

**Rechtswissenschaftliche Fakultät**

Institut für Staats- und Verwaltungsrecht
Univ.Prof. Dr. Rudolf Thienel
Schottenbastei 10-16
A- 1010 Wien

T +43 (1) 4277-354 82
F +43 (1) 4277-354 89
rudolf.thienel@univie.ac.at

An das

Bundeskanzleramt-Verfassungsdienst

Per email va8@bka.gv.at

Wien, am 30. 8. 2005

Betrifft: Entwurf eines Bundesvergabegesetzes 2006;
GZ BKA-600.883/0050-V/A/8/2005

Zu dem Entwurf eines BVergG 2006 erlaube ich mir, folgende Stellungnahme abzugeben:

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der vorliegende Entwurf in sprachlicher und systematischer Hinsicht sehr gut gelungen ist und viele der bislang bestehenden Probleme – zT in sehr gelungener Weise – löst. Die folgenden kritischen Anmerkungen zu einzelnen Bestimmungen ändern nichts an meiner grundsätzlich positiven Beurteilung.

Im Hinblick auf den Begutachtungszeitraum – während der Urlaubszeit – und den außerordentlichen Umfang – über 360 Paragraphen samt Erläuterungen – war freilich eine ins Detail gehende Analyse des vorliegenden Entwurfes nicht möglich; dass zu den meisten Bestimmungen keine Anmerkungen gemacht werden, bedeutet daher nicht, dass nicht auch noch weitere Einwände denkbar wären.

Im Einzelnen ist zu bemerken:

1. Zu § 3:

In den Erläuterungen wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass das BVergG 2006 für Auftragsvergaben durch öffentliche Auftraggeber auch dann gilt, wenn sie Aufträge für Standorte im Ausland vergeben; dies sollte im Hinblick auf Art 49 Abs 1 –VG – wonach BG (nur) für das gesamte Bundesgebiet gelten, wenn nicht *ausdrücklich* anderes bestimmt ist – im Gesetzestext explizit gesagt werden.

Die Erläuterungen vertreten ferner die Auffassung, dass auf die in § 3 Abs 2 – 5 genannten Baukonzessionäre etc die Bestimmungen des Rechtsschutzteiles nicht anzuwenden seien. Diese Auffassung steht *in Widerspruch zu den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts* und zur bisherigen Rechtslage (vgl dazu näher *Thienel*, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel [Hrsg], Bundesvergabegesetz 2002 [2005] Rz 55 ff zu § 162): Die VergabeRL verpflichten

die MS, die Anwendung ihrer Bestimmungen sicherzustellen (vgl zB Art 8 RL 2004/18/EG). Damit fallen auch diese Aufträge in den Anwendungsbereich der (materiellen) VergabeRL. Art 1 Abs 1 der RMRL verpflichtet zur Einführung eines Nachprüfungsverfahrens für die Auftragsvergaben, die „in den Anwendungsbereich“ der materiellen VergabeRL fallen. Daher ist schon aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht davon auszugehen, dass auch für die in § 3 Abs 2 – 5 genannten Vergaben – soweit damit die RL umgesetzt werden – der vergabespezifische Rechtsschutz zur Verfügung stehen muss.

Dies kommt auch in der Umschreibung der Zuständigkeit der B-VKK und des BVA zum Ausdruck, wenn § 284 Abs 2 bzw § 305 Abs 2 auf die nach Art 14b Abs 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallenden Auftraggeber verweist: Art 14b Abs 1 Z 1 lit g B-VG erfasst nämlich gerade auch solche Auftraggeber, denen die öffentlichen Stellen die Einhaltung des Vergaberechts (zb anlässlich einer Konzessionserteilung) überbunden haben (*Rill*, in *Rill/Schäffer* [Hrsg], Bundesverfassungsrecht [Loseblattausgabe] Rz 49 zu Art 14b B-VG).

Auch aus rechtspolitischer Sicht scheint es nicht zweckmäßig, Streitigkeiten über die Anwendung des BVergG 2006 von der Zuständigkeit des dafür spezialisierten BVA auszunehmen und den Gerichten zu übertragen.

Es sollten daher die Anwendbarkeit des vergabespezifischen Rechtsschutzes auch auf die in § 3 Abs 2 – 5 genannten Aufträge klargestellt und entgegenstehende Ausführungen in den Erläuterungen unterlassen werden.

Zu § 10:

Die vorgeschlagene Formulierung der Z 14 wie auch die Erläuterungen dazu bringen das offenbar Gemeinte nur unzureichend zum Ausdruck. Gemeint sind offenbar folgende beiden Konstellationen, in denen kein (weiteres) Vergabeverfahren stattfinden soll:

- Die zentrale Beschaffungsstelle erwirbt im eigenen Namen – insb als „indirekter Stellvertreter“ eines öffentlichen Auftraggebers – bestimmte Güter oder Leistungen; auf die Weiterveräußerung dieser Güter oder Leistungen durch die zentrale Beschaffungsstelle an einen öffentlichen Auftraggeber soll das Vergaberecht keine Anwendung finden.
- Die zentrale Beschaffungsstelle tritt als „direkter Stellvertreter“ für einen öffentlichen Auftraggeber (in dessen Namen und auf dessen Rechnung) auf. In der Terminologie des BVergG 2006 ist sie dann „vergebende Stelle“. Die Anwendung des Vergaberechts soll in diesem Fall für die *Beauftragung der zentralen Beschaffungsstelle* durch den öffentlichen Auftraggeber ausgeschlossen werden. Auf die Durchführung der Beschaffung durch die zentrale Beschaffungsstelle (für den öffentlichen Auftraggeber) ist das Vergaberecht natürlich anzuwenden.

