



Bundeskanzleramt

Ballhausplatz 2  
1014 Wien

**ZI. 13/1 05/170**

**BKA-600.883/0050-V/A/8/2005  
Bundesvergabegesetz 2006**

**Referent: Dr. Michael Kutschera, Rechtsanwalt in Wien**

Sehr geehrte Damen und Herren!

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

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

#### **1. Allgemeines**

Der vorliegende Entwurf des BVergG 2006 soll die vergaberechtlichen EU-Richtlinien für den klassischen Bereich und für den Sektorenbereich in das österreichische Recht umsetzen.

Darüber hinaus soll der Entwurf jedoch auch eine Bereinigung des österreichischen Vergaberechts bewirken und der teilweise diesbezüglich geäußerten Kritik Rechnung tragen. Nicht zuletzt hat diese Kritik sogar zu einem Expertenentwurf (Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher und Univ.-Prof. Dr. Michael Holoubek) geführt, der eine umfangreiche Neukodifizierung des österreichischen Vergaberechts forderte.

Es ist zu begrüßen, dass der Entwurf grundsätzlich dieser Anregung folgt und eine Neukodifizierung schafft. Allerdings ist (insbesondere aufgrund der gesonderten Ausformulierung des Sektorenregimes zwecks Vermeidung von Querverweisen) der Umfang des Gesetzes erheblich erweitert worden. Die Paragraphenanzahl wurde fast verdoppelt. Ob das tatsächlich dazu führen wird, die Anwendung des Vergaberechts zu vereinfachen, ist zumindest fraglich.

Aufgrund der dieser Stellungnahme zugrunde liegenden Interessensgewichtung wird im Folgenden nur auf für die Anwaltschaft wesentliche Aspekte eingegangen und auch nur insofern als problematische Auswirkungen zu erwarten sind. Hier spielt der Rechtsschutz eine maßgebliche Rolle. Zudem soll auf die durch das Bundeskanzleramt in seiner Aussendung aufgeworfenen Fragen kurz eingegangen werden.

### **Zu § 2 Z. 15 (gesondert anfechtbare Entscheidungen)**

Trotz entsprechender Kritik wird das System der gesondert anfechtbaren Entscheidungen durch das BVergG 2006 aufrecht erhalten. Es wurde allerdings der Katalog des § 2 Z. 15 des Entwurfes, der diese auflistet, erweitert. Insbesondere wurde das Ausscheiden eines Angebots und der Widerruf der Ausschreibung neu hinzugefügt, die beide nach dem BVergG 2002 nicht genannt sind. Diese Erweiterung des Katalogs der gesondert anfechtbaren Entscheidungen ist sicherlich positiv zu bewerten.

Dennoch verbleibt eine ganze Reihe von Entscheidungen bzw. auch Handlungen oder Unterlassungen des öffentlichen Auftraggebers nach wie vor in einem Graubereich des Rechtsschutzes. Hier muss mit einer Nachprüfung immer noch bis zur nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung gewartet werden. Ob hierdurch die zügige Abwicklung eines Vergabeverfahrens tatsächlich gefördert wird, ist zu hinterfragen. Immerhin ergibt sich daraus, dass bei diesen (nicht gesondert anfechtbaren) Rechtswidrigkeiten die für eine Nachprüfung vorgesehenen Präklusionsfristen (§ 169 BVergG 2002 bzw. § 335 des Entwurfes) stark relativiert werden, zumal mit der Anfechtung jeweils auf die nächste gesondert anfechtbare Entscheidung gewartet werden muss. Die vom Gesetz als weniger bedeutend eingeschätzten Rechtswidrigkeiten können somit in der Regel länger geltend gemacht werden als die bedeutenderen. Ein Auftraggeber erlangt durch dieses System daher nicht unbedingt die gewünschte rasche Rechtsklarheit.

