



REPUBLIK ÖSTERREICH
Bundesministerium für öffentliche
Wirtschaft und Verkehr

A-1031 Wien, Radetzkystraße 2
Teletex (232)3221155 bmowv
Telex 61 3221155 bmowv
Telex 132 481 strvka (Straßenverkehr)
Telefax (0222) 713 03 26
Telefax (0222) 711 62/9498 (Verkehrspolitik)
DVR: 0090204

An die
Parlamentsdirektion

1017 W i e n

Sachbearbeiter:
Tel.: (0222) 711 62 DW 9109
Pr.Zl.5795/ -4/92

Betrifft GESETZENTWURF	
Zl.	82. GE 392
Datum:	6. OKT. 1992
Vert.	17. Okt. 1992 <i>Am</i>

Dr. Stzwanger

Betreff: Entwurf eines Bundesgesetzes über die
Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabe-
gesetz)

Das Bundesministerium für öffentliche Wirtschaft und Verkehr
übermittelt in der Beilage 25 Exemplare seiner zum og. Geset-
zesentwurf ergangenen Stellungnahme samt Beilage.

Beilage

Wien, am 28. September 1992

Für den Bundesminister:

Dr. Frachner

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

[Handwritten signature]



REPUBLIK ÖSTERREICH
Bundesministerium für öffentliche
Wirtschaft und Verkehr

A-1031 Wien, Radetzkystraße 2
Teletex (232)3221155 bmoww
Telex 61 3221155 bmoww
Telefax 132 481 strvka (Straßenverkehr)
Telefax (0222) 713 03 26
Telefax (0222) 711 62/9498 (Verkehrspolitik)
DVR: 0090204

An das
Bundeskanzleramt

Ballhausplatz 2
1014 W i e n

Sachbearbeiter:
Tel.: (0222) 711 62 DW 9109

Pr.Zl. 5795/1-4/92

Betreff: Entwurf eines Bundesgesetzes über die
Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabe-
gesetz)

Bezug: do GZ 600.883/1-V/8/92

Das Bundesministerium für öffentliche Wirtschaft und Verkehr
nimmt zum ggstl. Entwurf wie folgt Stellung:

Allgemeine Bemerkungen

Schon seit Jahren gibt es in Österreich Bemühungen, die
Rechtszersplitterung im Bereich des Vergaberechts zu beseiti-
gen. Insofern ist die Initiative zu begrüßen, die Verpflich-
tungen aus dem EWR-Abkommen zum Anlaß zu nehmen, nicht nur die
einschlägigen EG-Richtlinien zu übernehmen, sondern auch das
Vergaberecht in Österreich neu zu regeln.

Dieses - zweifache - Ziel wirft aber grundlegende regelungs-
technische Probleme auf, die der Entwurf eines Bundesvergabe-
gesetzes aber nicht in rechtsstaatlich einwandfreier Weise
löst. Hauptproblem ist die Tatsache, daß es in den EG bzw. im
EWR kein einheitliches Vergaberecht, sondern lediglich Be-
reichsregelungen, (z.B. Bauaufträgerichtlinie, Sektorenricht-
linie und neuerdings die Dienstleistungsrichtlinie) gibt. Der
derzeitige Entwurf eines Bundesvergabegesetzes trägt diesem

- 2 -

Konzept insoferne Rechnung, als die Übernahme des EG-Richtlinienrechtes in Form von auf § 2 gestützten Verordnungen erfolgen soll. Fraglich bleibt daher, in welchem Umfang diese Verordnungsermächtigung durch das EG-Richtlinienrecht determiniert wird; fraglich bleibt weiter, in welchem Verhältnis diese Verordnungen zu den anderen - einfachgesetzlichen - Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes stehen.

Darüberhinaus bestehen gegenüber der Bestimmung des § 2 im Hinblick auf den nicht näher definierten Umfang ihrer Verordnungsermächtigung massive verfassungsrechtliche Bedenken. Ebenso erscheint die Möglichkeit, daß das Gesetz durch Verordnungen derogiert werden kann (§ 2 Abs. 1 iVm § 1 Abs. 3 des Entwurfes) verfassungsrechtlich höchst bedenklich.

