



REPUBLIK ÖSTERREICH

MR DR. MICHAEL SACHS
Vorsitzender des
Bundesvergabeamtes

An das
Bundeskanzleramt - Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1014 Wien

ergeht per E-Mail: v@bka.gv.at

in Kopie: begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 9. Juni 2009

Sehr geehrte Damen und Herren!

Das Bundesvergabeamt dankt für die Möglichkeit der Stellungnahme zum vorliegenden Entwurf einer Novelle des Bundesvergabegesetzes.

Einleitend darf mitgeteilt werden, dass die vorgesehenen Änderungen im Wesentlichen begrüßt werden und damit eine weitere Verbesserung des öffentlichen Beschaffungswesens und insbesondere des vergabespezifischen Rechtsschutzes erwartet werden kann.

Grundsätzlich darf in diesem Zusammenhang auf die bereits im Rahmen der ersten Begutachtung erfolgte Stellungnahme hingewiesen werden.

Zusätzlich gestattet sich das Bundesvergabeamt folgende Überlegungen zum vorliegenden Entwurf zu übermitteln:

Das Bundesvergabeamt wurde - rechtstheoretisch - von einigen Gesellschaften des Bundes mit der Frage konfrontiert, wie das Verhältnis zwischen den berufsrechtlichen Vorschriften für Wirtschaftsprüfer, den Bestimmungen des UGB über die Wahl des Abschlussprüfers und den Bestimmungen des BVergG 2006 über die Vergabe von Dienstleistungen sei. In Anbetracht der komplexen Verantwortlichkeiten der jeweiligen Gesellschaftsorgane (insbesondere Beauftragung und Haftung) und den sehr konkreten Bestimmungen des UGB über die Wahl des Abschlussprüfers wäre eine Klarstellung bzw. Harmonisierung der betreffenden Normen zum Schutze aller Beteiligten dringend geboten. Die geplante Novelle sollte diesbezüglich entscheidende Schritte setzen.

Des Weiteren ersucht das Bundesvergabeamt zur praxisbezogenen Handhabung des Rechtsschutzes eine Vereinheitlichung sämtlicher Fristen, insbesondere eine Harmonisierung

Bundesvergabeamt, Praterstraße 31, A-1020 Wien
Tel: +43-1-21377/200; Fax: +43-1-7182393; E-Mail: post@bva.gv.at
PSK, BLZ 60000, Konto-Nr. 5080018
Homepage: www.bva.gv.at, DVR: 2108737

der Stillhaltefristen mit den Anfechtungsfristen sowie zwischen Oberschwellen- und Unterschwellenbereich durchzuführen. Zwar ist bekannt, dass in den EU-Richtlinien eine differenzierte Betrachtung stattfindet, die in den EU-Richtlinien enthalten Fristen sind jedoch Mindestfristen. Dass bedeutet, dass die nationale Vorschrift hier einen gewissen Spielraum hat, der auch ausgeschöpft werden sollte. Eine Vereinheitlichung der Fristen trägt wesentlich zur Rechtssicherheit bei und erhöht insgesamt den Rechtsschutz.

Zu den einzelnen Bestimmungen der geplanten Novelle:

zu § 300 Abs 2

Die vorgeschlagene Änderung wird ausdrücklich begrüßt.

Darüber hinaus wird aus folgenden Gründen auch eine Anhebung der Funktionsgruppen der Senatsvorsitzenden und der stellvertretenden Vorsitzenden gefordert:

- im Vergleich zu den Vorjahren kam es zu einem deutlich gestiegenen Fallaufkommen (vgl Tätigkeitsbericht 2008)
- die in den Nachprüfungsverfahren zu bearbeitenden Rechtsfragen werden kontinuierlich komplexer und sind trotzdem in der gleichen Zeit zu erledigen.
- die steigende Tendenz von Nachprüfungsverfahren mit entsprechendem Mehraufwand bei der Verhandlungsführung (zB Dolmetsch), wegen vielfach aus dem EU-Raum kommenden, nicht deutsch-sprachigen Verfahrensbeteiligten
- die in Verfahren gleichfalls zu beobachtende steigende Anzahl von Beteiligten, insbesondere auf Auftraggeberseite
- die seit 2002 veränderten Zuständigkeiten im Zusammenhang mit äußerst diffizilen Pauschalgebührenregelungen, der erweiterte Rechtsschutz bei Direktvergaben und schließlich die nunmehr vorgesehenen weiteren bedeutenden Kompetenzerweiterungen (zB Änderung bei Eignungsprüfung, ex tunc Nichtigerklärung von bereits in Abwicklung befindlichen Verträgen, Auferlegung von Geldbußen, ...)
- die Bedeutung des BVA als vergabespezifische Rechtsschutzbehörde im Zusammenhang mit Antikorruption
- die bisher nicht durchgeführte Absicherung gegenüber einer Amtshaftung für die Senatsvorsitzenden des BVA nach dem Vorbild des Asylgerichtshofes, obwohl das BVA 2008 ca 2,9 Milliarden Euro an öffentlichen Aufträgen überprüft hat (durchschnittlich € 17,4 Mio)

Aus all diesen Gründen sowie aus verfassungsmäßigen Überlegungen zur Gleichbehandlung der Senatsvorsitzenden ist die Anhebung der Funktionsgruppen für Senatsvorsitzende in die Funktionsgruppe 6 sowie für die stellvertretende Vorsitzende in die Funktionsgruppe 7 geradezu geboten.

Demnach wären im Gesetz die Wortfolge „Funktionsgruppe 5“ durch die Worte „Funktionsgruppe 6“ sowie die Wortfolge „Funktionsgruppe 6“ durch die Worte „Funktionsgruppe 7“ zu ersetzen.

zu § 301

Das BVA tritt für eine gesetzliche Festsetzung der Gebühren der sonstigen Mitglieder (§ 292 Abs 5) und deren Wertanpassung in der Höhe der Gehaltserhöhungen des öffentlichen Dienstes mit Kundmachung des BMWFJ im Amtsblatt der Wiener Zeitung ein. Die derzeit im BVergG vorgesehene Erlassung einer Verordnung wäre dadurch hinfällig. Des Weiteren würden die zusätzlichen Aufgaben des BVA mit gerichtsähnlichen Entscheidungskompetenzen die Anhebung der Gebühren auf € 80 rechtfertigen.

zu § 302 Abs 1

Auf Grund der speziellen Anforderungen im Verfahrensablauf und die quasi richterliche Tätigkeit der Senatsvorsitzenden wäre die Forcierung der Telearbeit auf Grund der positiven Erfahrungen weiter voranzutreiben. Aus diesem Grund wird eine Klarstellung im § 302 Abs 1 vorgeschlagen:

„§ 302 (1) Der Vorsitzende leitet das Bundesvergabeamt. Zur Leitung zählen insbesondere die Regelung des Dienstbetriebs und die Dienstaufsicht über das über das Personal sowie die Festlegung der Amtsstunden und die Gewährung von Telearbeit gemäß § 36a BDG.“

Ansonsten könnte auch noch folgende Regelung in Aussicht genommen werden:

„§ xx. (1) Für die Senatsvorsitzenden gilt gleitende Dienstzeit (§§ 47a bis 51 BDG). In der Geschäftsordnung sind hiezu nähere Regelungen (im Sinne des § 48 Abs. 3 BDG) zu erlassen. (2) Soweit nicht dienstliche oder sonstige öffentliche Interessen entgegenstehen, kann der Vorsitzende über Antrag einzelnen Senatsvorsitzenden gestatten, gemäß § 36a BDG bestimmte Aufgaben außerhalb ihrer Dienststelle zu besorgen, wenn für den Dienstgeber durch diese Art der Dienstverrichtung kein erheblicher Mehraufwand entsteht. Die Mitglieder haben die für die Wahrung der Amtsverschwiegenheit und anderer Geheimhaltungspflichten erforderlichen Vorkehrungen zu treffen.“