Zudem verlangt die EuGH-Rechtsprechung, dass zumindest einstweiliger Rechtsschutz bezüglich jeglicher für Bieter relevanter Rechtswidrigkeit unverzüglich zur Verfügung steht. Der Entwurf trennt daher zwischen der Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen einerseits und dem einstweiligen Rechtsschutz andererseits. Diese Trennung führt jedoch wiederum zu anderen Problemen, wie in der Anmerkung zu § 342 des Entwurfes ausgeführt wird.

Es wäre daher zu überlegen, ob es nicht besser wäre, das System der gesondert anfechtbaren Entscheidungen aufzugeben und stattdessen die Anfechtung jeder Vergaberechtswidrigkeit zu erlauben, dies jedoch immer nur innerhalb entsprechender Präklusionsfristen.

### **Zu § 23 Abs. 2 (Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften)**

Die im Begleitschreiben des Bundeskanzleramts aufgeworfene Frage, ob eine Einschränkung des Teilnehmerkreises in „engen Märkten“ durch den Auftraggeber möglich sein soll, ist wie folgt zu beantworten.

Eine Beschränkung der Bildung von Bietergemeinschaften in Märkten, in denen es nur wenige Anbieter gibt und daher die Bildung einer Bietergemeinschaft zwischen solchen Wettbewerb ausschließen würde, könnte tatsächlich wünschenswert sein. Es stellt sich jedoch die Frage, inwiefern ein Auftraggeber die Definition des „engen Marktes“ vornehmen soll oder ob sich diese nicht ohnedies aus kartellrechtlichen Überlegungen ergibt. Die Bildung von Bietergemeinschaften durch

Konkurrenzunternehmen (und damit die vorerwähnte Einengung des Bieterkreises) ist nach Kartellrecht nur zulässig, wenn dies für die Erfüllung des Auftrages erforderlich oder zumindest wesentlich effizienzerhöhend ist (eine generelle Ausnahme für Bietergemeinschaften ist zumindest nach EU-Kartellrecht nicht ohne weiteres gegeben).

Eine entsprechende Beurteilung der Marktgegebenheiten durch den öffentlichen Auftraggeber (der als Marktgegenseite hier auch nicht die entsprechende Einsicht haben muss) ist daher eher abzulehnen. Hier genügt wohl das Kartellrecht, das bei der Bildung von Bietergemeinschaft ebenfalls zu beachten ist, als Regulativ.

### **Zu § 78 (Nachweis der Leistungsfähigkeit durch andere Unternehmer)**

Entsprechend der EuGH-Rechtsprechung in diesem Bereich sieht nun auch § 78 des Entwurfs vor, dass Unternehmer und Bieter oder Arbeitsgemeinschaften, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, die Möglichkeit haben, sich beim Nachweis ihrer wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen, sofern ihnen diese im Auftragsfall zu Verfügung stehen. Der durch das Bundeskanzleramt aufgeworfene Diskussionspunkt in diesem Zusammenhang, ob dann auch das Unternehmen, dessen Kapazitäten der Bieter für den Nachweis verwendet, solidarisch für die Auftragsdurchführung haften soll, ist wie folgt zu beantworten.

Üblicherweise muss der Bieter ohnedies eine Erklärung des dritten Unternehmers einholen, dass letzterer seine Kapazitäten dem Bieter zur Verfügung stellt. Auch nach der diesbezüglichen EuGH-Rechtsprechung ist eine entsprechende Verpflichtung des dritten Unternehmers erforderlich, um sich in einem Vergabeverfahren auf dessen Kapazitäten berufen zu können. In gewissen Fällen verlangen öffentliche Auftraggeber, dass diese Leistungsbereitstellungserklärung auch gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber gegeben wird und somit ein direktes Verpflichtungsverhältnis zwischen dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber und dem dritten Unternehmer entsteht. Vertragsrechtlich lässt sich die hier angesprochene Situation einer direkten Verpflichtung des dritten Unternehmers gegenüber dem Auftraggeber daher ohne weiteres herstellen. Eine gesetzliche Regelung ist unter diesem Aspekt wohl nicht erforderlich. Vielmehr ist die jeweilige individuelle Anforderung durch den Auftraggeber ausreichend.

