

**BVwG**Bundesverwaltungsgericht
Republik Österreich

Der Präsident

An das
Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst
Ballhausplatz 2
1010 Wiennachrichtlich:Präsidium des Nationalrates
Dr. Karl Renner-Ring 3
1010 Wienper E-Mail1030 Wien, Erdbergstraße 192-196
Tel.: +43 1 601 49 – 0 / DW
Fax: +43 1 531 09 – 153357 / 153364
E-Mail: einlaufstelle@bvwg.gv.atBearbeiterin: Mag. Michaela
Hinterholzer
E-Mail:
michaela.hinterholzer@bvwg.gv.at
Durchwahl: +43 (1) 60149 152314
Geschäftszahl: BVwG-100.560/0001-
Präs/2017
DVR: 0939579

Wien, am 31. März 2017

Betreff: **Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017)**

Das Präsidium des Bundesverwaltungsgerichtes nimmt zum mit Schreiben vom 08.02.2017, GZ. BKA-600.883/0003-V/8/2017, übermittelten Begutachtungsentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem ein Bundesvergabegesetz 2017 erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017), wie folgt Stellung:

Vorauszuschicken ist, dass die Umsetzung der Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU bei gleichzeitiger Beibehaltung der Struktur und Gliederung des BVergG 2006 begrüßt wird.

Zu Art 1:**Zu § 9 Abs 1 Z 17:**

Die Ausnahme von Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn wirft die Frage auf, wie der Rechtsschutz in diesem Bereich organisiert sein soll. Die fraglichen

Leistungen fallen in den Anwendungsbereich der VO (EG) 1370/2007. Art 5 Abs. 7 iVm Begründungserwägung 21 VO (EG) 1370/2007 verlangen ein Nachprüfungsverfahren, das jenem nach den Rechtsmittelrichtlinien vergleichbar sein sollte. Die Novelle VO (EU) 2338/2016 ändert nichts Wesentliches daran. Durch die Ausnahme der genannten Leistungen aus dem Anwendungsbereich des BVergG 2017 stellt sich die Frage, wie dieser Rechtsschutz gewährleistet werden kann, zumal bereits der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen hat, dass der Vergaberechtsschutz vor Gericht *„einen offenkundig im Allgemeinen als notwendig erachteten effektiven Rechtsschutz vorzuenthalten“* geeignet ist (VfGH 03.03.1998, G 450/97, VfSlg 15.106) und *„es der derzeitigen Ausgestaltung des zivilrechtlichen Bieterschutzes in der Phase der Kontrolle des Vergabeverfahrens vor Zuschlagserteilung an der notwendigen Effektivität mangelt“* (VfGH 09.10.2001, G 10/01, VfSlg 16.315). An dieser Ausgestaltung des (zivil-)gerichtlichen Rechtsschutzes hat sich – soweit ersichtlich – nichts geändert. Auch kommt der Bericht der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die Wirksamkeit der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG in der durch die Richtlinie 2007/66/EG geänderten Fassung hinsichtlich Nachprüfungsverfahren im Bereich der öffentlichen Auftragsvergaben vom 24.01.2017, COM(2017) 28 final, zu dem Schluss, dass administrative Nachprüfungsinstanzen in erster Instanz im Allgemeinen wirksamer als Gerichte sind. Daher bleibt ungeachtet der Möglichkeiten der Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen die Frage, welche Einrichtung in Österreich – auf Bundes- und Landesebene – den geforderten effektiven Rechtsschutz gewährleisten soll.

Zu § 11:

Die Frage der Zuständigkeit hinsichtlich des Rechtsschutzes bei grenzüberschreitender Zusammenarbeit von öffentlichen Auftraggebern, einer Beschaffung im Wege von zentralen Beschaffungsstellen in anderen Mitgliedstaaten oder einer grenzüberschreitenden Gründung durch gemeinsame öffentliche Auftraggeber, ist nicht eindeutig geregelt.

