



An das
Bundeskanzleramt
Ballhausplatz 2
1014 Wien

82-GE 9 P2
Datum: 29. SEP. 1992
Vor: 1. Okt. 1992

Wien, den 25. September 1992

Betrifft: Entwurf eines Bundesvergabegesetzes
(Ihre Zahl: 600880/1-V/8/82); Stellungnahme

Das Institut für Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien, das seit vielen Jahren das österreichische und das europäische Vergaberecht zu seinen Forschungsschwerpunkten zählt, erlaubt sich, zum Entwurf eines Bundesvergabegesetzes beschränkt auf einige wesentliche Grundfragen und Strukturprobleme wie folgt Stellung zu nehmen:

1. Zum Vorhaben eines Vergabegesetzes im allgemeinen:

Eines der Ziele des Gesetzentwurfes ist die notwendige Anpassung des österreichischen Vergaberechts an das Vergaberecht der EG, dies unter der Annahme, daß entsprechende Anpassungsverpflichtungen durch einen Abschluß des EWR-Vertrages entstehen werden.

Angesichts des Geltungsbereichs der Vergaberichtlinien der EG und der angenommenen Umsetzungsnotwendigkeit erscheint eine gesetzliche Regelung des Vergaberechts in Österreich unverzichtbar: Das EG-Vergaberecht bindet sowohl Gebietskörperschaften als auch andere Rechtsträger. Die obersten Organe des Bundes und der Länder sowie die außerhalb der Gebietskörperschaften stehenden Einrichtungen, die nicht durch staatliche Weisung zur Einhaltung von Vorschriften verpflichtet werden können, können im Kontext des österreichischen Verfassungsrechts aber nur durch Gesetz zur Einhaltung von Vergabevorschriften veranlaßt werden.

Auch die Einräumung von subjektiven Bieterrechten sowie die Einrichtung entsprechender (mit Entscheidungsbefugnis ausgestatteter) Rechtsmittel und Kontrollorgane bedarf nach österreichischem Verfassungsrecht einer gesetzlichen Grundlage.

Die Umsetzung der Vergaberichtlinien der EG, die durch den EWR-Vertrag für Österreich verbindliches Recht werden sollen, muß daher in Österreich durch gesetzliche Regelung erfolgen.

Aber auch außerhalb des vom EG-Recht geregelten Bereichs ist - aus verfassungsrechtlichen und verfassungspolitischen Gründen - eine gesetzliche Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe erforderlich. Die Anliegen der Vereinheitlichung und Transparenz, der Sicherung der Anwendung von Vergaberegeln in jedem Einzelfall, der Einräumung von Bieterrechten und der Einrichtung von Rechtsschutz- und Kontrollsystemen können nur durch eine gesetzliche Regelung realisiert werden.

In der rechtswissenschaftlichen Diskussion hat sich daher zu Recht die Auffassung durchgesetzt, daß eine gesetzliche Regelung des Vergabewesens eine unverzichtbare rechtspolitische Forderung darstellt. Das anders strukturierte, dem entgegenstehende Konzept des vom Amt der Wiener Landesregierung erstellten Entwurfs eines Mustervergabegesetzes der Länder ist daher entschieden abzulehnen.

Der vorliegende Entwurf des Bundeskanzleramtes zeichnet sich durch hohen verfassungsrechtlichen, legistischen, europarechtlichen und vergaberechtlichen Sachverstand aus. Er ist daher an sich eine geeignete Grundlage für die Ausarbeitung einer Regierungsvorlage. Einige wesentliche Fragen, auf die im folgenden einzugehen ist, sollten jedoch nochmals überdacht und - das bezieht sich insbesondere auf den unseres Erachtens wenig gelungenen Abschnitt über die Vergabekontrolle - neu konzipiert werden.

2. Zur bundesstaatlichen Problematik:

Der vorliegende Entwurf beschränkt sich auf eine Regelung der Auftragsvergaben im Bundesbereich. Die Regelung des Vergabeverfahrens für die Länder und Gemeinden und für die der Rechnungshofkontrolle unterliegenden, nicht gewerblich tätigen Unternehmungen der Länder und Gemeinden oder andere zum Landesbereich zählende Einrichtungen soll durch Landesgesetz erfolgen.