Zudem ist zu beachten, dass der dritte Unternehmer u.U. seine Kapazitäten auch nur für Teilleistungen zu Verfügung stellen könnte. Hier wäre eine generelle solidarische Haftung wie für die Mitglieder einer Bietergemeinschaft jedenfalls überzogen und der Haftungsfonds des öffentlichen Auftraggebers in ungerechtfertigter Weise erweitert.

Auch aus diesem Grund ist die angesprochene gesetzliche Regelung nicht erforderlich.

### **Zu § 82 (Inhalt Ausschreibungsunterlagen)**

Bereits zum BVergG 2002 gab es eine Diskussion zu der Frage, ob der Vorrang des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes gegenüber dem mit dem niedrigsten Preis beibehalten werden sollte. Die Entscheidung des Gesetzgebers im

BVergG 2002, den Zuschlag an das Angebot mit dem niedrigsten Preis immer nur zuzulassen, sofern es sich um standardisierte Leistungen handelt, war mit der grundsätzlichen Aufrechterhaltung des Vorrangs des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vereinbar. Der Vorrang des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes birgt den Vorteil, einen Innovationswettbewerb und nicht nur einen Preiswettbewerb auf dem Markt auszulösen und somit langfristig auch Forschung und Entwicklung sowie die Verbesserung des Qualitätsniveaus auf Anbieterseite zu fördern. Zudem entspricht dies eher den Erfordernissen des österreichischen Markts, der durchwegs eine klein- und mittelständische Unternehmerstruktur aufweist.

Es sollte daher grundsätzlich dieses Prinzip gelten und nur in eng definierten Ausnahmen davon abgewichen werden können. Eine generelle freie Wahl zwischen dem Vorrang des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots und dem, mit dem niedrigsten Preis, sollte daher nicht in das neue Gesetz aufgenommen werden.

### **Zu § 100 Abs 2 (Vertragsbestimmungen)**

Die Aufhebung der grundsätzlichen Bindung der Auftraggeber an Leitlinien (vgl. § 80 Abs. 2 BVergG 2002) bringt eine gewisse Problematik mit sich. Es ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass eine entsprechende Standardisierung auch im Vertragsbereich durchaus positive Wirkungen im Sinne größerer Rechtssicherheit haben kann. Indem der Gesetzgeber diese Bindung zur Gänze aufhebt und daher Auftraggeber auch in den Bereichen, in denen entsprechende Leitlinien (z.B. ÖNORMEN) existieren, frei disponieren können, wird dieser Aspekt relativiert. Es wäre daher empfehlenswert, ein Abweichen von diesen Leitlinien zumindest nur aus wichtigem Grund zuzulassen.

### **Zu § 133 Abs. 3 (Direktvergabe)**

Eine weitere für den Rechtsschutz wesentliche Frage des Vergaberechts ist die nach der Sanktion im Falle der Vergabe eines Auftrags ohne Durchführung des gesetzlich vorgesehenen Vergabeverfahrens. Es gibt hier eine ganze Reihe von Meinungen, von einer möglichen Nichtigkeit bis hin zur Ansicht, dass die Anfechtung einer derartigen Auftragsvergabe überhaupt nicht möglich wäre.

§ 133 Abs. 3 des Entwurfes behandelt die besonders krassen Fälle der sogenannten „Direktvergabe“, d.h. der Vergabe eines Auftrags ohne Miteinbeziehung anderer potenzieller Bieter. Solche Vergaben sollen dann, wenn die Vergaberechtswidrigkeit offenkundig war, zum Zeitpunkt der Feststellung der Rechtswidrigkeit nichtig werden.

