



Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1014 Wien

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

Zl. 13/1 11/136

BJA-600.883/0040-V/8/2011

BG, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011)

Referenten: Dr. Michael Breitenfeld, Rechtsanwalt in Wien
Mag. Robert Ertl, Rechtsanwalt in Wien

Sehr geehrte Damen und Herren!

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

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

Eingangs ist festzuhalten, dass eine Novellierung des BVergG 2006 aufgrund des bestehenden Rechtsschutzdefizites erforderlich ist.

Die durch das Auslaufen der Schwellenwertverordnung 2009 notwendig werdende Ersatzbestimmung und die vorgesehene Regelung hinsichtlich eines verschuldensunabhängigen Schadenersatzes kommen aber weder dem Rechtsschutzbedürfnis der betroffenen Bieter und Bewerber noch dem der Auftraggeber entgegen.

Abgesehen davon werden durch den vorliegenden Gesetzesentwurf auch die bestehenden Rechtsschutzdefizite nicht behoben.

Als besondere Kritikpunkte sind nachstehende Bestimmungen hervorzuheben:

ad § 41a neu:

Die Sinnhaftigkeit der neu einzuführenden „Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung“ bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 100.000,-- ist nicht nachvollziehbar.

Durch diese Bestimmung wird ein weiterer und zu Verwirrung führender Sub-Schwellenwert eingezogen. In Hinkunft würde es für Vergaben unter € 100.000,-- folgende Sub-Schwellenwerte geben:

- € 40.000,-- für die „normale“ Direktvergabe
- € 60.000,-- für Aufträge im Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung
- € 100.000,-- für Direktvergaben nach vorheriger öffentlicher Markterkundung.

Der ÖRAK kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass diese Regelungen der Beruhigung der Europäischen Kommission dienen sollen. Es ist bekannt, dass bereits der Schwellenwert von € 40.000,-- für Direktvergaben seitens der Europäischen Kommission kritisch gesehen wurde; durch das gegenständliche System haben öffentliche Auftraggeber die faktische Möglichkeit, Aufträge bis € 100.000,-- ohne nennenswerte Kontrollmöglichkeit durch vergabespezifische Nachprüfungsbehörden zu vergeben.

Im Hinblick darauf, dass ein Großteil der Vergaben im Bereich der Gemeinden, aber auch der Bundesländer, unterhalb dieses Schwellenwertes liegen, ist ein derartiges Rechtsschutzdefizit höchst problematisch.

Diese Bedenken gelten auch für die Bestimmung des § 201a neu, welcher eine Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung für Sektorenauftraggeber, hier aber bis zu einem geschätzten Auftragswert von € 150.000,--, vorsieht.

ad § 337 neu:

Das österreichische Schadenersatzrecht fußt auf dem Begriff des Verschuldens. Die nunmehr vorgesehene Regelung „...bei hinreichenden qualifizierten Verstoß gegen dieses Bundesgesetz...hat ein übergangener Bewerber, Bieter oder Bestbieter gegen einen Auftraggeber...Anspruch auf Schadenersatz.“, weicht davon systemwidrig ab. Eine Mischform zwischen Kausalität und Verschulden ist dem österreichischen Recht fremd.

Es ist weder für öffentliche Auftraggeber vorhersehbar, wann sie schadenersatzpflichtig werden, noch für übergangene Bieter oder Bewerber einschätzbar bei welchem Verhalten des Auftraggebers sie Chancen auf einen Schadenersatzanspruch haben. Es ist einsichtig, dass aufgrund des EuGH-Erkenntnisses in der Rs C-340/09 ein Handlungsbedarf des österreichischen Gesetzgebers besteht. Die hier gewählte Regelung führt aber zu erheblicher Rechtsunsicherheit und ist daher abzulehnen.

ad §§ 321 und 332 BVerG 2006 alt:

Der ÖRAK hat schon mehrfach (zuletzt in seiner Stellungnahme zum Entwurf des BVerGVS) kritisiert, dass Nachprüfungsanträge in Verfahren im Oberschwellenbereich binnen 10 Tagen ab Übermittlung der Entscheidung (auf elektronischem Weg oder mittels Telefax) beim Bundesvergabeamt einzubringen sind. Durch den erforderlichen Entscheidungsfindungsprozess beim Bieter und die

Berücksichtigung der teilweise sehr formalistischen Bestimmungen des BVergG 2006 ist diese Frist jedenfalls zu kurz bemessen und mit einem effektiven Rechtsschutz nicht vereinbar. Angemessen wäre eine Frist von zumindest 14 Tagen.

Die absolute Frist von 6 Monaten für die Einleitung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 332 BVergG 2006 ist ebenfalls zu kurz bemessen und eröffnet die Möglichkeit einer Umgehung der Bestimmungen des Rechtsschutzes. Ein Auftraggeber könnte ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit einem Bieter einen zivilrechtlichen Vertrag schließen und diesen erst nach 6 Monaten öffentlich bekannt machen. Eine Bekämpfungsmöglichkeit durch einen übergangenen Bieter wäre dadurch präkludiert. Eine analoge Heranziehung der Verjährungsbestimmungen des ABGB würde eine dreijährige Frist gebieten.

Die mangelnde Effektivität des Rechtsschutzes nach dem BVergG 2006 zeigt sich auch in der geringen Anzahl der jährlich vor dem Bundesvergabeamt eingeleiteten Nachprüfungsverfahren und dem geringen Prozentsatz der materiellrechtlichen Entscheidungen.

Seitens des ÖRAK wird daher gefordert, dass im Rahmen der Novelle des BVergG 2006 auch das aufgezeigte Rechtsschutzdefizit behoben wird.

Wien, am 20. September 2011

DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler
Präsident