Zu § 79 Z 2 und 3, § 250 Z 2 und 3:

Der Auftraggeber kann nicht offene Verfahren und Verhandlungsverfahren mit und ohne vorherige Bekanntmachung führen. Führt er sie ohne vorherige Bekanntmachung, sind sie einstufig. Daher gibt es keinen früheren Zeitpunkt als die Aufforderung zur Angebotslegung, zu dem die Eignung vorliegen muss. Führt sie der Auftraggeber jedoch mit vorheriger Bekanntmachung, sind sie zweistufig. Ein

wettbewerblicher Dialog und eine Innovationspartnerschaft enthalten zwingend eine vorherige Bekanntmachung und haben damit ebenfalls mehrere Stufen.

In zwei- und mehrstufigen Vergabeverfahren prüft der Auftraggeber in der ersten Stufe die Eignung der Bewerber und wählt anhand der Auswahlkriterien die Bewerber aus, die er zur Angebotslegung einlädt. Das BVergG verlangt jedoch, dass die Eignung in zwei- und mehrstufigen Vergabeverfahren im Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegt. Die Eignung muss damit erst zu einem Zeitpunkt vorliegen, zu dem sie bereits geprüft sein sollte. In Nachprüfungsverfahren wäre dann das Vorliegen einer Eignung zu prüfen, die nach dem BVergG noch nicht vorliegen muss und die der Bewerber daher auch nicht nachzuweisen hat. Daraus entsteht ein systematischer Widerspruch.

Das Bundesverwaltungsgericht regt an, bei den genannten zwei- und mehrstufigen Verfahren als Zeitpunkt für das Vorliegen der Eignung die Öffnung der Teilnahmeanträge festzulegen, wie das vereinzelt Auftraggeber in ihren Ausschreibungsunterlagen bereits gemacht haben (vgl. z. B. BVwG 26.03.2015, W187 2017416-2/26E). §§ 79 und 250 sollten daher wie folgt lauten:

„Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 79. Unbeschadet des § 21 Abs. 1 muss die Eignung spätestens

- 1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,*
- 2. beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe,*
- 3. beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft grundsätzlich zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe,*
- 4. beim offenen Wettbewerb zum Zeitpunkt der Vorlage der Wettbewerbsarbeiten,*
- 5. beim nicht offenen und geladenen Wettbewerb zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten,*
- 6. bei der Rahmenvereinbarung zum jeweils relevanten Zeitpunkt gemäß der gewählten Verfahrensart zum Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß Z 1 bis 3 sowie zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung, und*

7. *beim dynamischen Beschaffungssystem zum Zeitpunkt der Zulassung zum dynamischen Beschaffungssystem sowie zum Zeitpunkt jeder gesonderten Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß § 162*

vorliegen.“

„Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung

§ 250. Unbeschadet des § 194 Abs. 1 muss die Eignung spätestens

1. *beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung,*
2. *beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung und beim Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe,*
3. *beim nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, beim wettbewerblichen Dialog und bei der Innovationspartnerschaft grundsätzlich zum Zeitpunkt der Öffnung der Teilnahmeanträge,*
4. *beim offenen Wettbewerb zum Zeitpunkt der Vorlage der Wettbewerbsarbeiten,*
5. *beim nicht offenen und geladenen Wettbewerb zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Vorlage von Wettbewerbsarbeiten,*
6. *bei der Rahmenvereinbarung zum jeweils relevanten Zeitpunkt gemäß der gewählten Verfahrensart zum Abschluss der Rahmenvereinbarung gemäß Z 1 bis 3 sowie zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung, und*
7. *beim dynamischen Beschaffungssystem zum Zeitpunkt der Zulassung zum dynamischen Beschaffungssystem sowie zum Zeitpunkt jeder gesonderten Aufforderung zur Angebotsabgabe gemäß § 323*

vorliegen.“

Zu § 154 Abs 3, § 315 Abs 1 und § 143 Abs. 1:

§ 154 Abs 3 und § 315 Abs 1 verpflichten den Auftraggeber, „den *nicht berücksichtigten Bietern den Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitzuteilen*“. In gleicher Weise verpflichtet § 143 Abs 1 den Auftraggeber, „den *im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll*“. Daraus ergibt sich eine unterschiedliche Diktion für gleiche Sachverhalte, ohne dass ein inhaltlicher Unterschied besteht. Das Bundesverwaltungsgericht regt daher an, die zitierte Wortfolge in § 154 Abs 3 und § 315 Abs 1 durch die Wortfolge „den *im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern den*

Namen des Unternehmers bzw. die Namen der Unternehmer, mit dem bzw. denen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitzuteilen“, auch wenn der Auftraggeber streng genommen kein Vergabeverfahren im eigentlichen Sinn führt.