Obwohl der Versuch diese Frage im Gesetz explizit lösen zu wollen, grundsätzlich positiv zu bewerten ist, ist die vorgeschlagene Regelung nicht unproblematisch. Zum einen ist die Einschränkung der Nichtigkeitssanktion auf solche Fälle, bei denen andere Bieter nicht involviert waren und bei denen der Vergabeverstöß offenkundig ist, sehr restriktiv. Tatsächlich könnte ein möglicher Auftraggeber auch nur durch Miteinbeziehung eines weiteren potenziellen Bieters (selbst wenn dieser rechtswidrig diskriminiert

wird) die Sanktion zur Gänze vermeiden. Die Frage, unter welchen Umständen von einer „offenkundig“ Vergaberechtswidrigkeit gesprochen werden kann, wird auch wohl zu einigen Unsicherheiten führen.

Zudem ist es nach dem Gesetzestext nicht klar, ob nun eine Nichtigkeit ex tunc oder ex nunc gemeint ist. Nach den Erläuterungen soll die Frage, ob eine Rückabwicklung stattfindet jeweils anhand des Einzelfalls entschieden werden. Der Umstand, dass im Falle eines offenkundigen Verstoßes gegen das Vergaberecht beide Parteien den Vertrag bis zu dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Feststellung der Rechtswidrigkeit jedenfalls aufrecht erhalten können und daher auch den vollen Nutzen und den Gewinn aus diesem Vertrag lukrieren sollen, ist jedoch in keinem Fall verständlich. Das allgemeine Zivilrecht sieht bei ex tunc Nichtigkeiten entsprechende Rückabwicklungsmechanismen (mittels Bereicherungsansprüchen) vor, so dass eine Anwendung dieser Sanktion auch hier durchaus möglich wäre. Es wäre ansonsten auch zu befürchten, dass aus dieser Regelung der e contrario Schluss gezogen würde und man daher für alle anderen Fälle eine Nichtigkeit ausschließen würde. Damit ist der Rechtsschutz im Falle unzulässiger Vergaben allerdings kaum mehr existent, zumindest ab dem Zeitpunkt zu dem der Auftrag vergeben und der Vertrag abgeschlossen ist.

Aufgrund des Umstandes, dass bei derartigen Vergaben Schadenersatz kaum möglich sein wird (ein nicht beigezogener potentieller Bieter kann nur sehr schwer nachweisen, dass er Bestbieter geworden wäre und daher meist keinen Schadenersatz fordern), bedeutet die in dem Entwurf enthaltene Lösung wohl kaum eine wesentliche Verbesserung zur derzeitigen Gesetzeslage.

### **Zu Wettbewerblicher Dialog (§ 27 Abs 10, § 36 und §§ 159ff)**

Die Regelungen des Entwurfs zum Verfahrensablauf eines wettbewerblichen Dialogs lassen dem Auftraggeber einen relativ weiten Dispositionsspielraum und sind aus diesem Grund auch von der Warte des Rechtsschutzes aus betrachtet nicht unproblematisch. Wesentlich ist daher das Know-how, das die Bewerber in der Dialogphase dem Auftraggeber mitteilen und das ex definitione dem Auftraggeber fehlt. Ein entsprechender Schutz dieses Know-hows ist daher von essentieller Bedeutung. Zudem müssen gerade in einem flexiblen Vergabeverfahren, wie es der wettbewerbliche Dialog ist, die Verfahrensrechte der einzelnen Bewerber klar festgehalten sein.