Durch § 2 (3) wird die Möglichkeit eröffnet, einschlägige ÖNORMEN zum Teil oder zur Gänze für bindend zu erklären. Vergleicht man den zur Stellungnahme versandten Entwurf der ÖNORM A 2050 mit dem Bundesvergabegesetz sind die Bestimmungen der Abschnitte 1 - 7 weitgehend übereinstimmend mit der ÖNORM A 2050 in der Zielsetzung, jedoch nicht in sprachlicher und aufbaumäßiger Umsetzung. Die EG-Konformität kann in ihrem Grundsatz nicht in Frage gestellt werden, jedoch sehr wohl in den - allenfalls verordnungsmäßig - für die Sektoren in Frage kommenden Regelungen. Wobei noch ausdrücklich zu erwähnen ist, daß die Unterstellung unter die SRL die Anwendung der - in das Bundesvergabegesetz eingearbeiteten - Rechtsmittelrichtlinien und Dienstleistungsrichtlinien angeblich ausschließt. Wodurch sich wiederum die Frage der EG-mäßigen Notwendigkeit der Abschnitte 9 - 11 ergibt, jedoch speziell für die Sektoren diese Abschnitte bestimmt sein sollen.

Zu den einzelnen Bestimmungen des Entwurfes

§ 3

wünschenswert wäre eine einheitliche Sprachregelung zwischen ÖNORM und Gesetz und in weiterer Folge auch innerhalb des Ge-

- 3 -

setzes z.B.: § 3, Pkt. 7, 2. Absatz: "..... abgestuftes Verfahren" lautet richtigerweise "zweistufiges Verfahren"

§ 4 (1)

fordert die Vergabe zu angemessenen, der Marktlage entsprechenden Preisen. Die Regelung berücksichtigt anscheinend nicht die Möglichkeit von Gelegenheitskäufen (vgl. Artikel 15 Absatz 2 lit j) und k) Sektorenrichtlinie 90/531/EWG).

§ 5:

Das Nichtdiskriminierungsverbot in § 5 geht weit über die völkerrechtlichen Verpflichtungen hinaus, die Österreich im Rahmen des GATT, des GATT-Kodex über das öffentliche Beschaffungswesen und schließlich im EWR-Vertrag übernommen hat: Das gesetzliche Nichtdiskriminierungsverbot wirkt nämlich "erga omnes" und würde damit auch Anbieter und Angebote aus Staaten begünstigen, die nicht einmal Mitglied des GATT sind. Besonders hervorzuheben ist, daß nach geltendem GATT-Recht sogar GATT-Mitglieder, die - was für den Großteil der Mitgliedstaaten zutrifft - nicht Mitglieder des GATT-Kodex über das öffentliche Beschaffungswesen sind, gemäß Art. III Abs. 8 GATT im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens zulässigerweise diskriminiert werden dürfen.

Österreich würde mit § 5 in der vorgeschlagenen Form international-wirtschaftsrechtlich eine Vorleistung erbringen, der keine Gegenleistung entspricht; weiters würden dadurch künftige Verhandlungspositionen Österreichs geschwächt. Es sprechen daher zahlreiche, z.T. grundsätzliche Überlegungen dafür, das Diskriminierungsverbot auf Anbieter und Waren aus den EWR-Mitgliedstaaten und den Mitgliedstaaten des GATT-Kodex über das öffentliche Beschaffungswesen zu beschränken.

(In diesem Zusammenhang wäre weiters auch das Verhältnis des GATT-Kodex über das öffentliche Beschaffungswesen zum Bundesvergabegesetz zu diskutieren. Der genannte GATT-Kodex ist nämlich lediglich ein Rahmenvertrag, der die "öffentlichen Beschaffungsstellen" nicht unmittelbar festlegt; diese werden

- 4 -

erst nach Notifikation durch die Mitgliedstaaten in Listen aufgenommen und werden erst dadurch zur Einhaltung der Kodex-Bestimmungen verpflichtet; außerdem enthält der GATT-Kodex über das öffentliche Beschaffungswesen eine Sonderregelung für die Beschaffung durch die Heeresbeschaffungsstellen.)

