbliche Multiplikatoreffekte (z.B. Computer für Universitäten, "Image" eines Autotyps bei Verwendung durch Sicherheitsorgane etc.) ein anderer, die Überbrückung temporärer Auslastungsdefizite zur Erhaltung des Mitarbeiterstandes in Anbetracht von Engpässen auf dem Arbeitsmarkt ein weiterer. Ein Bundesvergabegesetz sollte Bundesvergabestellen die Nutzung auch ungewöhnlich günstiger Beschaffungsoptionen keinesfalls erschweren, indem sachfremde wirtschaftspolitische Förderungs- oder Anti-Dumping-Motive entscheidungsmitbestimmend normiert werden.

Im übrigen ist davon auszugehen, daß in der Praxis wohl nur eine Minderheit hochspezialisierten Vergabestellen dauerhaft über jenes Maß an detaillierter und aktueller Marktkennntnis verfügen wird können, welches zur Herstellung eines Begründungszusammenhangs mit dem vorgeschlagenen Gesetzeswortlaut gefordert ist. Auf die in der Managementliteratur und einschlägigen Fortbildungsangeboten unter dem Stichwort "Beschaffungsmarktforschung" erkennbaren Entwicklungen darf hingewiesen werden.

- 11 -

Es wird daher empfohlen, die Passage "auch der Marktlage entsprechenden" zu streichen und nur - so wie auch in § 18 Abs. 2 Z 4 - auf die "Angemessenheit der Preise" abzustellen.

9. Zu § 4 Abs. 2:

Begründet werden auch jene Sonderfälle sein, in denen für technisch komplexe und/oder innovative Probleme Patentlösungen nicht existieren und Rückfragen bei in Frage kommenden "Fachfirmen" über den Letztstand der Problemlösungspalette (schon in der Planungsphase) unverzichtbar scheinen, will man nicht teurere, mangelanfällige oder überhaupt undurchführbare Detailplanungen/Ausführungen riskieren. Siehe auch § 18(8).

10. Zu § 6 Abs. 1:

Entsprechend den Erläuterungen sollte der Begriff "Personen" durch "Organwalter" ersetzt werden.

11. Zu § 8 Abs. 1:

Für die Zulässigkeit einer geteilten Leistung (Abs. 1 zweiter Satz) müssen exaktere Erfordernisse genannt werden als daß die Leistung "besonders umfangreich" (Leerformel!) zu sein hat. Ferner wäre klar zum Ausdruck zu bringen, daß es zulässig ist, in ein und derselben Position Gruppen zu bilden in der deklarierten Absicht, sie allenfalls auch getrennt zu vergeben. Auch fehlt in Abs. 1 eine Regelung,

- 12 -

die es für zulässig erklärt, daß sich der Auftraggeber in der Ausschreibung die spätere Auftragssteilung ausdrücklich vorbehält.

Hinsichtlich des letzten Satzes erhebt sich die Frage nach welchen Kriterien beurteilt wird, an welchen Unternehmer eine Vergabe nicht in Frage kommt (doch wohl nicht nach den in § 4 Abs. 1 genannten Kriterien: fehlende Befugnis, mangelnde Leistungsfähigkeit und mangelnde Zuverlässigkeit!).

12. Zu § 8 Abs. 2:

Es sollten auch andere Gründe für eine Vorbereitung (und allenfalls Durchführung) der Ausschreibung durch befugte Dritte denkbar und zulässig sein (z.B. besondere Unabhängigkeit und Objektivität).

Vorschlag: "... sollte dies, zum Beispiel wegen des Fehlens des erforderlichen Fachpersonals, nicht möglich sein, ..."

13. Zu § 9 Abs. 1 und 3:

Die Bestimmungen sind unerfüllbar und in dieser kategorischen Form auch untunlich. Wesentliche Vertragsbestandteile, wie Bauzeiten- und Zahlungspläne, aber auch Vertragssicherstellungen können letztgültig erst unter billiger Berücksichtigung der beiderseitigen Verhältnisse festgelegt werden.

Vorschlag § 9(1): "... Die Leistungsbeschreibung und die sonstigen Bestimmungen des Leistungsvertrages sind so genau

- 13 -

abzufassen, wie es der vergebenden Stelle ohne Kenntnis des Ausschreibungsergebnisses und des/der in Frage kommenden Bestbieter/Bestbieters möglich und zumutbar ist."