Dieses Konzept scheint bundesstaatlichen Anforderungen gerecht zu werden, ist doch die Auftragsvergabe ein wesentlicher Teil der Staatlichkeit der einzelnen Teile des bundesstaatlichen Ganzen. Den Ländern die Regelung "ihrer" Auftragsvergabe nicht zu überlassen, bedeutete einen sehr weitgehenden Eingriff in das föderalistische System. Aber andererseits muß man auch die Interessen der Betroffenen, insbesondere der betroffenen Wirtschaft sehen: Verfahrenszerplitterungen, Unterschiedlichkeiten im Vergabeverfahren zwischen einzelnen Bundesländern oder zwischen Ländern und dem Bund be-

wirken Ineffizienz und sind gesamthaft betrachtet zweifellos unökonomisch.

Während also das föderalistische Baugesetz unserer Verfassung für ein Vergabegesetz des Bundes und neun Vergabegesetze der Länder spricht, sprechen der auch verfassungsgesetzlich formulierte Grundsatz der Wirtschaftlichkeit der gesamten Staatstätigkeit und die Bedürfnisse der Wirtschaft für eine Vereinheitlichung.

In der gegebenen Situation ist freilich zu bedenken, daß die wesentlichen vergabepolitischen Entscheidungen von Bund und Ländern angesichts der Vorgaben der EG-Vergaberichtlinien gar nicht mehr getroffen werden können, sodaß sich die Kompetenzen weitgehend auf Formale reduzieren. Der Verlust der Landeskompetenzen wiegt in einer solchen Situation vergleichsweise leichter. Unter diesem Gesichtspunkt ist für eine einheitliche gesetzliche Regelung für Bund und Länder zu plädieren.

Nach herrschender Auffassung bedarf eine solche Vorgangsweise einer eigenen verfassungsrechtlichen Kompetenzgrundlage. Es erscheint uns aber auch fraglich, ob das auf die Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe im Bundesbereich beschränkte Anliegen eines Bundesvergabegesetzes ohne entsprechende Änderung der Kompetenzverteilung überhaupt möglich ist. Wenn es aber richtig ist, daß - wie die Erläuterungen zum Entwurf meinen - die Regelung des Vergabeverfahrens Ausfluß der Zivilrechtskompetenz (Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG) ist, dann ist nicht einzusehen, daß das Vergabeverfahren nur im Bundesbereich, nicht aber im Bereich der Länder und Gemeinden Zivilrecht darstellen soll. Unter der Annahme des Bestehens einer derartigen Zivilrechtskompetenz bedürfte auch eine gesetzliche Regelung der Auftragsvergaben im Landesbereich durch den Bund keiner Veränderung der Kompetenzgrundlage. Andererseits wären unter dieser Annahme Landes-Vergabegesetze kompetenzwidrig, da sie ja in die Zivilrechtskompetenz des Bundes eingreifen würden.

In der Literatur ist die Frage, auf welche Kompetenzgrundlage sich ein Vergabegesetz stützen kann, umstritten. Es wurde vorgeschlagen, zur Klärung der Situation ein verfassungsgerichtlich kompetenzfeststellungsverfahren durchzuführen, doch dürfte in der konkreten Situation hierfür der Zeitdruck zu groß sein. Nach unserer Ansicht aber ist die Kompetenzrechtsslage de lege lata so unsicher, daß sich jedenfalls eine verfassungsgesetzliche Klarstellung (wie sie etwa auch der Vergabegesetzentwurf 1982 vorgenommen hat) empfiehlt.

3. Die Detailfreudigkeit des Entwurfs:

Nach dem derzeitigen Stand der Deregulierungsdiskussion, in der eine Reduktion der Normtexte und eine Reduktion der Regelungsintensität gefordert wird, werden zu sehr ins Detail gehende gesetzliche Regelungen eher abgelehnt. Vielmehr strebt man allgemeiner gehaltene, die Grundsätze regelnde gesetzliche Normen an, deren Konkretisierung Verordnungen (aber auch außerstaatlichen Regelwerken zB ÖNORMen) übertragen wird. Derartige Regelwerke sind in den beteiligten Kreisen zumeist gut bekannt und akzeptiert; auch ist in ihnen im Regelfall ein besonders hoher Sachverstand enthalten. International-rechtlich (insb im EG-Recht) kommt dieser Technik der Rechtssetzung daher eine immer stärkere Bedeutung zu.