§ 6

Es fragt sich, ob diese Bestimmung erforderlich ist, da jeder, der an einer Ausschreibung mitgearbeitet hat, befangen ist. Im Hinblick auf die zivilrechtlichen Folgen und allenfalls sogar strafrechtlichen Konsequenzen müßten hinkünftig alle Ausschreibungen an Externe vergeben werden, was wiederum dem § 8 (2) widerspricht.

§ 7 (2)

Festzuhalten ist, daß Art. 15/1 der SRL dem Auftraggeber freie Wahl der Vergabeverfahrensart einräumt.

§ 8 (1)

sollte lauten "..... sollten grundsätzlich ungeteilt ausgeschrieben werden."

§ 8 (2)

sollte lediglich der 1. Satz bestehen bleiben, die übrigen entfallen.

§ 9

ÖNORM Text Pkt. 2.1.2 ist eindeutiger, wobei auf ho. Änderungswunsch hingewiesen wird.

§ 9 (6) sollte geändert werden:

"In der Ausschreibung ist darauf hinzuweisen, daß maßgebliche arbeits- und sozialrechtliche Verpflichtungen einzuhalten sind."

§ 10

enthält die überaus problematische Regelung, daß Alternativ-

- 5 -

angebote im Regelfall nicht ausgeschlossen werden dürfen. Vielfalt ist an sich begrüßenswert, eine zwingende Beschäftigung mit solchen Angeboten ist jedoch in vielen Fällen nicht zweckmäßig.

Der mit dieser Vorschrift verbundene administrative Aufwand wurde offenbar nicht berücksichtigt. Es müßte generell dem Auftraggeber überlassen bleiben, ob er in einem konkreten Fall auch alternative Angebote erhalten möchte. Zu überlegen wäre, ob auch nicht Angebote mit Vorbehalten als Alternativenangebote gelten sollten.

§ 11 (1)

"erschöpfend" wäre zu streichen.

§ 11 (2)

ist nicht zur Gänze mit Artikel 13 Sektorenrichtlinie vereinbar: die EG-Regelung ist differenzierter.

§ 11 (5)

Die Prüfung der Umweltgerechtigkeit nach diesem Absatz würde einen Umweltexperten in jeder Vergabe erfordern, vgl. ÖNORM.

§ 11 (8) wozu Verordnung?

§ 12 (2)

läßt die Frage unbeantwortet, ob sich die Verpflichtung zur Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften auch auf Lieferaufträge - hier ist insbesondere an Importware zu denken - erstreckt. Die EG-Richtlinien sehen eine derartige Pflicht nur für Bauarbeiten vor.

§ 12 (3) 3

Über die Aufnahme von Vertragsstrafen muß die Vergabestelle frei entscheiden dürfen, auf jeden Fall gehört das Wort "erheblich" gestrichen.

- 6 -

§ 13 (1)

Die Wahl der Bekanntmachungsart im offenen Verfahren sollte analog ÖNORM freibleiben.

§ 13 (2)

Wie schon in der Norm sind auch hier eine Vielzahl von Angaben angeführt, die in der Bekanntmachung nichts verloren haben, sondern mit den Angebotsunterlagen übergeben werden können (z.B. 5.e, 6.a Kennwort, 6.b, 7., 8).

§ 13 (3)

beschränkt den Kostenersatz auf Druck- und Vervielfältigungskosten. Die Sektorenrichtlinien läßt den Ersatz der "tatsächlichen Kosten" (auch der Kosten für die Erstellung der Unterlagen?) zu.

§ 14

Eine einheitliche Sprachregelung wäre auch hier begrüßenswert.

§ 14 (1)

Dieser Absatz wäre zu streichen. Die Berichtigung oder Ergänzung ist nur jenen mitzuteilen, die sich Ausschreibungsunterlagen abgeholt haben. Die Ausgabe weiterer Unterlagen erfolgt bereits in berichtigter bzw. ergänzter Form.