Der Text des zweiten Satzes des Abs. 3 hat bloß erläutern- den Charakter und sollte unter Bedachtnahme auf Pkt. 3 der Legistischen Richtlinien 1990 entfallen.

14. Zu § 11 Abs. 1:

Nach ho. Auffassung ist nicht erkennbar, worin der Unterschied zwischen "vollständig" und "erschöpfend" besteht.

Dieser Absatz ist überdies charakteristisch für die allgemeine Tendenz des Entwurfes (z.B. § 9(3), § 10), die Ausschreibung zu einem standardisierten und vollautomatischen Organ zu machen, bei dem Anbieter ohne tatsächliche Beschäftigung mit dem Ziel, der Sinnhaftigkeit und der Machbarkeit ausgeschriebene Leistungen anbieten können, ohne ihre "Kalkulationscomputer" zu verlassen. Diese Tendenz ist äußerst bedenklich und wird zu schweren und teuren Fehlentwicklungen führen. Es ist unverzichtbar, dem Anbietenden zumindest einen Rest an Verantwortlichkeit und Verpflichtung zum materiellen Mitdenken zu belassen.

Vorschlag: Zusatz: "Die Warnpflicht des Anbieters wird hiedurch nicht berührt." O.ä.

15. Zu § 11 Abs. 7 Z 5:

Eine Aufgliederung im Leistungsverzeichnis nach den Kriterien der "Herkunft der Roh- und Hilfsstoffe" könnte in Hinblick auf das Diskriminierungsverbot problematisch sein.

- 14 -

16. Zu § 12 Abs. 2:

Weder dem Gesetzestext noch den Erläuterungen ist zu entnehmen, aus welchen Angaben des Bieters in nachprüfbarer Weise entnommen werden kann, daß der Bieter, z.B. bei einem Großauftrag, kein Personal einsetzt, welches nicht zur Sozialversicherung angemeldet ist oder ob dessen Mitarbeiter tatsächlich zu den kollektivvertraglichen Mindestlöhnen beschäftigt sind.

17. Zu § 12 Abs. 3:

Die folgenden Bestimmungen schränken entgegen den Erläuternden Bemerkungen die Vertragsautonomie des Anbieters ein:

§ 12 Abs. 3 Z 5:

Die Bestimmung ist charakteristisch für den allgemeinen Trend, den Ausführenden, die durchwegs sachverständige Vollkaufleute sein werden, möglichst jedes Risiko abzunehmen. Die allseits bekannte Schwäche einer Abrechnung nach Einheitspreisen ist die - auch mit der besten Kontrolle nur schwer bekämpfbare - Tendenz, daß zugrundezulegende Mengen und Massen, soweit sie überhaupt kontrollierbar sind, immer zum "Wachsen" und nie zur Verringerung neigen. Es muß dem Auftraggeber die Möglichkeit bleiben, gerade in jenen Fällen, in denen Umfang und Begleitumstände nicht genau vorhersehbar bzw. nachträglich (insbesondere hinsichtlich ihrer Unvermeidbarkeit) schwer oder nicht überprüfbar sind, sein legitimes Interesse an Kostensicherheit und Risikobegrenzung durch Pauschalpreise abzusichern, wenn ihm dies

- 15 -

tunlich scheint. Es bleibt den Ausführenden überlassen, im Rahmen der im Zweifel leichter durchzuführenden und auch (z.B. gewährleistungs-)rechtlich besser abgesicherten Qualitätskontrolle das ihre dazu beizutragen, ihren Aufwand ohne Schaden für den Auftraggeber in Grenzen zu halten.

Vorschlag: "... dürfen nur vorgesehen werden, wenn Art und Güte genau bekannt sind."

§ 12 Abs. 3 Z 12:

Die Bestimmung ist eine absolut unzumutbare Beschränkung der Vertragsfreiheit des Auftraggebers im Einzelfall. Nur die Würdigung von Auftragsvolumen und -risiko sowie Bonität des beabsichtigten Vertragspartners kann Grundlagen für die Entscheidung des Auftraggebers ein, ob er auf barem Einbehalt bestehen muß oder nicht (am Rande: Bankgarantien sind, vor allem im Konkursfall, nach letzter Rechtssprechung des OGH und entsprechender Zahlungsunwilligkeit des Kreditsektors zumindest derzeit als Sicherstellung ungeeignet).