Die vorgeschlagene Formulierung lehnt sich an die missglückten Formulierungen der RL 2004/18/EG an und ist missverständlich: So erfolgt zB die Beauftragung der Beschaffung durch die zentrale Beschaffungsstelle *vor* der Durchführung konkreter Beschaffungen. Die Formulierung der Z 14 – dass das BVergG 2006 nur dann nicht gilt, wenn die zentrale Beschaffungsstelle ihrerseits die Vorschriften des 2. Teiles „eingehalten hat“, erfasst diesen Fall bei wörtlicher Auslegung nicht. Auch die Erläuterungen bringen das Gemeinte nur undeutlich zum Ausdruck.

Man sollte den Mut aufzubringen, von der unglücklichen Terminologie der RL abzuweichen und im Text des Gesetzes klar zu sagen, was intendiert ist.

Zu § 12:

Der Ausschluss des vergabespezifischen Rechtsschutzes für Dienstleistungskonzessionen verstößt sowohl gegen Verfassungsrecht wie auch gegen Gemeinschaftsrecht: Der VfGH hat im Erk VfSlg 16.027/2000 klar und unmissverständlich ausgesprochen, dass es dem Gleichheitssatz widerspricht, wenn für bestimmte Vergaben der vergabespezifische Rechtsschutz gänzlich vorenthalten wird. Die gegenteilige Auffassung in den Erläuterungen halte ich nicht für zutreffend.

Dienstleistungskonzessionen unterfallen zwar nicht den VergabeRL und daher auch nicht dem Regime der RechtsmittelRL; der EuGH hat aber ausdrücklich judiziert, dass auch für die nicht von den VergabeRL erfassten Vergaben ein angemessener Grad an Öffentlichkeit hergestellt und die Nachprüfung ermöglicht werden muss, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurde (EuGH *Telaustria*, 7. 12. 2000, Rs C-324/98). Im Hinblick auf die allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben der *Äquivalenz* und der *Effektivität* des Rechtsschutzes im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts dürfte es aber nicht zulässig sein, für die Einhaltung der primärrechtlichen Vorgaben ein für den Antragsteller schlechteres (weil kostenaufwändigeres) Nachprüfungsverfahren (vor den Gerichten) vorzusehen als für die (rein innerstaatlich dem Vergaberegime unterworfenen) Vergaben im Unterschwellenbereich.

Es ist auch in keiner Weise nachvollziehbar, welche rechtspolitischen Vorteile es – für Auftraggeber und Unternehmer – haben soll, Streitigkeiten über die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen vor den ordentlichen Gerichten ausfechten zu müssen.

Zu § 18:

In Abs 1 Z 2 erste Zeile hat es richtig zu heißen: „... 12 Monaten der Gesamtbetrag“ (statt jetzt: „der der Gesamtbetrag“).

Zu § 22:

In Abs 1 sollte aus Gründen sprachlicher Klarheit nach dem Wort „durchzuführen“ ein Punkt gesetzt und mit einem neuen Satz fortgefahren werden.

Zu § 43:

Im Zusammenhang mit der Pflicht, zwingend eine elektronische Adresse für Übermittlungen bekannt zu geben, sollte auch eine Regelung für den Fall getroffen werden, dass diese Bekanntgabe rechtswidrig unterblieben ist oder dass die elektronische Adresse anlässlich einer konkreten Übermittlung nicht funktioniert (zB Netzzusammenbruch, Empfänger hat das Faxgerät abgeschaltet). Da in verschiedenen Bestimmungen (zB § 132) *zwingend* die Übermittlung mit Fax oder email vorgesehen ist, sollte ausdrücklich klargestellt werden, wie bei Unmöglichkeit derartiger Übermittlungen vorgegangen werden soll. Das Problem besteht schon derzeit und wird in Rsp und Lit so gelöst, dass dann die Übermittlung mit der Post oder durch Boten zulässig ist (vgl zB zu § 100 BVergG 2002 BVA 9. 2. 2004, 10N-137/03-20 = ZVB 2004, 117 ff; *Thienel*, aaO Rz 81 ff zu § 163). Das sollte man ausdrücklich sagen.

Zu § 44:

Für die unterschiedliche Behandlung von Auftraggebern des Bundes und der Länder hinsichtlich der Abgabe elektronischer Angebote ist eine sachliche Rechtfertigung nicht ersichtlich und wird auch in den Materialien nicht gegeben. Diese Differenzierung sollte im Hinblick auf Art 7 B-VG bzw Art 2 StGG entfallen.