§ 14 (5)

Die Formulierung läßt nicht erkennen, welcher Nachweis der Verständigung erforderlich ist, siehe ÖNORM 4.8.3.

§ 15 (1)

sieht für die Bieter die Möglichkeit der Abgabe von "Kurzleistungsverzeichnissen" vor. Dies könnte, wegen mangelnder Übersichtlichkeit, zu einem erheblichen Mehraufwand bei der Auswertung der Angebote - speziell bei kommissioneller Angebotsöffnung - führen. Daher sollten zumindest besondere Formvorschriften die Übersichtlichkeit (Reihenfolge der Positionen etc.) garantieren.

- 7 -

§ 17 (1)

Fraglich ist, wer als "unbefangener Zeuge" gilt.

Gemäß ÖNORM schließen triftige Gründe die Zulassung der Bieter zur Öffnung der Anbote aus. Es wäre der Text aus der Norm zu übernehmen. Der letzte Satz wäre zumindest durch die Aufnahme des Wortes "grundsätzlich" zu entschärfen. Die Bieter sollten nur bei einem offenen Verfahren teilnehmen dürfen.

§ 17 (3)

Gemäß § 17 Abs. 3 letzter Satz ist den Bietern Einsichtnahme in die Niederschrift zu gewähren. Gemäß Punkt 4.3.5 ÖN-E ist hingegen dem Bieter nur der sein Angebot betreffende Teil der Niederschrift zur Kenntnis zu bringen. Eine mißbräuchliche Auswertung der Niederschrift durch Konkurrenten muß zwingend verhindert werden!

§ 18 (4)

fordert vom Auftraggeber (verpflichtend!) die Berichtigung von Rechenfehlern. Im Gegensatz zu Punkt 4.3.3.3 ÖN-E findet sich keine Wertgrenze, ab der rechnerisch fehlerhafte Angebote nicht weiter berücksichtigt werden müssen. Überdies wird im Gesetzesentwurf der Begriff "Rechenfehler" nicht definiert. Auch der Punkt 4.5.11 der Norm wäre unbedingt beizubehalten. Die verlangte Berichtigung der Rechenfehler ist dem Auftraggeber nicht zuzumuten. Er müßte die Berichtigung bei allen Angeboten durchführen (auch jene, die aufgrund der Preise keine Berücksichtigung fänden), da ja durch die Berichtigung eine Umreihung möglich ist. Dies wäre bei der Auftraggeberseite auch mit einem erheblichen zusätzlichen Aufwand verbunden.

§ 18 (8)

Eine Umformulierung scheint im Hinblick auf § 4 (2) und § 8 (2) zweckmäßig.

§ 19 (2) 1. Satz

sollte lauten: "Ist, so hat der Bieter diese auf

- 8 -

Verlangen des Auftraggebers nachzuweisen." § 19 (8) könnte damit entfallen.

§ 19 (3)

welche Befugnis mit dem Auszug aus dem Firmenbuch nachgewiesen werden soll, ist fraglich.

§ 19 (6)

Eine Verpflichtung zur Ausstellung einer Bescheinigung wie vorgesehen ist nicht normiert, sodaß ein Auftraggeber - und der sollte sie wohl ausstellen - nur gebeten werden kann.

§ 20 (1)

Vor "unzulässig" wäre das Wort "grundsätzlich" aufzunehmen, Ausnahmen müssen möglich sein.

§ 20 (2)

Es gilt das zu § 14 (1) Gesagte gleichermaßen.

§ 20 (3)

Die Auskunftseinholung sollte zwingend vorgeschrieben sein. Das "und" zwischen Preisangemessenheit und Gleichwertigkeit wäre durch "oder" zu ersetzen.

§ 20 (5)

Der Einsatz von Kommissionen sollte auf das unbedingt notwendige Ausmaß reduziert werden. Abgesehen davon, daß "kommissionell" nicht näher definiert wurde, scheint im konkreten Fall eine schriftliche Stellungnahme mit Fristenvorgabe auch im Hinblick auf die - unseres Erachtens jedenfalls aufrecht zu erhaltenden - Ausscheidungskriterien zweckmäßig (vgl. ÖNORM Pkt. 4.5.5 in Verbindung mit 4.3.3.1).