### **Zu § 160 Abs 2 Z 6**

Aus § 160 Abs 2 Z 6, wonach in der Bekanntmachung anzugeben ist, ob Prämien oder Zahlungen für die Teilnehmer am Dialog erfolgen soll, geht hervor, dass es sich dabei um eine Kann-Bestimmungen handelt und daher keine Pflicht zur Abgeltung besteht. Die fehlende Pflicht zur Abgeltung der Teilnehmer bzw Bieter für ihre Lösungsvorschläge ist insoweit bedenklich, als es in weiterer Folge, insbesondere während der Erörterung der einzelnen Lösungsvorschläge, an der Gewährleistung einer diesbezüglichen Geheimhaltung fehlt. Der Transfer von Know-How an den Auftraggeber ist insofern irreversibel und kann deshalb auch nicht über § 161 Abs 4, wonach der Auftraggeber Lösungsvorschläge an andere Teilnehmern nur nach

Zustimmung des betreffenden Teilnehmers weitergeben kann, geschützt werden. Dem Auftraggeber kann faktisch nur schwer untersagt werden, das in der Dialogphase über die Erörterung von Lösungsvorschlägen erlangte Wissen während der Verhandlungen mit anderen Teilnehmern zu verwerten.

### **Zu § 161 Abs 5**

§ 161 Abs 5 erlaubt es dem Auftraggeber, das Verfahren in der Dialogphase in mehreren aufeinander folgenden Phasen abzuwickeln. Nach jeder Phase ist es dem Auftraggeber gestattet, die Anzahl der zu erörternden Lösungen anhand der in der Bekanntmachung oder in der Beschreibung angegebenen Zuschlagskriterien zu verringern. Um hier die Gleichbehandlung aller Teilnehmer zu garantieren, wäre es vor jeder Dialogphase notwendig, jedem Teilnehmer etwaige Anpassungen oder Adaptierungen der Zuschlagskriterien, die ja Maßstab für das Ausscheiden seiner Lösung sind und sich nach jeder Phase ergeben können, bekannt zu geben.

Als problematisch ist auch die Nichtberücksichtigung von Lösungsvorschlägen gem § 161 Abs 5 während der Dialogphase zu werten. Den Teilnehmern ist nach dieser Regelung der Grund für die Nichtberücksichtigung ihrer Lösung nicht in jedem Fall bekannt zu geben. Die Bekanntmachung kann etwa dann unterbleiben, wenn wichtige Gründe dagegen sprechen. Die fehlende Pflicht zur Begründung ist aus Rechtsschutzerwägungen bedenklich, zumal dann eine Anfechtung mangels Argumentationsgrundlage fast verunmöglicht wird.

Zudem können die Zuschlagskriterien in der Phase der Angebotslegung gem § 162 Abs 2 noch angepasst und verändert werden. Da aber gem § 162 Abs 1 nur die verbliebenen Teilnehmer über die Aufforderung zur Angebotsabgabe Kenntnis erlangen, besteht für einen in der Dialogphase ausgeschiedenen Teilnehmer keine Möglichkeit, über die angepassten Zuschlagskriterien informiert zu werden, um allenfalls die Zulässigkeit der Anpassung mittels Anfechtung der Aufforderung zur Angebotslegung zu bekämpfen. Es sollte daher § 162 Abs 1 insoweit angepasst werden, als die Aufforderung zur Angebotslegung auch den bereits in der Dialogphase ausgeschiedenen Teilnehmern bekannt zu gegeben ist.

Zumal die Entscheidung betreffend die Nichtberücksichtigung einer Lösung gem § 161 Abs 5 in § 2 Z 15 lit a sublit kk keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt, kann sie erst gemeinsam mit der Bekanntgabe des Abschlusses der Dialogphase angefochten werden. Dass nach dem Entwurf die Nichtberücksichtigung einer Lösung keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellen soll, ist jedoch nicht verständlich. Hier greifen dieselben Argumente wie bei dem Ausscheiden von Angeboten, das nunmehr als gesondert anfechtbare Entscheidung anerkannt wurde. Auch hier könnte eine späte Nachprüfung große faktische Schwierigkeiten mit sich bringen (wie z.B. eine allfällige Wiederholung der Dialogphase). Die Nichtberücksichtigung einer Lösung sollte daher als gesondert anfechtbare Entscheidung definiert werden.