Zu § 57:

Im Hinblick auf die notwendige Transparenz wäre es zweckmäßig, die Festlegung von Publikationsmedien für Bekanntmachungen *verpflichtend* vorzusehen. Unterbleibt eine solche Festlegung, müsste nämlich jeder Auftraggeber selbst entscheiden, wie er seine Bekanntmachung publiziert; dies kann zu unnötigen Streitigkeiten und Verzögerungen der Vergabeverfahren führen, wenn die Bewerber/Bieter der Meinung sind, die Bekanntmachung sei nicht ausreichend zugänglich gewesen.

Zu § 59:

Der letzte Satz des Abs 1 hat erläuternden Charakter und sollte daher nicht in den Gesetztext, sondern in die Erläuterungen aufgenommen werden.

Zu §§ 62, 67:

Das Fehlen von expliziten Mindestangebotsfristen bei Verhandlungsverfahren kann zu Streitigkeiten mit Bewerbern/Bietern und damit zu unnötigen Verzögerungen der Vergabeverfahren führen und sollte überdacht werden.

Zu § 69:

Aus Gründen der Rechtssicherheit sollten auch im Unterschwellenbereich Mindestfristen vorgesehen werden, die auch bei dringlichen Vergaben nicht unterschritten werden dürfen. Ansonsten ist mit Meinungsverschiedenheiten mit Unternehmern zu rechnen, die das Verfahren womöglich mehr verzögern als eine Mindestfrist.

Zu § 98:

In Abs 1 erste Zeile hat der Beistrich nach dem Wort „Leistungsbeschreibung“ zu entfallen.

Zu § 99:

Die Gliederung des Abs 2 – zwischen der Z 1 und der Z 2 findet sich ein „Zwischensatz“, der sich auf alle folgenden Z bezieht – ist nicht gelungen. Es wäre systematisch zweckmäßiger, den Abs 2 in zwei Absätze zu gliedern, wobei die vorgeschlagene Z 2 als eigener Abs zu fassen wäre.

Zu § 101:

Es ist nicht nachvollziehbar, wie ein *fairer* Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen soll, wenn die Qualitätsstandards der Leistung *nicht* in der Ausschreibung hinreichend klar und eindeutig definiert sind. Ein dem Gleichheitssatz und dem Gebot eines fairen Wettbewerbs entsprechender Zuschlag setzt die Vergleichbarkeit der Angebote und damit einen Vergleichsstandard voraus; der Preis als einziges Vergleichskriterium ist nur dann

sachlich, wenn im Übrigen die Leistungen standardisiert sind. Für den Fall geringfügiger Abweichungen gibt es ohnedies die Möglichkeit des Nebenangebotes. Diese Sonderregelung für den Unterschwellenbereich scheint im Hinblick auf den Gleichheitssatz problematisch und sollte besser unterbleiben.

Zu § 102, 107, 108:

Die in § 102 Abs 2 letzter Satz, § 107 Abs 3 und § 108 Abs 4 vorgesehene Verpflichtung zur Geheimhaltung der Unternehmen, die sich an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen bzw Angebote gelegt haben, ist nicht mit der Regelung über die Parteistellung im Nachprüfungsverfahren abgestimmt (vgl § 338 Abs 2), weil in diesem neben dem Antragsteller und dem Auftraggeber auch andere Unternehmer Parteien sein können. Spätestens im Falle der Beteiligung eines anderen Unternehmers an einem Nachprüfungsverfahren wird dessen Identität ohnedies deutlich. Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese Problematik – die schon seit dem BvergG 1993 bekannt ist (vgl *Thienel*, Das Nachprüfungsverfahren nach dem Bundesvergabegesetz, WBl 1993, 377, 383; *Thienel*, Sensible Fragen der Parteistellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BvergG 2002, FS Funk, 2003, 544) – nicht endlich bereinigt wird.

Die in den Erläuterungen als Begründung ins Treffen geführte Empfehlung der Arbeitsgruppe zur Bekämpfung der Korruption vermag nicht zu überzeugen: Bieterabsprachen werden ohnedies durch entsprechende Straftatbestände sanktioniert und können mit Mitteln des Wettbewerbsrechts bekämpft werden. Die Geheimhaltung der Interessenten durch den Auftraggeber hindert diese in keiner Weise, sich abzusprechen – sie verhindert im Gegenteil, dass ein Unternehmer seine Rechte wirksam gegen eine Kollusion des Auftraggebers mit einzelnen Unternehmen schützen kann.

Diese Geheimhaltungspflicht sollte ersatzlos entfallen.

Zu § 126:

In Abs 6 zweite Zeile ist nach der Wortfolge „... ungewöhnlich niedrig ist“ ein Beistrich einzufügen.

Zu § 130:

In Abs 1 Z 7 sollte ausdrücklich klargestellt werden, ob die im letzten Satzteil vorgesehene Möglichkeit der Verbesserung von Mängeln nur bei den – im letzten Halbsatz unmittelbar davor – genannten „fehlerhaften oder unvollständigen Angeboten“ besteht oder auch bei allen anderen in dieser Z genannten Angeboten, insb solchen, die nicht mit der Ausschreibung übereinstimmen. In Lit und Rsp wird diese Frage unterschiedlich gelöst, die Rsp scheint zu einer Verbesserungsmöglichkeit auch bei Angeboten zu tendieren, die nicht mit der Ausschreibung übereinstimmen.