§ 21 (1)

Die Formulierungen in der ÖNORM scheinen ausreichend.

- 9 -

§ 21 (6)

Der 2. Satz dieses Absatzes wäre zu streichen. Sollte dies nicht erfolgen, sollte er zumindest durch den ÖNORM Text Punkt 4.9.2 ersetzt werden. In jedem Fall ist jedoch die Frage zu prüfen, ob mit diesem Text (alt oder neu) ein zulässiger Übermittlungstatbestand gemäß § 18 Datenschutzgesetz begründet wurde und ob derartige Verständigungen gemäß Punkt 4.9.2 bzw. § 21 (6) nicht auch auf Schwellenwertvergabe beschränkt sein sollten.

§ 21 (7)

ist nicht eindeutig und wäre unseres Erachtens durch den ÖNORM Text Punkt 4.7.1 voll entsprochen.

§ 22 (1)

sollte analog ÖNORM Punkt 2.3.3 ausgestaltet sein.

§ 22 (2)

Auch bei "Branchenüblichkeit" der Weitergabe von Teilleistungen sollte der Auftraggeber über diese Weitergabe informiert sein indem er sich für zulässig erklärt hat. die Zulässigkeitsklärung wäre daher insgesamt ausreichend.

§ 23 (1)

Die Entscheidung muß ohne Einschränkungen beim Auftraggeber liegen, damit später keine Reklamationen oder Regreßforderungen über die Art des Verfahrens (offen/nicht offen) möglich sind.

§ 23 (6)

scheint mit § 28 (1) nicht übereinzustimmen.

§ 24 (1)

Die Bestimmungen des § 13 (2) sind nicht enthalten, scheinen jedoch erforderlich.

- 10 -

§ 24 (1) 1

Sollte zumindest analog ÖNORM Punkt 2.5.3 formuliert sein, in den Sektorenrichtlinien sind für alle Vergabearten sogar die tatsächlichen Kosten (ohne weitere Definition) zugelassen.

§ 24 (2) 1. Satz

wäre zu ergänzen: "..... mindesten 5 oder alle in Frage kommenden Unternehmer"

§ 24 (2) 2. Satz

Hier wäre nur insoweit auf § 27 zu verweisen, als nämlich in den Fällen des § 23 Zi 2 und 4 der § 27 zur Anwendung zu bringen wäre

§ 25:

§ 25 enthält eine (taxative) Aufzählung jener Fälle, in denen (ausnahmsweise) das sogenannte "Verhandlungsverfahren" zulässig sein soll. § 25 entspricht somit funktionell Art. 15 der für die öffentlichen Unternehmen in Österreich wichtigsten EG-Richtlinie betreffend das öffentliche Beschaffungswesen, nämlich der "Sektorenrichtlinie". Freilich besteht derzeit - wie schon zu den allgemeinen Bemerkungen ausgeführt - offensichtlich die Absicht, die Sektorenrichtlinie durch die Verordnung nach § 2 in innerstaatliches Recht umzusetzen. Dennoch wäre es, wenn man schon beim hier kritisierten Konzept bleibt, zweckmäßig, die wichtigsten Ausnahmebestimmungen (z.B. Anschaffung beim traditionellen Lieferanten, um die Querstandardisierung nicht zu gefährden; Rahmenverträge) im Katalog des § 25 ebenfalls zu berücksichtigen.

§ 25 Z. 8

Die Einschränkung auf 50 % der Auftragssumme ist durch die vorangehenden Einschränkungen kein Wettbewerbskriterium und sollte der nicht obrigkeitlichen Ausführungsregelungen vorbehalten sein.

- 11 -

§ 25 Z. 10

Es sollte unbedingt der Text aus der Norm Eingang finden.

§ 25 Z. 11

Der ÖNORM Text ist ausreichend präzise, insbesondere wenn man bedenkt, daß auch der ÖNORM Text alt den EG-Regeln der Sektoren diesbezüglich nicht ganz entspräche, weil es in diesen Fällen keinen Wettbewerb mehr gibt.