Zu § 330:

Das Bundesverwaltungsgericht verfügt – abseits physischer Akten – über ein System zur Führung elektronischer Akten (elektronische Verfahrensadministration, kurz: eVA+). Anstelle der Übermittlung der Dokumente würde somit künftig auch die Möglichkeit bestehen, fachkundigen Laienrichtern einen auf den betreffenden Verfahrensakt beschränkten Zugang zu eVA+, dem elektronischen Akt des Bundesverwaltungsgerichts, bereitzustellen. Es wird daher vorgeschlagen, § 330 um folgenden Satz zu erweitern: *„Dies kann nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten durch die Gewährleistung eines Zugangs zum elektronischen Akt des Bundesverwaltungsgerichtes (elektronische Verfahrensadministration – eVA+) erfolgen.“*

Zu § 334 Abs 2 Z 2, Abs 3 Z 1, Abs 4 Z 1, § 344 Abs 1, § 347 Abs 1 Z 1, § 354 Abs 1

Der vorliegende Entwurf sieht betreffend das Nachprüfungsverfahren einen Entfall der Beschwerdepunkte, das heißt der verletzten Rechte im Rahmen des Nachprüfungsantrags, bzw. deren Ersatz durch Beschwerdegründe vor, welche allerdings keine taugliche Abgrenzung des – kassatorischen – Verfahrensgegenstandes darstellen. Da die Entscheidungsbefugnis in Vergabekontrollverfahren nicht mit jener im hoheitlichen Bescheidbeschwerdeverfahren, wo grundsätzlich meritorisch zu entscheiden ist, vergleichbar ist, wäre die Beibehaltung der Beschwerdepunkte zur Begrenzung des Verfahrensgegenstandes, wie dies auch in zivilrechtlichen Verfahren üblich ist, notwendig und wünschenswert. Beschwerdepunkte böten den Vorteil, Überraschungen in einer mündlichen Verhandlung hintanzuhalten, da der Antragsteller angehalten ist, alle Argumente bereits zu Beginn des Verfahrens offenzulegen, womit sich insgesamt eine kürzere Verfahrensdauer erreichen lässt. Da im Bereich des Vergaberechtes auf Grund der besonderen Eigenheit dieses Rechtsbereiches, im Vergleich zu Bescheidbeschwerdeverfahren, spezieller Regelungsbedarf besteht, rechtfertigt dies auch die Beibehaltung des Systems der Beschwerdepunkte im Sinne der Erforderlichkeit gemäß Art 136 Abs 2 B-VG. Wenn die Erläuterungen zu § 334 ausführen, dass der Antragsteller verpflichtet ist, zu präzisieren, in welchen Rechten er sich als verletzt erachtet, ist vom bisherigen Beschwerdepunkt und nicht von den Beschwerdegründen die Rede, weshalb der Gesetzgeber wohl auch beabsichtigt, den Antragsteller aufzufordern anzugeben, in

welchen Rechten er sich verletzt erachtet. Daraus schlussfolgernd wäre die Angabe der Beschwerdepunkte vom Antragsteller weiterhin zu verlangen. Zudem liegen im Vergabeverfahren auch nicht die gleichen rechtspolitischen Wertungen vor, die zum Entfall der Beschwerdepunkte im Werdungsprozess des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes geführt haben (vgl. hierzu etwa *Winkler in Götzl/Gruber/Reisner/Winkler*, Das neue Verfahrensrecht der Verwaltungsgerichte (2014), § 9 Rn 8 ff).