Die in den Erläuterungen zu § 130 aufzufindenden Paragrafenzitate stimmen zT nicht mit der Nummerierung der Gesetzes überein: So wird zB auf die Mitteilungspflicht nach Abs 2 hingewiesen – diese findet sich aber in Abs 3. Die Ausführungen zur Änderung der Z 8 beziehen sich offenbar auf die frühere Z 8 des § 98 BvergG 2002 – die korrespondierende Bestimmung ist nun § 130 Abs 1 Z 7.

Zu § 132:

Die Einschränkung der Mitteilungspflicht auf die im Vergabeverfahren *verbliebenen* Bieter kann zu Rechtsschutzlücken und damit zum Verstoß gegen das verfassungs- und gemeinschaftsrechtliche Gebot effektiven Rechtsschutzes führen; diese Lücken werden auch durch die Spezialregelung in § 334 Abs 2 nicht vollständig beseitigt: Unterrichtet der Auftraggeber zB den Bieter von seinem Ausscheiden, und trifft danach – vor Ablauf der Anfechtungsfrist für die Ausscheidensentscheidung – die Zuschlagsentscheidung, ohne dass der Bieter davon informiert werden muss, wird dieser idR auch nicht wissen, dass sich für ihn die Anfechtungsfrist nach § 334 Abs 2 verlängert hat. Problematisch ist insb der Fall, dass der Auftraggeber dem ausgeschiedenen Bieter die *Gründe für das Ausscheiden* rechtswidrig nicht mitteilt (§ 130 Abs 3), und dann auch die Zuschlagsentscheidung (insofern rechtmäßig) nicht mehr bekannt gibt (§ 132 Abs 1). Im Lichte der neueren Rsp des VfGH zur Verlängerung der Stillhaltefrist, wenn die Gründe für die Zuschlagsentscheidung nach dem BVergG 1997 und 2002 nicht rechtzeitig bekannt gegeben werden (VfGH 12. 6. 2004, B 190/02; 6. 6. 2005, B 76/04), könnte dies zur Folge haben, dass der VfGH annimmt, dass die Stillhaltefrist bis zu dem Zeitpunkt läuft, in dem dem ausgeschiedenen Bieter die Gründe für sein Ausscheiden mitgeteilt werden. Dies würde ähnliche Rechtsunsicherheit bewirken wie die derzeitige Rechtslage. Unter diesen Aspekten wäre es wohl zweckmäßiger, eine Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung auch an die ausgeschiedenen Bieter vorzusehen.

Dass die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung *zwingend* elektronisch oder mittels Telefax erfolgen muss, wirft Probleme auf, wenn der Bieter keine geeignete elektronische Adresse bekannt gegeben hat oder die Übermittlung an ihn aus technischen Gründen unmöglich ist (zB Netzzusammenbruch). Man sollte für diesen Fall subsidiär alternative Möglichkeiten der Übermittlung zulassen (vgl die Anmerkungen zu § 43).

Zu § 142:

Vgl die Anmerkungen zu § 3 betreffend den Ausschluss der Rechtsschutzbestimmungen für Baukonzessionäre.

Zu § 178:

Vgl die Anmerkungen zu § 12.

Zu § 190:

Vgl die Anmerkung zu § 22.

Zu § 212:

In der Überschrift der Erläuterungen zu § 212 muss es richt heißen: „...des Aufrufs“ (statt „... es Aufrufs“).

Zu § 218:

Vgl die Anmerkungen zu § 57.

Zu § 220:

Vgl die Anmerkungen zu § 59.

Zu § 224:

Dass für Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb keine Mindestangebotsfrist vorgesehen ist, kann zu unnötigen Streitigkeiten mit den Bewerbern/Bietern führen; es wäre zweckmäßig, eine angemessene Mindestfrist festzulegen.

Zu § 225:

Die Anmerkung zu § 224 gilt sinngemäß auch für § 225.

Zu § 263:

Hinsichtlich Abs 1 Z 5 vgl die Anmerkungen zu § 130.

Der Verweis in den Erläuterungen zu § 263 Abs 4 muss sich richtig auf § 130 Abs 3 (nicht Abs 2) beziehen.

Zu § 266:

Vgl die Anmerkungen zu § 132. Der Verweis in den Erläuterungen muss sich richtig auf § 132 (nicht § 131) beziehen.

Zum Vierten Teil:

Der 4. Teil ist im Entwurf irrtümlich mit „5. Teil“ überschrieben.

Zu § 295:

Die Normierung der Kundmachung von Geschäftsverteilung und der Geschäftsordnung des B-VKK ausschließlich im Internet ist problematisch: Kundmachungen im Internet werfen erhebliche Probleme auf, weil die Datensicherheit und die dauernde Verfügbarkeit der Kundmachungen sichergestellt werden muss. Sowohl im Bereich des Sozialversicherung – wo die verbindliche Kundmachung von Verordnungen ausschließlich im Internet seit längerem vorgesehen ist (vgl. § 31 Abs. 9 und 9a ASVG) – wie auch für das BGBI – für das die Kundmachung im Internet durch das Kundmachungsreformgesetz eingeführt wurde – wurden daher komplexe technische Verfahren entwickelt, um die Internet-Publikation rechtlich abzusichern und dementsprechend wurden auch eingehende gesetzliche Regelungen über die Kundmachungen getroffen. Abgesehen von rechtsstaatlichen Problemen ist aus Sicht des Gleichheitssatzes nicht vertretbar, eine Publikation der generellen Rechtsakte der B-VKK (und des BVA) im Internet vorzusehen, ohne vergleichbare Standards wie für die andere ähnliche Publikationen vorzuschreiben. Der vorliegende Entwurf ist insofern aus verfassungsrechtlicher Sicht problematisch. Andererseits würde die Einführung ähnlicher Regelungen wie im ASVG oder im BGBIG, nur um die Publikation der Geschäftsordnung und der Geschäftsverteilung der B-VKK (und des BVA) zu ermöglichen, einen nicht mehr zu vertretenden legislativen Aufwand bedeuten. Auch der technische Aufwand für die B-VKK und das BVA wäre wohl zu hoch.