### **Zu § 162 Abs 6**

Ein von den Bestimmungen zum wettbewerblichen Dialog gänzlich unberücksichtigter Aspekt, ist darüber hinaus die Verwertung von

Lösungsvorschlägen im Falle des Widerrufs des wettbewerblichen Dialogs gem. § 162 Abs 6 und der Neuausschreibung der gegenständlichen Leistung. Der Auftraggeber könnte demnach im Falle des Widerrufs seiner Ausschreibung ohne Sanktion die in dem vorangegangenen wettbewerblichen Dialog erlangten Lösungen für die Neuausschreibung der Leistung verwenden. Hier sollte noch eine entsprechende Regelung getroffen werden.

### **Zu § 190 Abs. 5 (Umweltgerechtigkeit der Leistungen im Sektorenbereich)**

Der hier aufgeworfene Diskussionspunkt des Bundeskanzleramtes, ob die Umweltgerechtigkeit der Leistungen verpflichtend vorzusehen ist, kann wie folgt beantwortet werden.

Die Beachtung ökologischer Aspekte bei der Auftragsvergabe ist sicherlich von großer Bedeutung und entspricht auch den Zielen des EG-Vertrages. Gleichzeitig ist zu beachten, dass Sektorenauftraggeber auch „private“ Unternehmer sein können und daher diesen auferlegte Verpflichtungen auf ein Minimum zu reduzieren sind. Das Sektorenregime ist zudem grundsätzlich gegenüber dem klassischen Regime abgeschwächt. Es könnte hier daher mit einer Kann- Bestimmung das Auslangen gefunden werden.

### **Zu § 215 und 216 (Bekanntmachungen auf Gemeinschaftsebene und in Österreich)**

Das Bundeskanzleramt stellt die Frage, ob im Oberschwellenbereich anstatt der ausnahmsweisen Übermittlung per Fax an das zuständige Publikationsorgan zwingend in allen Fällen eine elektronische Übermittlung vorgesehen werden soll.

Die elektronische Übermittlung sollte tatsächlich in allen Fällen vorgesehen sein. Heutzutage ist eine elektronische Übermittlung ohnedies in allen Geschäftsbereichen üblich und erleichtert auch eine entsprechende Publikation. Dies liegt auch im Sinne der Förderung des e-procurement. Zudem sind die Ausnahmen hier nicht näher definiert.

### **Zu § 284 (Bundes-Vergabekontrollkommission)**

Das Bundeskanzleramt stellt zudem zur Diskussion, ob die Stellung der Bundes-Vergabekontrollkommission in Hinkunft gestärkt (z.B. durch die Hemmung der Präklusionsfristen für die Einbringung eines Nachprüfungsantrags während der Dauer eines Schlichtungsverfahrens) oder diese ganz abgeschafft werden soll.

Dazu ist hier festzuhalten, dass die Bundes-Vergabekontrollkommission in Nachprüfungsverfahren in der Vergangenheit eine stark abnehmende Bedeutung hatte. Das liegt auch daran, dass das Bundesvergabeamt als professionelle Einrichtung auf diesem Gebiet eine massive Stärkung der Kapazitäten erlangt hat und daher auch komplexe Vergabefälle in relativ kurzer Zeit erledigen kann. Gerade unter dem Aspekt einer Beschleunigung von Nachprüfungsverfahren wäre daher wahrscheinlich die bessere Lösung, auf die Bundes-Vergabekontrollkommission zu Gänze zu verzichten. Das Bundesvergabeamt könnte allenfalls seinerseits

verpflichtet werden, eine Einigung zwischen den Streitteilen anzuregen. Sollte es jedoch nicht dazu kommen, wäre das Verfahren möglichst rasch durchzuführen.