Insgesamt wird jedoch vorgeschlagen, eine neue Dienstzeitenregelung zu überlegen. Eine Angleichung der Dienstzeitenregelung an die Regelungen der sonstigen Verwaltungsbehörden, die als Gerichte im materiellen Sinn einzustufen sind, wäre geboten (siehe VfGH 27.9.2002, ZI B 1074/01). Der nachstehende Vorschlag entspricht den Regelungen nach dem AsylgerichtshofG.

§ xx (1) Der Senatsvorsitzende des Bundesvergabeamtes hat seine Anwesenheit an der Dienststelle derart einzurichten, dass er seinen Dienstpflichten ordnungsgemäß nachkommen kann.

(2) Der Senatsvorsitzende darf seine dienstlichen Aufgaben auch außerhalb der Dienststelle besorgen. Für die Aufgabenbesorgung außerhalb der Dienststelle besteht weder ein Anspruch auf Bereitstellung der notwendigen Arbeitsmittel, noch ein Anspruch auf Ersatz der damit verbundenen Kosten oder finanzielle Entschädigung.

(3) Bei der Aufgabenbesorgung außerhalb der Dienststelle nach Abs 2 hat der Senatsvorsitzende seinen Aufenthaltsort so zu wählen, dass er seinen Dienstpflichten ohne ungewöhnlichen Aufwand an Zeit und Mühe nachkommen kann.

(4) Der Senatsvorsitzende hat seiner Dienststelle seinen jeweiligen Wohnsitz bekannt zu geben. Falls sich der Senatsvorsitzende länger als drei Tage außerhalb seines Wohnsitzes aufhält, hat er seiner Dienststelle nach Möglichkeit die Anschrift bekannt zu geben, unter der ihm eine amtliche Verständigung zukommen kann.“

zu § 306 Abs 2:

Das komplette „Übermitteln“ von Unterlagen an die Beisitzer ist ein verwaltungstechnischer Aufwand, der sich allein bei dem Umfang mancher Nachprüfungsverfahren als geradezu unmöglich erweist. Darüber hinaus besteht - trotz der Vertraulichkeitsverpflichtung der Beisitzer - die Gefahr, dass derart sensible Unterlagen in falsche Hände geraten können. Aus Gründen der internen Verfahrensökonomie sowie der Verwaltungseinsparung wäre generell eine Klarstellung hinsichtlich des Informationsmanagements der Beisitzer erforderlich. Deshalb wird folgende Änderung vorgeschlagen:

"....er hat den Beisitzern alle entscheidungsrelevanten Dokumente rechtzeitig zur Verfügung zu stellen...."

zu § 312 Abs 3

Der Einleitungssatz des § 312 Abs 3 sollte unter Berücksichtigung der Beendigung des Parallelwettbewerbes in den dem Zuschlag vergleichbaren Fällen lauten:

„(3) Nach Zuschlagserteilung, dem der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Unternehmer gleichzuhalten ist, ist das ...“