18. Zu § 13 Abs. 1:

Es ist ho. unverständlich, weshalb von der allgemein gebräuchlichen Veröffentlichung von Ausschreibungen im "Amtlichen Lieferungsanzeiger", die kostenlos (!) erfolgt, abgegangen und grundsätzlich eine Ausschreibung im "Amtsblatt zur Wiener Zeitung" vorsieht, die mit Kosten von öS 5.000,-- bis 10.000,-- je Veröffentlichung verbunden ist. Im Bereich des Bundesministeriums für Wissenschaft und Forschung würden aus dieser Maßnahme voraussichtlich geschätzte zusätzliche Ausgaben von etwa öS 7,5 Mio. jährlich anfallen, was zweifellos dem verfassungsgesetzlichen Gebot der Sparsamkeit widerspricht!

- 16 -

19. Zu § 13 Abs.3:

Die Formulierung "gegen Ersatz der Druck- und Vervielfältigungskosten", worunter nach dem herrschenden Kostenbegriff zwingend auch Personalkosten, Raumkosten, Energiekosten sowie kalkulatorische Abschreibungen der verwendeten Geräte etc. zu verstehen sind, steht in offenkundigem Widerspruch zu den Erläuterungen, die nur einen Ersatz der Materialkosten zur Vervielfältigung vorsehen.

20. Zu § 14 Abs. 2 und 3:

Warum "ist"? (Siehe auch Absatz 4). Besser "kann".

21. Zu § 15 Abs.1:

Was unter einem "automatisationsunterstützten Kurzleistungsverzeichnis" zu verstehen ist, ist völlig unklar. Entweder muß es heißen "automationsunterstützt erstellt" oder es ist hiermit ein elektronischer Datenträger gemeint. In letzterem Fall wäre allerdings eine rechtsgültige Unterfertigung physisch unmöglich.

22. Zu § 15 Abs.2:

Im Abs.2 sollte es anstelle von "sollen" "haben ... zu" heißen.

- 17 -

23. Zu § 15 Abs. 3:**Z 3:**

Die Bestimmung widerspricht dem Sinn und Wesen des GU-Vertrages (im übrigen auch tendenziell § 22 Abs. 2), nach dem der GU, der sich selbst schon vor Beginn des Gesamtauftrages bindet, Subunternehmerleistungen auf sein Kostenrisiko in der Regel erst unmittelbar vor deren Arbeitseinsatz ausschreibt und vergibt. In der Praxis hat sich, insbesondere auch bei qualitativ heiklen Gewerken, ein begründetes Ablehnungsrecht der nachträglich zu bezeichnenden Subunternehmer zur Wahrung der Auftraggeberinteressen bewährt.

Vorschlag: "... Angaben über wesentliche Teilleistungen, die der Bieter an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt; die Subunternehmer sind gleichzeitig namentlich bekanntzugeben, soweit sich nicht der Auslober bei deren späteren Benennung eine begründetes Ablehnungsrecht ausbedungen hat."

Z 9:

Es kann auch zweckmäßig sein, höher-, aber auch minderwertige Alternativenangebote, die relativ preiswert erscheinen, zu verfolgen.

Vorschlag: "Allfällige Alternativangebote;"

24. Zu § 16 Abs.2:

Abs.2 letzter Satz ist redundant mit § 13 Abs.3 und widerspricht somit Pkt.4 der legislatischen Richtlinien.

- 18 -

25. Zu § 16 Abs.6:

Aus dem Text ist nicht klar erkennbar, ob mit "Vergütung" eine solche im Sinne des § 16 Abs.4 verstanden wird. Zutreffendenfalls sollte ein entsprechender Verweis aufgenommen werden.

26. Zu § 16 Abs.7:

Diese Bestimmung ist in Bezug auf § 14 Abs.3 Z 2 unsinnig.

27. Zu § 18 Abs.5:

Es erscheint ho. unverständlich, weshalb trotz der wiederholt zu den Auslegungsregelungen der ÖNORM A 2050 (alt) sowie zu den entsprechenden Bestimmungen in den bisherigen Entwürfen von Vergabegesetzen geäußerte massive Kritik diese Auslegungsregelungen weiterhin unverändert beibehalten wurden (vgl. insb. Korinek/Rill "Zur Reform des Vergaberechts"). Es ist nicht einsichtig, weshalb bei einem umfangreichen, von Rechenfehlern völlig freien Angebot, bei dem lediglich in der Schlußsumme eine Abweichung zwischen dem Betrag in Ziffern und in Worten besteht, ausgerechnet der Betrag in Worten richtig sein soll und die vergebende Stelle, selbst wenn es für sie von wirtschaftlichem Nachteil wäre, ausschließlich den Betrag in Worten zu beachten hätte.