Wendet man diese skizzierten Einsichten auf das zu lösende Problem der gesetzlichen Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe an, so ergibt sich daraus das Postulat, die gesetzliche Regelung auf das wesentliche zu beschränken und zur weiteren Konkretisierung auf die bestehenden außerstaatlichen Regelwerke - konkret also auf die einschlägigen ÖNORMen - zu verweisen. Dies empfiehlt sich auch aus Kontinuitätsgründen, wird doch das geltenden Vergaberecht inhaltlich weitgehend durch die bestehende ÖNORM A 2050 gestaltet.

Der Entwurf geht diesen Weg nur zum Teil: Er regelt die öffentliche Auftragsvergabe detailreich, ermächtigt die Bundesregierung zur ordnungsmäßigen Konkretisierung und ermächtigt die Bundesregierung weiters, dabei einschlägige ÖNORMen für verbindlich zu erklären. Die in der Deregulierungsdiskussion empfohlene Entlastung des Gesetzestextes findet also nicht statt und die Technik des Normenverweises wird erst auf der dritten Stufe aktualisiert.

Diesem Konzept sind zwei Überlegungen entgegenzuhalten:

Die unerhört detailreiche gesetzliche Regelung dürfte nicht günstig sein; sie belastet das Gesetzeswerk und verdeckt den Blick aufs Grundsätzliche; sie bewirkt einen Verlust an Flexibilität; sie erschwert notwendige Anpassungen an neue Entwicklungen oder Einsichten.

Auch die Ermächtigung zur ordnungsmäßigen Konkretisierung ist nicht problemfrei: Schon bei der Diskussion um den Vergabegesetzesentwurf 1969 hat Theodor Tomandl (Rechtsprobleme einer gesetzlichen Regelung des Vergabewesens in: *Wirtschaft und Verfassung in Österreich*, FS Franz Korinek, 1972, 209 ff, insb 213 ff) auf die Gefahr hingewiesen, die darin besteht, daß die inhaltliche Ausgestaltung bei einer solchen Konstruktion von eben jenen vorgenommen wird, deren Verhalten durch das Gesetz gebunden werden soll. Diese Gefahr wird in dem Maße größer, in dem das Gesetz allgemein gehalten ist.

Dazu Tomandl: "Denn ein sehr allgemein gehaltenes Gesetz bedarf der inhaltlichen Präzisierung, die in genereller Form wiederum die Verwaltung durch Verordnungen vornehmen könnte. Abermals stünden wir vor der skurilen Situation, daß eben jenes Staatsorgan, dessen Hände zur Vermeidung übergroßer Marktmacht gebunden werden sollen, diese Bindung selbst vornehmen könnte und müßte" (215).

Der damit skizzierten Gefahr könnte man durch Verbindlicherklärung einschlägiger ÖNORMen im Gesetz selbst gegensteuern. Man könnte die gesetzliche Regelung - insofern auch dem "new approach" in der EG-Rechtssetzungspraxis entsprechend - auf Grundsätzliches und besonders Bedeutsames reduzieren und formulieren, daß im übrigen die einschlägigen ÖNORMen, sofern sie dem Gesetz nicht widersprechen, verbindlich sind. Eine solche - sachgerechte - Technik ist in der derzeitigen Situation freilich deshalb nicht gangbar, weil das Österreichische Normungsinstitut - durchaus im Bestreben, den differenzierten Anforderungen der EG-Vergaberichtlinien zu entsprechen - derzeit das einschlägige Normenwerk überarbeitet und bis Ende dieses Jahres nur mit der Neufassung der überarbeiteten ÖNORM A 2050 (als Grundlagennorm) zu rechnen ist, die spezifischen Bereichsnormen aber noch nicht erarbeitet sind.