### **Zu § 342 (einstweilige Verfügungen)**

Eine wesentliche Neuerung im Bereich des Rechtsschutzes ist die Neufassung der Bestimmungen über die einstweilige Verfügung. Entsprechend der Erforderlichkeit auch einstweiligen Rechtsschutz einzuräumen, sofern noch kein Nachprüfungsverfahren eingeleitet ist, wurde die einstweilige Verfügung von der Stellung eines Nachprüfungsantrages teilweise entkoppelt. Eine einstweilige Verfügung kann nun schon vor Einbringung eines Nachprüfungsantrages beantragt werden.

Der Entwurf erweitert den Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung, so dass diese eingebracht werden kann, „um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern“. Es ist auch nach den Erläuterungen davon auszugehen, dass damit auch andere Rechtswidrigkeiten als gesondert anfechtbare Entscheidungen erfasst sind. Diese Erweiterung des Rechtsschutzes ist auch angesichts in diesem Bereich eindeutiger Rechtsprechung des EuGH zu begrüßen.

Gleichzeitig versucht das Gesetz jedoch eine Verknüpfung der einstweiligen Verfügung mit dem nächstmöglichen Nachprüfungsverfahren bezüglich einer gesondert anfechtbaren Entscheidung. In § 342 Abs. 3 ist vorgesehen, dass die einstweilige Verfügung nur innerhalb der Fristen für die Einbringung eines Nachprüfungsantrags gemäß § 335 Abs. 1 beantragt werden darf und sie gemäß § 342 Abs. 4 automatisch erlischt, sobald der Nachprüfungsantrag erledigt bzw. wenn ein solcher innerhalb der Frist nicht gestellt oder zurückgezogen wurde. Die maßgebliche Frist für eine einstweilige Verfügung gegen eine nicht gesondert anfechtbare Entscheidung (oder Handlung bzw. Unterlassung des Auftraggebers) ist jene für die nächstfolgende gesondert anfechtbare Entscheidung.

Gerade aufgrund der durch den Entwurf versuchten Kombination eines einstweiligen Rechtsschutzes für alle Rechtswidrigkeiten und der Beibehaltung des Systems der gesondert anfechtbaren Entscheidungen ergibt sich jedoch eine besondere Problematik. Mit einer einstweiligen Verfügung wird üblicherweise eine Unterbrechung des Vergabeverfahrens (§ 343 Abs. 2 spricht vom „Aussetzen des Vergabeverfahrens“) bewirkt. In der Praxis kommen andere Maßnahmen oder auch nur das teilweise Aussetzen des Vergabeverfahrens oftmals nicht in Betracht.

Wenn allerdings das Vergabeverfahren bezüglich einer Rechtswidrigkeit ausgesetzt wird, die keine gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt (z.B. die Nichtberücksichtigung einer Lösung im wettbewerblichen Dialog), kann es aufgrund der Unterbrechung des Vergabeverfahrens auch nicht zu der nächst folgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung kommen. Eine materielle Nachprüfung der Rechtswidrigkeit, die der einstweiligen Verfügung zugrunde liegt, ist nach dem Entwurf allerdings nur im Rahmen der Nachprüfung der nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung möglich.

Es entsteht daher gerade für den durch den Entwurf geschaffenen neuen Anwendungsbereich der einstweiligen Verfügung eine „Pattstellung“ (das Verfahren ist aufgrund der einstweiligen Verfügung bis zur Nachprüfung der nächsten gesondert anfechtbaren Entscheidung ausgesetzt, zu der es jedoch aufgrund des Aussetzens des Verfahrens nicht kommen kann). Hier sollte der Gesetzesentwurf daher eine Regelung vorsehen, die eine sofortige Geltendmachung der durch die einstweiligen Verfügung bekämpften Rechtswidrigkeit auch im Nachprüfungsverfahren erlaubt. Im Grunde würde dies auf die Abschaffung des Systems der gesondert anfechtbaren Entscheidungen hinauslaufen (siehe oben).

Wien, am 31. August 2005

## DER ÖSTERREICHISCHE RECHTSANWALTSKAMMERTAG

Dr. Gerhard Benn-Ibler  
Präsident