Auf die Problematik, daß einerseits ein solcher Erklärungsirrtum vom Bieter gem. § 871 ABGB (wenn der Irrtum im Zuge der Angebotsprüfung "hätte auffallen müssen") geltend ge-

- 19 -

macht werden kann und andererseits das Bundesvergabegesetz gar keine Möglichkeit einer anderen Auslegung - und sei sie noch so offensichtlich falsch - zuläßt, darf verwiesen werden.

28. Zu § 18 Abs.6 Z 5:

Hier sollte klargestellt werden, ob mit "Preis" einzelne Einheitspreise oder nur der Gesamtpreis zu verstehen ist.

29. Zu § 18 Abs.8:

Im Hinblick auf die teils widersprüchlichen Aussagen in § 4 Abs.2 und § 8 Abs.2 sollte für den Fall, daß Unternehmer an den Vorarbeiten zur Ausschreibung mitgearbeitet haben, von vornherein das Verhandlungsverfahren Platz greifen.

So sehr das Ziel, objektive und wettbewerbsneutrale Ausschreibungen sicherzustellen, außer Frage steht, so sehr scheinen die vorgeschlagenenen Vorkehrungen überzogen und wirklichkeitsfremd zu sein. Der Verzicht auf die dem letzten Stand der Technik und des Marktes entsprechende Erkundung der Angebotspalette bei Planung aber auch Ausschreibung im Einzelfall wäre verantwortungslos. Die (von der eher problematischen Ausnahme der "Quasi-Monopolisten" abgesehen) kategorische Kriminalisierung der bei komplizierten Problemen unerläßlichen Aussprache zwischen Planer/Ausschreiber und Fachfirmen würde nicht der "Sauberkeit", sondern der "Vernebelung" dienen. Soweit also die an sich erfreulicherweise sehr dezidierte Bestimmung des § 11(2) die Vermeidung von Mißbräuchen nicht ohnehin für

- 20 -

ausreichend erachtet wird, wird vorgeschlagen:

"... nicht auszuschließen, wenn:

- die Zahl der für die Erbringung der Leistung in Betracht kommenden Unternehmer sehr gering ist und bei Nichtberücksichtigung dieses Angebotes die Gefahr einer nicht den Anforderungen gemäßen Leistungserbringung besteht, oder
- auf die Mitwirkung hingewiesen wird und Alternativangebote nicht ausgeschlossen werden, oder
- eine Wettbewerbsverzerrung durch die Mitwirkung überhaupt auszuschließen ist."

30. Zu § 20 Abs.1:

"Vergabeverfahren" sollte - wie in der ÖNORM A 2050 (neu) - durch "offenes und nichtoffenes Verfahren" ersetzt werden, weil auch das Verhandlungsverfahren ein Vergabeverfahren darstellt (vgl. § 3 Z 2 lit.c), in diesem aber Verhandlungen mit den Bietern ausdrücklich zulässig sind.

Die kostensteigernde und optimierungshemmende Wirkung des Verhandlungsverbotes erhält u.a. schon aus der Tatsache, daß private Auslober (vom Privathaushalt bis zur Privatfirma) nie auf den Gedanken kämen, sich die Möglichkeit zu nachträglichen, leistungsverbessernden oder kostensenkenden Verhandlungen selbst zu nehmen. Die Entscheidung zur entsprechenden Selbstbindung bei öffentlicher Auftragsvergabe geschah und geschieht also im vollen Bewußtsein ihrer Un-

- 21 -

wirtschaftlichkeit, wobei sich die Wirkung des Unterbindens von "Vorweg"-Abklärungen mit jenen des Verhandlungsverbotes potenziert.

Vorschlag: "... sind während des Vergabeverfahrens grundsätzlich unzulässig."

Zu § 30 Abs. 2:

Der Gegenschluß, daß außerhalb allfälliger Verordnungen nach § 2(1) auch Erörterungen der Ausschreibung zu unterbleiben haben, ist wettbewerbsverzerrend und kontraproduktiv.