Aus diesen Gründen wäre es zweckmäßiger, die verbindliche Kundmachung im Amtsblatt vorzusehen, und darüber hinaus eine Publikation im Internet mit bloß informativem Charakter zuzulassen.

Zu § 296:

Der Verweis in Abs 1 muss sich auf § 323 (nicht § 40) beziehen.

Zu § 298:

Es sollte ausdrücklich kargestellt werden, dass die B-VKK Schlichtungen auch durchzuführen hat, wenn eine Meinungsverschiedenheit über die Anwendung *unmittelbar anwendbaren Gemeinschaftsrechts* besteht; das könnte zB die Bestimmung einer RL sein, die (mangels innerstaatlicher Umsetzung) vom öffentlichen Auftraggeber unmittelbar anzuwenden ist, oder die VO der Kommission über die Standardformulare. Das Fehlen einer diesbezüglichen ausdrücklichen Regelung könnte zu Missverständnissen führen.

Zu §§ 307, 308:

Der letzte Satz des § 307 Abs 1, § 308 Abs 1 Z 7 und § 308 Abs 2 Z 8 weichen von meinem Vorentwurf – auf den die Erläuterungen einleitend Bezug nehmen – ab; damit passen die Erläuterungen nicht mehr völlig zum vorliegenden Entwurf:

- Aus dem nun vorgeschlagenen Verweis auf § 19 BDG folgt, dass der Vorsitzende des BVA, sein Stellvertreter und die Senatsvorsitzenden *außer Dienst zu stellen* sind, wenn sie eine der in § 19 Abs 1 BDG genannten Funktionen ausüben. Das würde sich ohnedies aus § 19 BDG (bzw Art 147 B-VG für Mitglieder und Ersatzmitglieder des VfGH) ergeben, ohne dass ein Verweis auf diese Vorschrift(en) erforderlich wäre.
- Für sonstige Mitglieder des BVA, die in einem Dienstverhältnis zum Bund oder zu einer anderen Gebietskörperschaften stehen, ergibt sich die Notwendigkeit einer Außerdienststellung aus den jeweiligen dienstrechtlichen Vorschriften. Aus dem (nun neu vorgeschlagenen) § 308 Abs 1 Z 7 folgt aber, dass diese Mitglieder ihr Amt verlieren.
- Das gilt auch für sonstige Mitglieder, die in keinem Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft stehen.

Mein Vorentwurf hatte demgegenüber für den Fall der Ausübung der in § 307 Abs 1 genannten Funktionen ein *Ruhen* der Mitgliedschaft im BVA vorgesehen; davon gehen auch die Erläuterungen zum vorliegenden Entwurf aus, die insofern weitgehend unverändert aus meinem Vorentwurf übernommen wurden (vgl den dritten Absatz der Erläuterungen zu § 307, am Ende; den achten Absatz der Erläuterungen zu § 308). Die Erläuterungen müssten insofern an den neuen Vorschlag angepasst werden.

Zu § 310:

Die Formulierung des Abs 1 weicht von meinem Vorentwurf ab und verändert – nimmt man die Erläuterungen ernst: offenbar ungewollt – den Sinn der Anordnung: Die einleitende Formulierung („neben den in § 7 AVG genannten Fällen ...“) ist ihrer Formulierung nach nur eine salvatorische Klausel, die klarstellt, dass § 7 AVG unberührt bleibt; das be-

deutet, dass in den vom BVA durchzuführenden *Verwaltungsverfahren* § 7 AVG gilt. Für andere Entscheidungen – zB Beschlüsse der Vollversammlung, die nicht im Zuge eines konkreten Verwaltungsverfahrens ergehen – ist § 7 AVG daher nicht anwendbar.

Im meinem Vorentwurf wurde jedoch eine andere Formulierung gewählt, um zum Ausdruck zu bringen, dass § 7 AVG *nicht nur auf konkrete, Verwaltungsverfahren, sondern insb auch auf die Beschlüsse der Vollversammlung* anzuwenden ist. Damit ist sichergestellt, dass zB auch bei einem Beschluss der Vollversammlung über die Amtsenthebung eines sonstigen Mitglieds ein Angehöriger desselben nicht mitstimmen darf. Die einschlägigen *dienstrechtlichen* Vorschriften über Befangenheit reichen nicht aus, weil sie für sonstige Mitglieder nicht gelten, die in keinem öffentlichen Dienstverhältnis stehen. Die Erläuterungen wurden in diesem Punkt inhaltlich unverändert aus meinem Vorentwurf übernommen, ohne zu bemerken, dass diese Intention im Gesetzestext nicht mehr mit ausreichender Deutlichkeit zum Ausdruck kommt.