Zu § 336 Abs. 1:

Öffentliche Auftraggeber bzw. vergebende Stellen und beteiligte Unternehmer haben dem Bundesverwaltungsgericht alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Im Sinne einer effizienten Verfahrensführung und der Vorbeugung von Verzögerungen regt das Bundesverwaltungsgericht für den Fall der elektronischen Übermittlung von Unterlagen im vorliegenden Zusammenhang an, dass diese in möglichst geordneter Art und Weise erfolgen soll. Demnach sollten Unterlagen – sofern sie in elektronischer Form übermittelt werden – in einem gängigen und nicht manipulierbaren Format (bspw. schreibgeschützten pdf-Dateien) sowie unter Zugrundelegung eines vollständigen Inhaltsverzeichnisses vorgelegt werden müssen, um die reibungslose Übernahme in den elektronischen Akt des Bundesverwaltungsgerichtes (eVA+) zu ermöglichen und die Notwendigkeit, sämtliche Unterlagen in ausgedruckter Form vorlegen zu müssen, hintanzuhalten.

In diesem Sinne wäre nach dem zweiten Satz folgender weiterer Satz einzufügen:
„Die elektronische Vorlage von Unterlagen hat in einem gängigen, nicht manipulierbaren Format und in übersichtlicher, chronologischer Struktur im Sinne einer geordneten Benennung (Nummerierung) der Dokumente samt Seitenzahlen zu erfolgen. Den Unterlagen ist ein vollständiges Inhaltsverzeichnis beizufügen.“

Zu § 337:

Eine geschäftsordnungsgemäße Behandlung elektronisch vorgelegter Unterlagen setzt voraus, dass die Übermittlung in einem gängigen Format und in geordneter, übersichtlicher Form erfolgt, sodass eine Eingliederung in den elektronischen Akt des Bundesverwaltungsgerichtes (elektronische Verfahrensadministration – eVA+) problemlos sichergestellt werden kann.

Das Bundesverwaltungsgericht regt daher die Aufnahme eines Absatzes 2 in die Bestimmung an, welcher lauten sollte:

„Parteien und Beteiligte können bei der elektronischen Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Auftraggeber können dies darüber hinaus aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses verlangen. Die in Betracht kommenden Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen sind bei ihrer Vorlage entsprechend elektronisch zu markieren. Die elektronische Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 336 Abs. 1 letzter Satz in einer Weise zu erfolgen, dass die geschäftsordnungsgemäße Behandlung durch Eingliederung in den elektronischen Akt des Bundesverwaltungsgerichtes (elektronische Verfahrensadministration – eVA+) gewährleistet ist.“

Zu § 341 Abs 2 Z 1:

Die Klarstellung, dass der Ersatz, der für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezahlten Pauschalgebühr auch bei Klaglosstellung zusteht, ist zu begrüßen.

Zu § 342 Abs 2:

Die Möglichkeit der gemeinsamen Anfechtung von Ausscheidensentscheidung und Widerrufsentscheidung mitsamt der damit verbundenen Folge für die Bezahlung von Pauschalgebühren ist zu begrüßen.

Zu § 342 Abs 4, § 346 Abs 2 und 4:

Wie bisher sieht auch das BVergG 2017 eine Verpflichtung zur Verbindung von Verfahren vor, wenn mehrere Bieter dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung angefochten haben. Ebenso genießen sie im jeweiligen anderen Nachprüfungsverfahren ex lege Parteistellung und es ist für Bewerber oder Bieter möglich, Parteistellung zu erlangen, wenn sie die Verletzung subjektiver Rechte durch die Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung und damit Stattgabe des Nachprüfungsantrags geltend machen. Dies kann jedoch mit Verpflichtungen des Auftraggebers kollidieren, die Namen der Bieter geheim zu halten, etwa bei einer Anfechtung der Ausschreibung oder sonstiger Festlegungen in der Verhandlungsphase. Damit hat es ein Bewerber oder Bieter in der Hand, allein durch Stellung eines Nachprüfungsantrages den Auftraggeber zum Widerruf zu zwingen, wenn er die gebotene Geheimhaltung der Namen der Bieter ernst nimmt.

Aus diesem Grund regt das Bundesverwaltungsgericht an, die Parteistellung und die

Verpflichtung zur Verbindung von Verfahren von der Verpflichtung zur Geheimhaltung der Namen der Bieter abhängig zu machen.