Das Vergabegesetz sollte daher auf Wesentliches und Grundsätzliches (insb die Regelung des Geltungsbereiches, die Grundsätze des Vergabeverfahrens, die Einräumung subjektiver Bieterrechte und das Rechtsschutz- und Kontrollsystem) reduziert werden. Die Konkretisierung - wie dies der Entwurf vorsieht - sollte dem Verordnungsgeber übertragen werden, der aber durch eine Neufassung des § 2 Abs 3 des Entwurfs zu verpflichten wäre, sich an den einschlägigen ÖNORMen zu orientieren und diese - sofern sie nicht mit gesetzlichen Vorschriften in Widerspruch stehen - für verbindlich zu erklären.

4. Zu den Regelungen über die Vergabekontrolle:

Von besonderer Bedeutung ist bei der in Aussicht genommenen gesetzlichen Regelung der öffentlichen Auftragsvergabe die Institutionalisierung eines sachgerechten und rechtsstaatlichen Anforderungen entsprechenden Rechts des Rechtsschutzes und der Kontrolle. Die damit in Zusammenhang stehenden Fragen sind freilich auch schwierig zu lösen, da man auf diesem Gebiet weitgehend Neuland betritt.

Wir glauben daher, daß es sinnvoll ist, diesem Problemkreis verstärkte Aufmerksamkeit zuzuwenden:

a) Das Kontrollsystem des Entwurfs ist von der grundsätzlichen Trennung zwischen den Auftragsvergaben im Geltungsbereich des EG- bzw EWR-Vergaberechts und jenen außerhalb dieses Bereichs geprägt.

Damit werden die Bundesvergaben in zwei große Gruppen geteilt: Jene Vergaben, für die den Bietern ein rechtsförmiges Kontrollverfahren auch des laufenden Vergabeverfahrens mit hoheitlicher Entscheidungsbefugnis des Kontrollorgans offensteht und jene Vergaben, bei denen den Bietern selbst kein oder nur ein sehr mittelbarer Einfluß auf die Kontrolle zukommt. Diese Differenzierung zwischen den einem rechtsförmigen Beschwerdeverfahren unterliegenden Auftragsvergaben und jenen, bei denen den Bietern ein vergleichbarer subjektiver Rechtsschutz mangelt, erscheint nicht sachgerecht und rechtsstaatlich bedenklich.

Aus den genannten Gründen wäre daher einer Lösung der Vorzug zu geben, die für alle Auftragsvergaben ein gleichartiges Kontrollsystem vorsieht. Dies würde auch der sonstigen Systematik des Entwurfs besser entsprechen und auch im Kontrollbereich alle Auftragsvergaben des Bundes grundsätzlich gleichbehandeln.

Dabei bietet sich an, als erste Stufe im Kontrollverfahren eine relativ bewegliche, "unbürokratisch" arbeitende, "schlichtungsähnliche" Vergabekontrollkommission vorzusehen, die im Aufbau und in der Organisation weitgehend der derzeit für den Bereich des Bundesstraßenbaus bestehenden Vergabekontrollkommission beim BMWA entsprechen könnte (insbesondere sollten Antragsmöglichkeiten der Bieter bzw ihrer Interessenvertretungen sowie eine Kompetenz sowohl zur Empfehlung während laufender Verfahren als auch zur gutächtlichen Feststellung der Gesetzeswidrigkeit einer Vergabe nach Zuschlagserteilung vorgesehen sein). Als zweite Stufe wäre dann - den Erfordernissen der Vorgaben des EG-Rechts folgend, aber nicht auf dessen Anwendungsbereich beschränkt - die Möglichkeit vorzusehen, den Rechtsweg zu beschreiten.