§ 310 Abs 1 sollte daher folgendermaßen formuliert werden:

„Von der Mitwirkung an einer Entscheidung sind sonstige Mitglieder des Bundesvergabeamtes hinsichtlich jener Vergabeverfahren ausgeschlossen, die eine Auftragsvergabe im Wirkungsbereich jener Institution betreffen, der sie angehören oder die sie gemäß § 306 Abs. 6 der Bundesregierung vorgeschlagen hat. Im Übrigen gilt für alle Tätigkeiten der Mitglieder des Bundesvergabeamtes sinngemäß § 7 des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991.“

Zu § 322:

Zur Kundmachung von Geschäftsordnung und Geschäftsverteilung des BVA vgl die Anmerkungen zu § 295.

Zu § 326:

Vgl die Anmerkungen zu § 298; dazu ist insb zu bedenken, dass das BVA jedenfalls verpflichtet ist, unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht als Maßstab zur Beurteilung des Auftraggeberverhaltens heranzuziehen, auch wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich vorgesehen ist. Eine explizite Anführung dieses Prüfungsmaßstabes dient daher der Klarstellung und vermeidet Vollzugsfehler.

Zu § 333:

Die Beschränkung des Ersatzanspruches auf den Ersatz der *Gebühren* nach § 332 ist problematisch: In Verfahren vor dem BVA geht es um die Durchsetzung strukturell zivilrechtlicher Ansprüche der Unternehmer gegen den Auftraggeber, die – wäre nicht die Zuständigkeit spezieller Verwaltungsbehörden vorgesehen – in die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte fielen; insb geht es in diesen Verfahren auch um die Verhinderung oder Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen, über die in weiterer Folge die Gerichte zu entscheiden haben. Aus der Sicht des Gleichheitssatzes und des gemeinschaftsrechtlichen Äquivalenzgebotes könnte es daher als problematisch angesehen werden, wenn für diese Verfahren – anders als im Zivilprozess – kein Kostenersatz vorgesehen ist. Außerdem führt das Fehlen eines umfassenderen Kostenersatzes dazu, dass Unternehmer allein deshalb zivilgerichtliche Verfahren anstrengen können, um aus dem Titel des Schadenersatzes den Ersatz ihrer Verfahrenskosten vor dem BVA zu erlangen. Unter beiden Aspekten wäre es zweckmäßiger, einen umfassenderen Kostenersatzanspruch vorzusehen.

Abgesehen davon ist die in Abs 2 getroffene Regelung für den Ersatz der Gebühren bei Bewilligung einer eV unvollständig und löst nicht alle derzeit absehbaren Probleme: In der Spruchpraxis des BVA besteht derzeit Uneinigkeit darüber, ob der Ersatz der Pauschalgebühren für die eV unabhängig vom Ausgang des Hauptverfahrens zusteht oder ob er vom Ausgang des Hauptverfahrens abhängt. Im Hinblick darauf, dass die Verpflichtung des Antragsgegners zu einem Kostenersatz in dessen Recht auf Eigentum eingreift und dass auch Kostenersatzregelungen sachlich gerechtfertigt sein müssen, kann es aber nicht sachlich sein, dem Auftraggeber den Ersatz der Pauschalgebühren vorzuschreiben, wenn der Nachprüfungsantrag zurück- oder abgewiesen wird, insb wenn das Verhalten des Auftraggebers als rechtmäßig zu qualifizieren ist. Auch zur vergleichbaren Rechtslage nach der EO wird bei anspruchbedingten eV hinsichtlich des Kostenersatzes im Wesentlichen auf den Ausgang des Hauptverfahrens abgestellt. Der vorgeschlagene Abs 2 trägt diesen Anforderungen zT Rechnung, es werden aber nicht alle Zweifelsfälle gelöst. Folgende Konstellationen sind zu unterscheiden:

- Die eV wird bewilligt und dem Nachprüfungsantrag stattgegeben; in diesem Fall ist klar, dass der Antragsteller Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren sowohl für die eV wie für den Nachprüfungsantrag hat.
- Die eV wird nicht bewilligt und der Nachprüfungsantrag ab- oder zurückgewiesen; in diesem Fall ist klar, dass kein Ersatzanspruch bestehen kann.
- Die eV wird bewilligt, der Nachprüfungsantrag jedoch ab- oder zurückgewiesen oder gar kein Nachprüfungsantrag gestellt; in diesem Fall sollte kein Ersatzanspruch gewährt werden. Abs 2 sollte insofern ergänzt werden, als der Ersatzanspruch für die eV auch dann ausdrücklich verweigert wird, wenn der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen wird.
- Die eV wird nicht bewilligt, dem Nachprüfungsantrag wird aber stattgegeben; zur vergleichbaren Konstellation nach der EO wird in diesem Fall kein Kostenersatz für die eV zugesprochen. Das kann man mE auf das BVergG nicht ohne weiteres übertragen: Der Unternehmer *muss* nämlich die eV beantragen, um ein späteres Feststellungsverfahren zu ermöglichen (vgl § 346 Abs 4) und sich damit den Schadenersatzanspruch zu sichern (vgl § 352 Abs 2). Die Verweigerung einer eV kann nun auf verschiedene Gründe zurückzuführen sein: Es kann sein, dass der Antrag unzulässig oder mangelhaft und daher zurückzuweisen ist; in diesem Fall ist es sachlich gerechtfertigt, einen Gebührenersatz zu verweigern. Gleiches gilt, wenn die eV abgewiesen wird, weil eine unzulässige Maßnahme begehrt wird. Anders scheint mir die Situation aber zu liegen, wenn der Antrag auf eV bloß auf Grund einer Interessenabwägung abgewiesen wird: Diese Abweisung ist nicht auf einen Fehler des Antragstellers zurückzuführen, sondern auf die ausnahmsweise vorliegenden überwiegenden öffentlichen Interessen. Der Antragsteller ist aber aus den genannten Gründen genötigt, die eV zu beantragen und das Risiko einer für ihn negativen Interessenabwägung auf sich zu nehmen, um nicht einen allfälligen Schadenersatzanspruch zu verlieren. Für diese Konstellation sollte daher ebenfalls ein Gebührenersatz vorgesehen werden.

Im Ergebnis sollte man daher in § 333 eine ausdrückliche Regelung mit dem Inhalt treffen, dass der Ersatz der Gebühren für die eV nur dann zusteht, wenn dem Hauptantrag stattgegeben wird *und* dem Antrag auf eV ebenfalls stattgegeben wurde oder dieser nur wegen der Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Zu § 334:

Zu Abs 2 vgl die Anmerkungen zu § 132.

Nicht verständlich ist, warum keine ausdrückliche Regelung für den Fall getroffen wurde, dass das Angebot des antragstellenden Unternehmers auszuschneiden gewesen wäre. Für diese Konstellation nehmen die Spruchpraxis der Vergabekontrollorgane und die Rsp des VwGH an, dass der Antrag mangels eines drohenden Schadens nicht zulässig ist, wobei aber unterschiedliche Auffassungen darüber bestehen, wie genau das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes zu prüfen ist.

Ich habe in meinem Vorentwurf für diesen Fall eine ausdrückliche Regelung vorgeschlagen, wonach ein drohender Schaden nur dann nicht anzunehmen ist, wenn das Angebot des Antragstellers *offenkundig* auszuschneiden gewesen wäre. Mit dieser Regelung würde dem Vollzug eine klare und handhabbare Vorgabe gegeben. Für den Verzicht auf eine solche klare Regelung – der die derzeitige Rechtsunsicherheit perpetuieren würde – ist kein nachvollziehbarer Grund ersichtlich.

Zu § 339:

Die im ersten Absatz der Erläuterungen vertretene Ansicht, wonach im Falle der Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung wegen Rechtswidrigkeit der vorangehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen auch diese nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen aufgehoben werden müssen, findet im Gesetzestext keinen Niederschlag und steht im Widerspruch zu Aussagen an anderen Stellen der Erläuterungen:

§ 326 Abs 2 Z 2 sieht ausdrücklich vor, dass nur *gesondert anfechtbare Entscheidungen* für nichtig erklärt werden können; in den Erläuterungen zu § 326 heißt es ausdrücklich, dass die Rechtswidrigkeit einer nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung nur im Wege der Anfechtung der nächstfolgenden gesondert anfechtbaren Entscheidung geltend gemacht werden kann. Und dann wörtlich (im dritten Absatz): „*Eine zusätzliche ausdrückliche Anfechtung oder Nichtigklärung der nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen ist in diesem System nicht möglich.*“ Dementsprechend sieht auch § 336 Abs 1 Z 1 nur die Bezeichnung der angefochtenen *gesondert anfechtbaren Entscheidung* im Nachprüfungsantrag vor. Auch § 339 sieht nur die Nichtigklärung *gesondert anfechtbarer Entscheidungen* vor.

Das dargestellte Konzept – das aus meinem Vorentwurf übernommen wurde – läuft darauf hinaus, das nur die *gesondert anfechtbare Entscheidung* bekämpft und für nichtig erklärt werden kann, *nicht jedoch* eine ihr vorangehende rechtswidrige nicht gesondert anfechtbare Entscheidung. Dementsprechend hat mein Vorentwurf eine ausdrückliche Regelung über die Rechtswirkungen der Nichtigklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung vorgesehen: Danach soll das Vergabeverfahren durch die Nichtigklärung in das Stadium vor der für nichtig erklärten gesondert anfechtbaren Entscheidung zurücktreten, und der Auftraggeber verpflichtet sein, das Vergabeverfahren entsprechend der Rechtsanschauung des BVA weiter zu führen. Damit wäre auch klargestellt, dass *nach der für nichtig erklärten gesondert anfechtbaren Entscheidung* ergangene Entscheidungen des Auftraggebers *automatisch* außer Kraft treten. Diese Bestimmung wurde jedoch in den vorliegenden Entwurf nicht übernommen, dafür wird aber in den Erläuterungen von der Aufhebung der nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen gesprochen. Auf diese Weise kommt es jedoch zu einem Systembruch, der in der Praxis Probleme aufwerfen wird. Es

sollte daher eine Entscheidung getroffen werden, wie man es mit den rechtswidrigen nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen hält:

- Bleibt man bei dem dargestellten Konzept, dass diese Entscheidung *nicht* aufgehoben werden sollen, müsste man die von mir ursprünglich vorgeschlagene Regelung über die Bindung des Auftraggebers an die Rechtsanschauung des BVA in den Gesetzestext aufnehmen und auf die hier behandelten Ausführungen in den Erläuterungen verzichten.
- Will man hingegen das BVA ermächtigen, auch die der gesondert anfechtbaren Entscheidung vorangegangenen nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen aufzuheben, dann sollte man das klar sagen. In diesem Fall müsste sowohl die Umschreibung der Zuständigkeit des BVA in § 326 entsprechend adaptiert werden wie auch die Regelung über die Entscheidungsbefugnis des BVA in § 339. Es wäre dann auch zu erwägen, zu verlangen, dass die nicht gesondert anfechtbare Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, schon im Nachprüfungsantrag genau bezeichnet wird. Auch bei dieser Lösung wäre es aber sinnvoll, die Bindung des Auftraggebers an die Rechtsanschauung des BVA ausdrücklich klarzustellen und explizit die Rückwirkung der Nichtigerklärung anzuordnen; andernfalls bleibt nämlich das rechtliche Schicksal jener (gesondert oder nicht gesondert anfechtbaren) Auftraggeberentscheidungen unklar, die *nach* der für nichtig erklärten Entscheidung gesetzt wurden.

Beide Lösungen sind grundsätzlich denkbar; man sollte aber im Gesetzestext klar zum Ausdruck bringen, welche der beiden Lösungen man wählt. Dem Konzept der Unterscheidung von gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen würde die erstgenannte Lösung jedenfalls besser entsprechen.

Zu § 346:

In Abs 1 Z 3 sollten die Bindestriche entfallen.

Die Normierung einer sechsmonatigen Antragsfrist – deren Überschreitung zum Verlust des Schadenersatzanspruches führt – verstößt im Hinblick auf die sonst geltende prinzipiell dreijährige Verjährungsfrist für Schadenersatzansprüche sowohl gegen den Gleichheitssatz wie auch das gemeinschaftsrechtliche Äquivalenzgebot; im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts wird diese Frist daher wohl unanwendbar sein.

Ebenso problematisch ist aus Sicht des Gleichheitssatzes und des gemeinschaftsrechtlichen Äquivalenzgebotes, dass im Feststellungsverfahren Antragsänderungen nach § 13 Abs 8 AVG in einem engeren Umfang zulässig sind als im zivilgerichtlichen Schadenersatzverfahren nach § 235 ZPO. Daher sollte – wie in meinem Vorentwurf vorgeschlagen – eine entsprechende Sonderregelung über Antragsänderungen in Feststellungsverfahren getroffen werden.

Zu § 348:

Die in Abs 1 und Abs 4 getroffenen Regelungen sind Nachfolgeregelungen für den derzeitigen § 175. Die Einfügung dieser – in meinem Vorentwurf nicht vorgesehenen Bestimmungen – übersieht, dass bereits in § 345 Abs 3 eine einschlägige Regelung vorgesehen ist. Die in § 348 Abs 1 und 4 vorgesehenen Regelungen werfen im Wesentlichen dieselben Unklarheiten auf wie der derzeitige § 175 (vgl dazu näher *Thienel*, Feststellungsbescheide nach § 175 BVergG 2002, ÖZW 2004, 45 ff), insb ob eine Feststellung nach diesen Bestimmun-

gen für die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches ausreicht. Nach der Formulierung des § 355 Abs 2 setzt ein Schadenersatzanspruch Feststellungen iS des § 326 Abs 3 – 5 voraus. Die Formulierung des § 348 Abs 1 ist damit nicht abgestimmt, sodass unklar bleibt, ob eine Feststellung nach dieser Bestimmung zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches reicht. Alle diese Probleme sind in dem – aus meinem Vorentwurf übernommenen – § 345 Abs 3 gelöst. § 348 Abs 1 und 4 sollten daher ersatzlos entfallen.

Die in den Abs 2 und 3 umschriebene Entscheidungsbefugnis ergibt sich ohnedies bereits aus § 326 Abs 3 Z 3 und Abs 5. Die in diesen beiden Absätzen angeführten zusätzlichen Voraussetzungen ergeben sich ohnedies aus § 345 Abs 1 Z 5 und 6. Auch diese beiden Absätze könnten daher entfallen.

Zu § 359:

In Abs 7 Z 3 sollte – zur Vermeidung jeglichen Missverständnisses – angeordnet werden, dass das BVergG 2002 *unbeschadet des Abs 4* mit 31. 1. 2006 außer Kraft tritt.

Zu § 361:

Diese Bestimmung sollte zur Sicherheit in Verfassungsrang erlassen werden, weil es sich dabei um eine materielle Derogation anderweitiger bundesrechtlicher Bestimmungen handelt; soweit *Verfassungsbestimmungen* des Bundes auf das BVergG 2002 verwiesen, ist eine solche Derogation nur durch Verfassungsbestimmung zulässig.

Rudolf Thienel