§ 26

Sowohl ÖNORM als auch der vorliegende Gesetzesentwurf haben die an sich formfreie Vergabeart "freihändige Vergabe" in ein förmliches Verfahren abgeändert, wobei wie in § 24 vorweg festgestellt werden sollte, welche Paragraphen für das Verhandlungsverfahren gelten. Zu fragen wäre auch, inwieweit diese Verschärfungen EG-bedingt veranlaßt sind bzw. welchen Interessen damit Rechnung getragen wurde.

§ 27

Der Nutzen dieser vorgeschriebenen Vorgangsweise ist fraglich und nur dann zu rechtfertigen, wenn allgemein behauptet wird, daß die öffentliche Hand regelmäßig Wettbewerbsverletzungen begeht. Da dies nicht angenommen wird, sollte es bei dem alten ÖNORM-Text betreffend "öffentlicher Interessentensuche" belassen werden. Allenfalls mit entsprechenden EG-Anpassungen, wenn diese verbindlich sind. Unseres Erachtens wäre daher ebenfalls der § 27 zu überarbeiten.

§ 28 (3) letzter Satz sollte lauten:

"Ferner ist in der Bekanntmachung der allfällige Ersatz von Kosten für zeit- und arbeitsaufwendige Vorschläge vorzusehen."

§ 29

Die Zusammensetzung der Kommission bzw. ihre Mitgliederanzahl sollte näher konkretisiert werden.

- 12 -

§ 30 Z. 3

Die Definition bzw. Kriterien für "Unfähigkeit" fehlen.

§ 32 (1)

Z. 2 sollte lauten: "in den Fällen des § 21/8."

Z. 3: es ist fraglich, welchen Zweck diese Bestimmung verfolgt.

§ 32 (3)

sollte - wenn überhaupt - lauten:

"In Verfahren, für welche ein Nachprüfungsverfahren vorgesehen ist, ist die Tätigkeit der Kommission auf § 21 (8) beschränkt."

§ 33 (7)

Die getroffene Fristregelung ist eindeutig zu lang für § 21 (8). Welche Konsequenzen hat eine Nichterstattung eines Gutachtens? Insgesamt ist zur Einrichtung einer Vergabekontrollkommission zu vermerken, daß diese nach ho. Wissen keine Verpflichtung der allgemeinen Vergabekoordinierungsrichtlinie der EG ist. Eine solche Kommission, die ja bereits bei der VOÖB vorgesehen war, sollte nur dann aufgenommen werden, wenn der erwartete Nutzen dort eingetreten ist.

9. Abschnitt

Die Bestimmungen dieses Abschnittes sollten im Hinblick auf den § 37 erst dann festgelegt werden, wenn der Umfang des zu übernehmenden Rechtsbestandes der EG bekannt ist.

10. Abschnitt

Vergleicht man § 47 mit der Sektorenüberwachungsrichtlinie ist im vorliegenden Gesetzesentwurf nicht definiert bis zu welchem Zeitpunkt die EFTA-Überwachungsbehörde die beschriebene Aufforderung aussprechen kann bzw. wer Adressat der Aufforderung der EFTA-Behörde ist unter Bezugnahme auf § 1 des vorliegenden Gesetzes bzw. wie sich § 39 zu § 47 verhält. Überdies wird die Aufnahme einer Beweislastumkehr an sich und im Hinblick auf

- 13 -

die Sektorenrichtlinie, die auf den Nachweis des Bieters nach einer "echten Chance" auf die Zuschlagserteilung abstellt, abgelehnt.

Abschließend wird auf die in Kopie beiliegende, bereits direkt dem BKA mit Schreiben vom 24. September 1992 übermittelte Stellungnahme der Generaldirektion für die Post- und Telegraphenverwaltung hingewiesen.

Gleichzeitig wird mitgeteilt, daß 25 Exemplare dieser Stellungnahme dem Präsidium des Nationalrates übermittelt werden.

Wien, am 28. September 1992

Für den Bundesminister:

Dr. Prachner

Für die Richtigkeit

der Ausfertigung

Andreas