Vorschlag: "Die vergebende Stelle kann während der Angebotsfrist auf Verlangen der interessierten Unternehmer die Ausschreibung erläutern. Sofern diese Erläuterungen auch für die anderen Unternehmer, die die Ausschreibungsunterlagen behoben oder Angebote eingereicht *) haben, von Interesse sind, sind sie in der gleichen Weise kundzumachen, wie die Ausschreibung selbst."

*) Anmerkung am Rande: Können die abgegebenen Angebote dann noch geändert werden?

31. Zu § 20 Abs. 4:

Es wäre wirklichkeitsfremd und auch den begrüßenswerten Grundgedanken des § 10 vierter Satz widersprechend, müßte man Alternativangebote schon dann ausscheiden, wenn ihre Prüfung Erörterungen über technische Änderungen größeren Umfanges, bedeutende Änderungen der Preise (Verbilligung), allenfalls und oft auch in unabhängig, aber gleichzeitig ausgeschriebenen mittelbar betroffenen Gewerken erfordert.

- 22 -

Vorschlag: "Darüber hinausgehende Erörterungen sind nur dann zulässig, wenn ein letztendlich geändertes Leistungsbild unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmungen des 5. Abschnittes unter den nicht ausgeschiedenen Bietern der Erstausschreibung neuerlich ausgeschrieben wird."

32. Zu § 21 Abs.1:

Es erscheint ho. unverständlich, daß von allen für die Ermittlung des Bestangebotes maßgeblichen Kriterien der **Preis** - da an letzter Stelle der Aufzählung angeführt - offenbar das unwichtigste Kriterium darstellt.

33. Zu § 21 Abs.3:

Der Querverweis auf § 18 Abs.6 Z 5 ist überflüssig.

34. Zu § 21 Abs.8:

Es erscheint ho. nicht einsichtig, weshalb einem Ressortminister nicht zugetraut werden kann, eine Entscheidung für eine Zuschlagserteilung bei einem Auftrag mit einer Auftragssumme von über ÖS 200,000.000,-- zu treffen, da bloß die Höhe der Auftragssumme keineswegs einen Maßstab für die sachliche Schwierigkeit einer Vergabeentscheidung darstellt. Dies gilt umsomehr, als Vergaben in dieser Höhe ohnedies über den Schwellenwerten des GATT - bzw. EWR-Abkommens liegen und hiedurch auch alle für diese Fälle vorgesehenen Rechtsschutzeinrichtungen in Anspruch genommen werden können.

- 23 -

Die zwingend vorgesehene vorherige Einholung eines Gutachtens der Vergabekommission widerspricht nach ho. Auffassung eindeutig den Intentionen der Verwaltungsreform und kann mangels sachlicher Notwendigkeit wohl nur als "Arbeitsbeschaffung" für eine neuzuschaffende Kommission angesehen werden.

Im übrigen fehlt der Hinweis, ob dieser Betrag mit oder ohne USt. zu verstehen ist.

35. Zu § 23 Z 6:

Hier müßte es heißen: "... nach Durchführung der **ersten Stufe** eines zweistufigen Verfahrens." Weiters erscheint "kann" zu streng, besser "soll".

36. Zu § 24 Abs.2:

Die Bestimmungen des Abs.2 nehmen keine Rücksicht auf die Fälle des § 23 Z 1 bis 4.

37. Zu § 25 Z 3:

Diese Textierung, die der ÖNORM A 2050 (alt) entnommen ist, erscheint nicht sinnvoll, da dem reinen Wortlaut nach z.B. sämtliche Leistungen, die für Universitäten beschafft werden (vom Bürosessel bis zur Laboreinrichtung), weil sie zweifellos Lehr-, Studien- oder Forschungszwecken etc. dienen, im Verhandlungsverfahren beschafft werden könnten, was zweifellos nicht beabsichtigt sein kann. Gemeint kann

- 24 -

wohl nur die Beschaffung von Leistungen sein, die im Zuge eines Forschungs-, Versuchs-, Studien- oder Neuentwicklungsauftrages **zu erbringen** sind.

Es darf daher empfohlen werden, die diesbezügliche Formulierung des Pkt. 1.4.2.3 Z 9 der ÖNORM A2050 (neu) zu übernehmen.