Will man ungeachtet der Einwände gegen diese Lösung an der Zweiteilung im Kontrollbereich festhalten, so ist jedenfalls eine bieterfreundlichere Ausgestaltung des Kontrollverfahrens im Bereich außerhalb des EG-Rechts verbunden mit einer Verstärkung und Ausweitung der Kontrollrechte der für diesen Bereich vorgesehenen Vergabekontrollkommission erforderlich.

b) Zu dem nach dem Entwurf für den Geltungsbereich des EG-Vergaberechts vorgesehenen Kontrollverfahren (9. Abschnitt) ist im einzelnen auf folgendes hinzuweisen:

* Das (in § 38 des Entwurfs vorgesehene) innerstaatliche Schlichtungsverfahren scheint in seiner derzeitigen Ausgestaltung wenig geeignet, seinen Zweck, Nachprüfungsverfahren möglichst überflüssig zu machen, erfüllen zu können. Es fehlen Vorkehrungen zur Sicherung der fachlichen Autorität sowie Objektivität und Unpar-

teilichkeit der Mitglieder der Schiedsstelle. Auch wird es dem vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte formulierten Grundsatz "justice must not only be done, it must also be seen to be done" kaum gerecht.

Empfehlenswert wäre eine Lösung, die auch im Geltungsbereich des EG-Vergaberechts ein gutächtliches Schiedsverfahren durch die Vergabekontrollkommission vorsieht.

- * Im Hinblick auf die gebotene Einheitlichkeit der Kontrolle und der Notwendigkeit eines spezifischen vergaberechtlichen Sachverständigen bei der Zusammensetzung des Kontrollorgans erscheint eine eigene "oberste Vergabekontrollbehörde" auf spezieller verfassungsrechtlicher Grundlage für die in diesem Bereich gestellten Anforderungen besser geeignet als eine Kontrolle durch die Unabhängigen Verwaltungssenate. Hält man dennoch an diesen fest, wäre jedenfalls bei der Zusammensetzung der zuständigen Senate der UVS der notwendige vergabespezifische Sachverständige des Kontrollorgans sicherzustellen.
- * Die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sollten im Hinblick auf eine korrekte Umsetzung der EG-Rechtsmittelrichtlinien weniger restriktiv gefaßt werden.
- * Im Hinblick auf die damit verbundenen präventiven Wirkungen sollte eine spezielle Kompetenz auch zur nachträglichen feststellenden Kontrolle der Gesetzmäßigkeit der Zuschlagserteilung durch die statt der Schlichtungsbeamten vorzusehenden Vergabekontrollkommission und das verwaltungsbehördliche Vergabekontrollorgan vorgesehen werden.

c) Zu den Regelungen über die Vergabekontrollkommission, die nach dem Entwurf (8. Abschnitt) nur für den nicht EG-relevanten Bereich vorgesehen sind, nach unserer Empfehlung aber ganz allgemein als schlichtungsähnliche Einrichtung wirken sollte, ist auf folgendes hinzuweisen:

- * Zur Sicherung einer effizienten Kontrolle sollten direkte Antragsrechte der Bieter sowie der Interessenvertretungen vorgesehen werden. Die derzeit vorgesehene Regelung stellt einen Rückschritt gegenüber der im Geltungsbereich der VOÖB tätigen VKK beim BMwA dar.
- * Im Hinblick auf die präventive Funktion der Vergabekontrolle sollte eine Ausweitung der Tätigkeit der VKK auf Prüfungskompetenzen auch nach Abschluß von Vergabeverfahren vorgesehen werden.

- * Eine Ausgliederung der VKK aus dem Verwaltungsbereich wäre im Hinblick auf eine Stärkung der Objektivität und Unparteilichkeit dieser Kommission wünschenswert. Aus denselben Gründen sollte das Ernennungsverfahren der Mitglieder im Gesetz selbst detaillierter geregelt werden.

d) Zum elften Abschnitt des Entwurfs sind folgende - systemimmanente - Verbesserungen vorzuschlagen:

- * Die Begrenzung der Höhe des Schadenersatzes des übergangenen Bieters auf die Kosten der Angebotsstellung sollte in Richtung einer Begrenzung auf den Vertrauensschaden unter bloß beispielhafter Erwähnung der Kosten der Angebotsstellung verdeutlicht werden.
- * § 48 Abs 1 letzter Satz des Entwurfs gibt dem Auftraggeber im Schadenersatzprozeß den Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens. Entsprechend einem von Peter Doralt schon zur gleichlautenden Regelung des Vergabegesetzesentwurfes 1982 geäußerten Vorschlag könnte dieser Einwand im Interesse der Stärkung der Präventivfunktion des Schadenersatzrechts für eine Einhaltung der Vergabevorschriften dahingehend modifiziert werden, daß der Schadenersatzanspruch des übergangenen Bieters nur dann ausgeschlossen ist, wenn der Rechtsträger beweist, daß auch bei Einhaltung des Vergabegesetzes der tatsächlich Beauftragte den Auftrag bekommen hätte (vgl Doralt, in: Korinek/Rill {Hg}, Zur Reform des Vergaberechts, 1985, 97).
- * § 48 Abs 4 des Entwurfs, der dem Auftraggeber Schadenersatzansprüche für alle erlittenen Vermögensnachteile aus einstweiligen Verfügungen einräumt, wenn der Bieter im Nachprüfungsverfahren erfolglos bleibt, ist in seiner derzeitigen Ausgestaltung überschießend und auch im Hinblick auf eine korrekte Umsetzung der EG-Rechtsmittelrichtlinien problematisch. Diese Vorschrift überträgt das gesamte Risiko der Inanspruchnahme eines zu seinem Schutz geschaffenen Rechtsschutzverfahrens verschuldensunabhängig, das heißt insbesondere auch dann, wenn der Bieter nur aufgrund des Einwandes des rechtmäßigen Alternativverhaltens mit seinem Schadenersatzanspruch nicht durchdringt, dem den Rechtsweg beschreitenden Bieter. Das ist uE auch verfassungsrechtlich nicht unproblematisch (vgl VfSlg 11196/1986). Hier sollte eine abwägende Lösung Platz greifen, die sowohl dem Rechtsschutzbedürfnis der Bieter als auch dem legitimen Schutzinteresse des Auftraggebers vor ungerechtfertigten Verzögerungen durch Nachprüfungsverfahren Rechnung trägt.

5. Zu einigen inhaltlichen Fragen des Entwurfs:

Abschließend soll in der notwendigen Kürze zu einigen inhaltlichen Fragen des Entwurfs Stellung genommen werden:

a) Nach der Formulierung seines Geltungsbereichs (§ 1 Abs 1 Z 3) soll der Entwurf für der Rechnungshofkontrolle unterlegene Unternehmungen, die keine gewerbsmäßige Tätigkeit ausüben, gelten, sofern die Beteiligung des Bundes jene der anderen Rechtsträger überwiegt.

Diese Formulierung könnte im Hinblick auf gemeinnützige Wohnungsunternehmen zu Schwierigkeiten führen: Wenn man annimmt - was nicht zwingend, aber möglich ist -, daß unter diese Umschreibung gemeinnützige Wohnungsunternehmen (die in gemeinnützigkeitsrechtlich beschränktem Umfang zwar Gewinne erzielen dürfen, bei deren Verwendung aber beschränkenden Regelungen unterliegen und aus dem Geltungsbereich des Gewerberechts ausgenommen sind) subsumiert, so wären gemeinnützige Wohnungsunternehmen, an denen überwiegend der Bund beteiligt ist, an die Einhaltung der Vergaberegeln gebunden, andere gemeinnützige Wohnungsunternehmen hingegen nicht. Das könnte im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz von Relevanz sein.

Da eine Einbeziehung aller gemeinnützigen Wohnungsunternehmen in den Geltungsbereich des Gesetzes nicht empfohlen werden kann (vgl dazu näher *Karl Korinek*, in: *Korinek/Rill*, Zur Reform des Vergaberechts, 1985, 30 ff), empfiehlt sich eine Klarstellung, die auch der Rechnungshofkontrolle unterliegende gemeinnützige Wohnungsunternehmen aus dem Geltungsbereich ausnimmt. Möglicherweise genügte dazu schon ein entsprechender Hinweis in den Erläuterungen zur Interpretation der genannten Bestimmung.

b) Ungeachtet der durch das EG-Recht teilweise ermöglichten Wahlfreiheit zwischen den verschiedenen Verfahrensarten der Auftragsvergabe bleibt der Entwurf bei der dem österreichischen Vergaberecht typischen Rangordnung: Das offene Verfahren (= öffentliche Ausschreibung) soll die Regel sein; das nicht offene Verfahren (= beschränkte Ausschreibung) und das Verhandlungsverfahren (= Freihandvergabe) soll nur in bestimmten, im Gesetz taxativ aufgezählten Fällen zulässig sein.