zu § 315

Grundsätzlich besteht die Verpflichtung zur Angabe einer elektronischen Adresse im Vergabeverfahren. Es sollten jedoch auch Möglichkeiten zur Zustellung bestehen, wenn fehlerhaft keine elektronische Adresse bekannt gegeben wurde oder etwa bei Feststellungen gemäß § 312 Abs 3 Z 3 neu dem antragstellenden Unternehmer sicher keine entsprechende elektronische Adresse bekannt gegeben wurde. Schließlich muss auch eine Möglichkeit zur Zustellung bestehen, wenn die elektronischen Systeme gestört sind. die vorgeschlagene Formulierung ist als *lex specialis* zu den Regelungen des ZustG anzusehen und schließt daher eine postalische Zustellung aus. Wie erwähnt sollte diese aber möglich bleiben. Auch ist die elektronische Zustellung nach dem 3. Abschnitt des ZustG dem BVA technisch nicht möglich. Auch seine Anwendbarkeit sollte ausgeschlossen bleiben. Schließlich muss die Adresse dem BVA nach der vorgeschlagenen Formulierung bekannt gegeben worden sein. Gemeint ist jedoch die im Vergabeverfahren bekannt gegebene Adresse. Schließlich sind auch Bewerber oder Bieter zu verständigen, die weder dem BVA noch sonst öffentlich eine elektronische Adresse bekannt gegeben haben. § 315 sollte daher wie folgt lauten:

"§ 315. (1) Das Bundesvergabeamt hat schriftliche Erledigungen an die ihm oder die im Vergabeverfahren bekannt gegebene Faxnummer oder elektronische Adresse zuzustellen. Das Verfahren des 3. Abschnitts des Zustellgesetzes ist dabei nicht anzuwenden.

(2) Hat ein Streitteil dem Bundesvergabeamt keine elektronische Adresse bekannt gegeben, sind schriftliche Erledigungen nach den Bestimmungen des 1. und 2. Abschnittes des Zustellgesetzes an eine Abgabestelle zuzustellen."

zu §§ 322 bzw. 328

Die zwingende Angabe von Faxnummer oder elektronischer Adresse von AG und AST wird begrüßt. Dies stellt eine wesentliche Erleichterung dar; va wenn es sich um Vergaben durch mehrere AG handelt.

zu §§ 328 und 329

In § 328 Abs 5 und Abs 6 sollte analog dem Zuschlagsverbot auch das Verbot des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung (auch mit mehreren Unternehmern) als die aufschiebende Wirkung bei sonstiger Nichtigkeit auslösend normiert werden.

zu § 329 Abs 4

In § 329 Abs 4 sollte gemeinschaftsrechtskonform klargestellt werden, dass und inwieweit einstweilige Verfügungen gegen alle Auftraggeber – ohne Beschränkungen des § 5 Abs 4 VVG – vollstreckt werden können.

§ 330 Abs 3

Begrüßt wird die Ersetzung der Wortfolgen "binnen einer Woche" und "binnen 10 Tagen" durch die Wortfolgen "binnen sieben Werktagen" und "binnen zehn Werktagen". In Hinkunft werden somit Wochenenden und Feiertage nicht mehr in die Entscheidungsfrist eingerechnet und somit der Fall ausgeschlossen ist, dass - bestimmte Feiertagskonstellationen vorausgesetzt - die EV nicht mehr innerhalb von zB drei Werktagen zu erlassen ist.

zu § 333 Abs 2

Eine sachliche Rechtfertigung für die in § 332 Abs 2 vorgesehene generelle Verkürzung der Entscheidungsfristen in Feststellungsverfahren von bisher sechs Monaten auf lediglich sechs Wochen kann nicht erblickt werden und ist deshalb abzulehnen.

zu § 334 Abs 8 letzter Satz:

Zur Klarstellung und aus den Erwägungen, dass aus Sicht der EU-Kommission Geldbußen tatsächlich auch für Auftraggeber „spürbar“ sein sollen, wäre folgende Präzisierung im § 334 Abs 8 letzter Satz vorzusehen:

„Geldbußen fließen dem Bundesvergabeamt zum Zwecke des Ausbaues des vergabespezifischen Rechtsschutzes, insbesondere durch Aus- und Weiterbildung von Unternehmen und Auftraggebern, zu.“

Abschließend darf nochmals auf die seinerzeit bereits ergangene Stellungnahme des BVA und die grundsätzlichen Überlegungen zur Einrichtung eines Wirtschaftsverwaltungsgerichtshofes I. Instanz hingewiesen werden.

Mit freundlichen Grüßen