Da die Bestimmungen des § 25 Z. 3 in dieser Fassung nicht haltbar sind (sämtliche Bestellungen im Universitätsbereich wären zwingend im Verhandlungsverfahren abzuwickeln) muß darauf bestanden werden, daß Forschungsaufträge und Expertengutachten von den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes befreit werden, da es hiezu gesetzliche Bestimmungen im Forschungs-Organisationsgesetz sowie darauf beruhende Richtlinien der Bundesregierung gibt. Es wird daher vorgeschlagen, den § 2 Abs. 2 dahingehend zu ergänzen, daß nach den Worten "künstlerischen Leistungen" angefügt wird: **"sowie die Vergabe von Forschungsaufträgen und Aufträgen für sonstige wissenschaftliche Untersuchungen gemäß §§ 12 und 13 FOG in der jeweils geltenden Fassung".**

38. Zu § 28 Abs. 3:

Die Formulierung im letzten Satz "kann ... in Aussicht gestellt werden" ist nach ho. Auffassung zu unscharf und sollte durch "vorgesehen" ersetzt werden.

39. Zu § 28 Abs. 5:

Diese Formulierung ist unverständlich. Mit wem soll ein Verhandlungsverfahren durchgeführt werden, wenn die Ermittlungen gem. Abs. 4 erfolglos waren?

40. Zum 8. Abschnitt:

Die Einrichtung einer "Vergabekontrollkommission" beim BMwA wird ho. - abgesehen von kompetenzrechtlichen Bedenken - aus einer Reihe verwaltungspolitischer Gründe **entschieden abgelehnt**. Zunächst erscheint durch die dem Vergabewesen des Bundes bisher fremden Neuerungen Streitschlichtung, Nachprüfungsverfahren und Bescheinigungsverfahren, auch wenn erstere nur oberhalb der voraussichtlichen Schwellenwerte wirksam werden sollen, eine ordnungsgemäße Handhabung des neuen Vergaberechts bereits ausreichend gewährleistet, liegt es doch schon im ureigensten Interesse der Vergabestellen selbst, zusätzlichen Verwaltungsaufwand durch eine Involvierung in solche Prozeduren möglichst auszuschließen. Weiters muß nachdrücklich betont werden, daß das Vergabewesen des Bundes weithin bereits jetzt durch eine überaus hohe Kontrollintensität gekennzeichnet ist: Zum einen haben Bundesministerien verschiedentlich sehr ausgedehnte Genehmigungsvorbehalte gegenüber ihren nachgeordneten Vergabestellen die zu mehr oder weniger intensiven Kontrollhandlungen benutzt werden: Zweitens betätigen sich die im Gefolge des Ministerratsbeschlusses vom 15. September 1982 ("Konzept für die Neuordnung der Innenkontrolle in der Bundesverwaltung") in jedem Bundesministerium eingerichteten Abteilungen für "Innere Revision" aufgrund der Z 3 dieses Beschlusses ebenfalls als Vergabekontrollorgane - dies mit nachweisbaren und auch vom Rechnungshof anerkannten Erfolgen. Und drittens trägt auch der RH selbst, indem er Vergabeangelegenheiten der Dienststellen im Rahmen seiner laufenden Prüfungstätigkeit fast stets mit in Betracht zieht, wesentlich dazu bei, daß die Vergabevorschriften gebührende Beachtung finden. In diesem gesamten Kontrollszenario findet ein zusätzliches Vergabekontrollorgan

- 26 -

nach ho. Dafürhalten vernünftigerweise keinen Platz und würde jedenfalls in diametralem Gegensatz zu allen Anliegen der Verwaltungsreform stehen. Zudem ist bei der beabsichtigten Zusammensetzung der Kommission eine deutliche Interessensüberrepräsentanz der Anbieterseite zu befürchten und erscheint die Voraussetzung für ihr Tätigwerden **von Amts wegen** entschieden zu niedrig angesetzt (ein Fünftel der Mitglieder bzw. die "Behauptung" von "Meinungsverschiedenheiten" genügt!). Da praktisch bei **jedem** Vergabeverfahren "Meinungsverschiedenheiten zwischen der vergebenden Stelle und einem Bieter" auftreten - denn **ein** am Zuschlag Vorbeigegangener, der sich gleichwohl als Bestbieter wähnt, findet sich immer - erscheint durch diese Einrichtung ein umfangreicher, indes unproduktiver Papierkrieg zwingend vorprogrammiert.