Das Bundesverwaltungsgericht schlägt daher vor, dass § 342 Abs 4 wie folgt lautet:

„(4) Wird dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung von mehreren Unternehmern angefochten, hat das Bundesverwaltungsgericht die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung zu verbinden. Eine getrennte Verfahrensführung ist zulässig, wenn diese im Interesse der Zweckmäßigkeit, Raschheit, Einfachheit und Kostenersparnis gelegen ist. Ist das Vergabeverfahren in einem Stadium, in dem der Auftraggeber verpflichtet ist, die Namen der Bieter geheim zu halten, darf das Bundesverwaltungsgericht die Verfahren nicht zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden.“

Weiters schlägt das Bundesverwaltungsgericht vor, dass § 346 Abs 2 und 4 wie folgt lauten:

„(2) Parteien des Nachprüfungsverfahrens sind ferner jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens. Eine Parteistellung kommt Unternehmern dann nicht zu, wenn sich das Vergabeverfahren in einem Stadium befindet, in dem der Auftraggeber zur Geheimhaltung der Namen der Bieter verpflichtet ist.

(3) ...

(4) Haben mehrere Unternehmer dieselbe gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers angefochten, so kommt ihnen in allen Nachprüfungsverfahren betreffend diese Entscheidung Parteistellung zu, es sei denn, dass sich das Vergabeverfahren in einem Stadium befindet, in dem der Auftraggeber zur Geheimhaltung der Namen der Bieter verpflichtet ist.“

Zu § 344 Abs 3:

Das Übergleiten eines Nachprüfungsverfahrens in ein Feststellungsverfahren erinnert trotz etwas unterschiedlicher Formulierung an die Regelung des § 175 Abs 1 BVergG 2002. Schon damals stellte sich das Problem, dass das – damals zuständige – Bundesvergabeamt über einen Antrag entscheiden musste, für dessen Behandlung es wegen der Beendigung des Vergabeverfahrens nicht mehr zuständig war. Vom Antragsteller wurde kein Feststellungsantrag gestellt und die bloße

Feststellung der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung ist weder im Gesetz vorgesehen noch zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung zur Erlangung von Schadenersatz oder der Nichtigerklärung oder Aufhebung des abgeschlossenen Vertrags nützlich oder notwendig. Daher wäre es sinnvoll, den Antragsteller in diesen Fällen zur Stellung eines dem Gesetz entsprechenden Feststellungsantrags aufzufordern, wobei angesichts der Vielzahl der nach § 353 Abs 1 BVergG 2017 zur Verfügung stehenden Feststellungsanträge insbesondere das Begehren umzustellen wäre. Eine Regelung ähnlich § 353 Abs 4 BVergG 2017 wäre wünschenswert. Das Bundesverwaltungsgericht regt daher an, diesen vorgeschlagenen Absatz entfallen zu lassen und die Voraussetzungen dieses Absatzes in § 353 Abs 4 BVergG 2017 zu integrieren.

Zu § 347 Abs 3:

Die Bindung des Auftraggebers an die Rechtsanschauung des Bundesverwaltungsgerichtes nach der Nichtigerklärung einer Entscheidung ist zur Sicherstellung eines dem Gesetz entsprechenden Vergabeverfahrens zu begrüßen.

Zu § 351 Abs 2:

Die Einführung einer Sanktion betreffend die Öffnung der Angebote entgegen einer Anordnung des Bundesverwaltungsgerichtes ist zu begrüßen.

Zu § 353 Abs 3 und § 355 Abs. 1:

Betreffend die Verpflichtung zur Verbindung von Verfahren bzw. zur Parteistellung ist bei Feststellungsanträgen gemäß § 353 Abs 2 BVergG 2017 auf die obigen Anmerkungen über die Parteistellung und die Verpflichtung zur Geheimhaltung der Namen der Bewerber oder Bieter zu verweisen, da immer noch die Möglichkeit der Fortführung des Vergabeverfahrens im Raum steht.

Zu § 356 Abs. 9:

Im Hinblick auf den letzten Satz der Bestimmung, wonach Geldbußen dem Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung zufließen sollen, wird eine diesbezügliche Evaluierung im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit angeregt.

Der Präsident
Perl

Elektronisch gefertigt

