



Bundeskanzleramt

Ballhausplatz 2  
1014 Wien

**Zl. 13/1 08/211**

**GZ 600.883/0044-V/8/2008**

**BG, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006 geändert wird**

**Referent: Dr. Michael Kutschera, Rechtsanwalt in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag dankt für die Übersendung des Entwurfes und erstattet dazu folgende

### **S t e l l u n g n a h m e :**

#### **Allgemeines**

Der vorliegende Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) geändert wird, enthält eine Vielzahl von textlichen Änderungen, welche mehreren Zielen dient. Dazu gehört neben materiellen Modifikationen insbesondere die Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG. Die rechtzeitige Umsetzung ist zwar zu begrüßen, doch wird wegen der umfassenden Neuerungen im Rechtsschutz eine angemessene ausreichende Vorlaufzeit hilfreich.

Ebenso positiv und geradezu überfällig sind die Anpassungen an Änderungen in anderen Rechtsvorschriften, v a der Gewerbeordnung. Die übergangsweise Vorgehensweise mittels Erlass oder Rundschreiben ist nämlich rechtsstaatlich bedenklich.

Zu begrüßen ist ferner die Entlastung der Unternehmen bei der Eignungsprüfung, insbesondere die reduzierte Nachweispflicht.

Um den Rechtsschutz der betroffenen Unternehmer nicht zu sehr einzuschränken, wird angeregt, die Fristen nur auf das von der Richtlinie unbedingt geforderte Ausmaß zu verkürzen.

#### **Zu Z 19**

Die Erleichterungen bezüglich der Nachweise, insbes die Möglichkeit von Eigenerklärungen, sind grundsätzlich zu begrüßen. Wünschenswert wäre zusätzlich eine ausdrückliche gesetzliche Regelung der Rechtsfolgen der nachträglichen Unrichtigkeit solcher Eigenerklärungen. Im Interesse der Rechtssicherheit sollten die

betroffenen Bieter nicht der Entscheidung des Auftraggebers ausgeliefert sein, wie er solche Fälle behandelt.

Bedenklich erscheint hingegen das den Auftraggebern eingeräumte Ermessen. So ist es nach der geplanten Fassung des § 70 Abs 3 zulässig, bestimmte Nachweise nur von bestimmten Unternehmern zu fordern. Entscheidend soll dabei „die Auffassung des Auftraggebers im Einzelfall“ sein. Inhaltliche Voraussetzungen für ein solches selektives Vorgehen sind überhaupt nicht vorgesehen. Dadurch besteht die Gefahr, dass diese Regelung die Auftraggeber in der Praxis zu einer ungleichen Behandlung der Unternehmer verleiten kann. Dass die maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten sind, minimiert dieses Risiko kaum, weil dadurch nicht ausgeschlossen wird, dass zwar von einem Unternehmer aus durchaus sachlichen Motiven Nachweise verlangt werden, von einem anderen Unternehmer jedoch nicht, wiewohl sich dieser in einer vergleichbaren Situation befindet.

### **Zu Z 23**

Die in Absatz 3 vorgesehene Ermächtigung der Auftraggeber, einen Mindestteil vorzuschreiben, der an Dritte zu vergeben ist, wirft gemeinschaftsrechtliche Bedenken auf. Denn die Richtlinie 2004/18 sieht ausdrücklich nur in anderen Fällen vergleichbare Dritte betreffende Anteile vor. Es ist daher fraglich, ob eine darüber hinausgehende Regelung nicht die Unternehmen in ihrem Recht auf Erbringung der Leistung in unzulässiger Weise beschränkt.

### **Zu Z 41: Mitteilungspflicht**

Der Entfall der Mitteilungspflicht ist zu begrüßen. Wesentlich ist, dass die Berichtigung durch den Auftraggeber erfolgt.

### **Zu § 131 Abs 2 Z 1**

Bezüglich dieser Ausnahme ist fraglich, ob sie nicht über den von Art 2b Buchstabe b) Rechtsmittelrichtlinien gesteckten Rahmen hinausgeht, weil von der zusätzlichen Voraussetzung abgesehen wurde, dass es keinen betroffenen Bewerber gibt.

### **Zur Antragsbefugnis der gesetzlichen Interessenvertretungen**

Der Österreichische Rechtsanwaltskammertag unterstützt eine Regelung, wonach den gesetzlichen Interessenvertretungen die Antragsbefugnis bezüglich der Ausschreibungs- und Wettbewerbsunterlagen eingeräumt wird. Die Vorschrift wird so verstanden, dass dabei keine Einschränkung gilt, etwa auf diejenige Interessensvertretung, der ein aktueller oder potentieller Unternehmer in Bezug auf das konkrete Vergabeverfahren angehört.

Das ermöglicht eine Prüfung von Unterlagen bereits in einer frühen Phase des Vergabeverfahrens. Damit kann die Bestandsfestigkeit rechtswidriger Unterlagen verhindert werden. In diesem Zusammenhang müsste freilich sichergestellt werden, dass betroffene Unternehmen solche Unterlagen an Interessensvertretungen weitergeben dürfen und ihnen Vertraulichkeitsregelungen – einschließlich solcher,

die mit dem Auftraggeber vereinbart werden – nicht entgegengehalten werden können.

### **Zu alternativen Sanktionen**

Was den Charakter der alternativen Sanktionen anbelangt, wird ua auf die sich aus der EMRK ergebenden Grenzen Bedacht zu nehmen sein.

Zu begrüßen ist die hinsichtlich der Voraussetzungen für das Absehen von der Nichtigerklärung zwischen dem Ober- und dem Unterschwellenbereich differenzierende Regelung.

Die in § 334 Abs 5 vorgesehenen Determinanten für das Ermessen sind insofern bedenklich, als sie dem Bestimmtheitsgebot des B-VG widersprechen dürften. Im Hinblick auf den strafrechtlichen – wenn auch nicht strafgerichtlichen – Charakter von Geldbußen ist an die strengen Vorgaben der EMRK zu erinnern.

Was eine eventuelle absolute Höchstgrenze betrifft, hängt deren Beurteilung entscheidend von dem noch festzusetzenden Betrag ab.

Wien, am 22. Dezember 2008

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler  
Präsident