Die Normierung einer solchen Rangordnung ist EG-rechtlich zulässig und entspricht dem bewährten österreichischen Recht. Sie ist zu begrüßen; es besteht nicht der geringste Anlaß von der unter Wettbewerbsgesichtspunkten höchst positiv zu bewertenden österreichischen Tradition der Rangordnung der Auftragsvergabeverfahren etwa nur

deshalb abzugehen, weil das EG-Recht ein solches Abweichen ermöglicht.

c) Auch hinsichtlich der Regelung über die Zuschlagserteilung gibt das EG-Recht eine Wahlmöglichkeit, und zwar zwischen einem reinen Billigstbieterprinzip und einem modifizierten Billigstbieterprinzip, das sich unserem Bestbieterprinzip annähert, aber dadurch gekennzeichnet ist, daß bereits in den Ausschreibungsunterlagen alle in Frage kommenden Zuschlagskriterien angegeben und wenn möglich gewichtet werden müssen.

Daß sich der Vergabegesetzentwurf zugunsten des EG-rechtlich angepaßten Bestbieterprinzips entscheidet, verdient Zustimmung. Die diesbezüglichen Bestimmungen des Entwurfs (§ 9 Abs 2 und § 21) sind - sieht man von einer Formulierungsschwäche in § 21 Abs 1 ab, gelungen. Daß dem Bestbieterprinzip der Vorzug vor dem reinen Billigstbieterprinzip gebührt, dürfte heute allgemein nicht mehr umstritten sein. Und auch daß der Entwurf dieses Prinzip für den nicht EG-rechtlich vorbestimmten Teil seines Anwendungsbereiches vorsieht, sollte Beifall finden: Dadurch wird nicht nur eine überflüssige Regelungsdifferenz vermieden; es dürfte das modifizierte Bestbieterprinzip auch die am weitest fortgeschrittene Art der Bestbieterermittlung sein. Sie ermöglicht besser strukturierte und nachprüfbare Vergleiche, als etwa ein undifferenziertes Bestbieterprinzip.

Hingewiesen soll auch darauf werden, daß es höchst positiv zu beurteilen ist, daß der Entwurf - im Gegensatz zur RV 1982 - eine Abweichung vom Ergebnis der Bestbieterermittlung aus volkswirtschaftlichen Gründen nicht zuläßt. Die seinerzeitigen Vorschläge waren nicht nur wirtschaftsordnungspolitisch höchst problematisch, sie hätten auch zu kaum nachvollziehbaren Abwägungsentscheidungen und geradezu zu einer Institutionalisierung des Interventionsunwesens geführt.

d) Zu den schwierigsten Regelungsthemen des Vergaberechts gehören die Alternativangebote. Einerseits hat die Zulassung von Alternativangeboten eine wünschenswerte innovative Wirkung, andererseits erschwert das Alternativangebot die Vergleichbarkeit der Angebote. Der Entwurf geht einen u.E. begrüßenswerten alternativangebotsfreundlichen Weg. Er folgt damit einer Empfehlung, die die Vergabekontrollkommission zur VOÖB abgegeben hat: In der Ausschreibung ist festzulegen, ob ausnahmsweise Alternativangebote unzulässig sind; ein solcher Ausschluß darf nur aus wichtigen Gründen erfolgen.

Daß diese wichtigen Gründe im Entwurf nicht näher aufgelistet sind, ist zweifellos sachgerecht, da die unterschiedlichsten - etwa techni-

sche, ökologische oder wettbewerbsorientierte - Gründe denkbar sind, die den Ausschluß eines Alternativangebots rechtfertigen können.

Dem Ersuchen des Bundeskanzleramts entsprechend werden unter einem 25 Ausfertigungen dieser Stellungnahme dem Präsidium des Nationalrats zur Verfügung gestellt.

Mit den besten Empfehlungen



(o.Univ.Prof. Dr. Heinz Peter Rill,
Institutsvorstand)