Im übrigen darf auch noch auf die Ausführungen unter Pkt.2.25 verwiesen werden.

41. Zu § 32 Abs.1:

Es ist ho. nicht einsichtig, worin der Unterschied zwischen "auf Ersuchen" (Z 1) und "über Ersuchen" (Z 2) besteht. Im Fall der Z 2 ist es unangebracht, von "Ersuchen" zu sprechen, da in den Fällen des § 21 Abs.8, auf welche Bezug genommen wird, ein Gutachten der Kommission obligatorisch einzuholen ist.

42. Zu § 47:

Es fehlt im vorliegenden Text ein Abs.4. Ob es sich hiebei bloß um einen Redaktionsfehler handelt, kann ho. nicht beurteilt werden.

43. Zu § 49 Abs.5:

Das im Gesetztestext zitierte Staatsdruckereigesetz ist mit einer unrichtigen BGBl.Nr. angegeben (BGBl.-Nr.340/1992 anstelle 340/1981).

III. ZUR KOSTENFRAGE

Mehrkosten beim Vollzug des vorliegenden Entwurfes für ein Bundesvergabegesetz werden sich in zweierlei Hinsicht ergeben:

1. Einmalige Umstellungskosten:

Sie entstehen insbesondere dadurch, daß eine große Anzahl gebräuchlicher Standarddokumente (Normleistungsverzeichnisse, allgemeine Vertragsbedingungen, Formulare, etc.) angepaßt werden müssen, daß die neuen Rechtsvorschriften umfassend bekanntzumachen und Mitarbeiter von Vergabestellen auf deren Handhabung hin zu schulen sind, daß neue Interpretationen erarbeitet werden müssen, etc.

Die Höhe dieser primär personalbezogenen Umstellungskosten kann dzt. auch nicht näherungsweise beziffert werden und wird auch davon abhängen, in welchem Zeitraum die Neuregelungen zu implementieren sind und ob dafür ressortexterne Vorleistungen bzw. Hilfestellung (Arbeitsbehelfe, Schulungsunterlagen, Fortbildungsangebote, etc.) verfügbar gemacht werden können.

- 28 -

2. Laufende Mehrkosten:

Eine seriöse Schätzung der entstehenden laufenden Mehrkosten ist ebenfalls schwer möglich, da einerseits die für die jeweiligen Vergabeverfahren vorgesehenen Schwellenwerte erst durch Verordnung festgelegt werden müssen und somit die Zahl der anfallenden offenen und nichtoffenen Vergabeverfahren noch nicht abgeschätzt werden kann und andererseits auch noch keine Aussage darüber gemacht werden kann, in wie vielen Fällen eine Inanspruchnahme der im Gesetzentwurf vorgesehenen Rechtsschutzeinrichtungen erfolgen wird.

Geht man von der bisherigen Zahl an Vergabeverfahren aus, so ist allein aus dem Titel der zwingenden Verlautbarung der offenen Verfahren im "Amtsblatt zur Wiener Zeitung" anstelle der bisher üblichen kostenlosen Verlautbarung im "Amtlichen Lieferanzeiger" mit Mehrkosten von ca. ÖS 7,500.000,-- zu rechnen.

Die nunmehr vorgesehene detaillierte Prüfung aller Angebote nach den in der Ausschreibung zu nennenden Kriterien samt entsprechender Dokumentation erfordert - sehr vorsichtig geschätzt - einen Zusatzaufwand von mindestens einer Stunde pro Vergabefall für alle an der Auftragserteilung beteiligten Personen, was einen Mehraufwand von mindestens 10.000 Stunden jährlich ergibt, die mit etwa ÖS 4,500.000,-- kalkuliert werden müssen.

Zu den mit insgesamt ca. ÖS 12,000.000,-- jährlich bezifferten Mehrkosten kommen noch die erheblichen Kosten für den zusätzlichen Verwaltungsaufwand bei Inanspruchnahme der Rechtsschutzeinrichtungen, zumal man davon ausgehen wird

- 29 -

müssen, daß in diesen Fällen auch bei Vergabeverfahren nachgeordneter Stellen die Zentralstelle mitzubefassen sein wird.

Wien, 15. September 1992

Für den Bundesminister:

Dr. FRÜHAUF

F.d.R.d.A.:

